



Art. 271 Strafgesetzbuch – Dreh- und Angelpunkt im Steuerstreit, zu Recht?

MARKUS HUSMANN

Im Rahmen des Steuerstreites mit den USA verlangt das US-Justizdepartement mit erheblichem Druck und ausserhalb des regulären Amts- und Rechthilfeweges die Herausgabe von Informationen. Aus diesem Grund erteilt der Bundesrat seit April 2012 Bankeninstituten Bewilligungen zur Übermittlung nicht codierter Informationen einschliesslich Daten über Mitarbeitende und Dritte an US-Behörden. Dabei stützt er sich ausgerechnet auf die Strafbestimmung zum Schutz vor genau solchen verbotenen Amtshandlungen (Art. 271 StGB) ab. Damit werden eigentlich unzuständige Personen autorisiert, durch amtliche bzw. amtsähnliche Handlungen in private Interessen einzugreifen.

Der Aufsatz zeigt auf, dass solche Handlungen zwingend einer genügend bestimmten gesetzlichen oder staatsvertraglichen Grundlage bedürfen, und dass – wo eine solche fehlt – nicht das Tatbestandsmerkmal «ohne Bewilligung» von Art. 271 StGB dafür herhalten kann, sondern unter gegebenen Voraussetzungen das verfassungsunmittelbare Not- und Interessenwahrungsrecht. Schliesslich werden die Konsequenzen dieser Feststellung im Hinblick auf die Wirkung einer Bewilligung untersucht.

Dans le cadre du différend fiscal avec les Etats-Unis, le Département de justice américain exige la communication de renseignements avec une pression considérable, et ce en en-dehors des voies habituelles de l'assistance administrative et de l'entraide judiciaire. C'est pour cette raison que, depuis avril 2012, le Conseil fédéral autorise les établissements bancaires à transmettre des informations non codées aux autorités américaines, y compris des données relatives à des collaborateurs et à des tiers. Ce faisant, il s'appuie précisément sur la disposition pénale destinée à empêcher ces actes à caractère officiel exécutés sans droit pour un Etat étranger (art. 271 CP). Des personnes en soi incompétentes sont ainsi autorisées à intervenir dans des intérêts privés par le biais d'actes officiels ou apparentés à de tels actes.

L'article montre que ces actes requièrent impérativement une base légale ou un accord international suffisant et, qu'à défaut, le critère « sans y être autorisé » de l'art. 271 CP ne peut y remédier, mais bien, à certaines conditions, le droit de nécessité et de sauvegarde des intérêts directement fondé sur la Constitution. Finalement, les conséquences de ce constat sont analysées au regard de l'effet d'une telle autorisation.

Inhaltsübersicht

1. Entraide sauvage (Prolog)
2. Einleitung
 - a. Art. 271 StGB und der Steuerstreit
 - b. Skepsis in der Bundesverwaltung
 - c. Kritik der Doktrin
3. Grundlegende Anmerkungen
 - a. Amtshandlungen im Lichte des Legalitätsprinzip
 - b. Entstehungsgeschichte von Art. 271 StGB
 - c. Bewilligung gestützt auf Art. 271 StGB?
 - d. Nur ein «Aussetzen» von Art. 271 StGB?
 - e. Fazit
4. Rechtliche Konsequenzen
 - a. Allgemeine Bemerkungen
 - b. Wirkung einer Bewilligung innerhalb des Strafrechts
 - c. Wirkung einer Bewilligung auf andere Rechtsgebieten
 - d. Keine Rechtsmittel direkt gegen die Verfügung
5. Staatspolitische Bedeutung
6. Être gravement menacé (Epilog)

1. Entraide sauvage (Prolog)

Vor nicht allzu langer Zeit hat der Bundesrat einen Entwurf für ein Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und über den Schutz der schwei-

zerischen Souveränität vorgelegt. In dessen Art. 25 Abs. 2 wird exemplarisch definiert, wann eine Verletzung der schweizerische Souveränität droht und der Bundesrat alle nötigen Gegenmassnahmen anordnen kann: wenn eine ausländische Behörde im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit die schweizerische Rechtsordnung missachtet (lit. a), die in Gesetzen oder völkerrechtlichen Verträgen vorgesehenen Formen umgeht (lit. b) oder einseitige Zwangsmassnahmen ergreift (lit. c)¹. Das Strafgesetzbuch bedroht bereits heute derartige Formen von «entraide sauvage» mit hohen Strafen (Art. 271 StGB).

Nun hat derselbe Bundesrat – unter massivem Druck einer ausländischen Behörde – genau das getan, was er als Beeinträchtigung der Souveränität definiert haben will: Er hat einer einseitigen Zwangsmassnahme stattgegeben und unter Umgehung der gesetzlichen und staatsvertraglichen Bestimmungen die Herausgabe bestimmter Daten, die eigentlich mangels einschlägiger Rechtsnorm in dieser Form nicht ausgehändigt werden dürfen, autorisiert und damit die schweizerische Rechtsordnung missachtet. Dass er sich dazu ausgerechnet der Strafbestimmung zum

MARKUS HUSMANN, MLaw, wiss. Assistent/Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht und Rechtsphilosophie der Universität Freiburg i. Ue.

¹ Art. 25 VE ZSSG (Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und über den Schutz der schweizerischen Souveränität [Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz], Bern 2013).

Schutz vor genau solchen verbotenen Amtshandlungen (Art. 271 StGB) bedient, ist an Dreistigkeit kaum zu überbieten – ganz so, als leitete man aus der Strafnorm, die dem Schutz des Geheimbereichs dient (Art. 179 StGB: «Wer, ohne dazu berechtigt zu sein, eine verschlossene Schrift oder Sendung öffnet [...]») ein Recht ab, das Öffnen verschlossener Sendungen zu erlauben.

Wäre – angesichts des Stellenwerts, der dem Legalitätsprinzip in der juristischen Ausbildung beigemessen wird – in einer solchen Situation nicht zu erwarten, dass der eine oder andere Jurist darüber empört oder zumindest verwundert wäre? Doch es bleibt still. Es ist ja nicht irgendein Diktator, der hier handelt, sondern «unser» Bundesrat, der nur endlich, ganz ohne rückwirkende Normen und ganz ohne Notrecht (so die Selbstdarstellung) den Banken erlauben will, ihre Vergangenheit zu bereinigen. Das mag ein akzeptables Ziel sein. Bezahlt aber wird mit der Entwertung des Rechts, mit der Glaubwürdigkeit der Rechtsordnung. Denn was wäre überhaupt noch unmöglich, wenn ausgerechnet diejenige Norm, die einen Rechtsbruch mit Strafe bedroht, dieses verbotene rechtswidrige Verhalten legitimieren kann?

2. Einleitung

a. Art. 271 StGB und der Steuerstreit

Nach Art. 271 StGB ist strafbar, «[w]er auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen» (Ziff. 1 Abs. 1). Die Bestimmung ist gegen die Ausübung fremder Staatsgewalt auf dem Gebiet der Schweiz gerichtet und soll das staatliche Machtmonopol und die schweizerische Souveränität schützen². Unter Strafe gestellt sind Souveränitätsverletzungen durch Handlungen, die für sich betrachtet, d.h. nach ihrem Wesen und Zweck, als Amtstätigkeit zu charakterisieren sind (sog. materiell amtliche Aktivitäten)³. Nicht

erforderlich ist, dass ein ausländischer Beamter sich in irgendeiner Weise an der Handlung beteiligt, strafbar machen können sich auch Privatpersonen (kein Sonderdelikt)⁴. Auch braucht kein Auftragsverhältnis vorzuliegen⁵, es genügt, dass die Handlung «im Interesse» des fremden Staates liegt⁶. Nach der Rechtsprechung ist das geschützte Rechtsgut ein staatliches, zugleich strahlt dieses aber auf die Interessen Privater aus, die häufig mittelbar betroffen sind⁷. Im Rechtsstaat dürfen die Rechtsunterworfenen darauf vertrauen, dass hoheitliche Befugnisse (z.B. Verhaftungen, Untersuchungshandlungen zu straf- oder steuerrechtlichen Zwecken) nur durch die dafür zuständigen Staatsorgane und rechtmässig ausgeübt werden.

Auf staatshoheitliche Ansprüche kann die Schweiz verzichten, etwa indem ausländische Behörden durch Gesetz oder Staatsvertrag direkt⁸ oder mittels eines Bewilligungsverfahrens⁹ zur Vornahme entsprechender Handlungen ermächtigt werden. In jüngerer Zeit, unter zunehmendem internationalem Druck, hat sich die Praxis etabliert, darüber hinaus direkt aus Art. 271 StGB eine Kompetenz abzuleiten, solche Souveränitätseingriffe zuzulassen – auch und gerade, wo dies zu erheblichen Eingriffen in rechtlich geschützte private Interessen führt:

Hinlänglich bekannt ist, dass im Rahmen des Steuerstreites mit der USA das US-Justizdepartement (DoJ) mit grossem Druck (insbesondere drohende Strafverfolgung, Anklageerhebung, Ausschluss vom Dollar-Clearing-System bzw. US-Wertschriftenhandel) und *ausserhalb* des regulären Amts- und Rechthilfeweges die Herausgabe von Informationen verlangt, anfänglich primär zu Bankkunden, später auch zu Bankmitarbeitern und Dritten. Daraus folgte zunächst, dass der Bund – nachdem er eine erste Grossbank mit Notrecht rettete (2008)¹⁰ – unter Aushebelung des Bankgeheimnisses und der Amts- und Rechthilfeordnung die Herausgabe von 285 Kundendossiers an

² BGer 6B_402/2008 vom 6.11.2008, KassH, E. 2.3.2; s.a. ANDREAS DONATSCH/WOLFGANG WOHLERS, *Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit*, 4. A., Zürich 2011, § 75, 1.1; MICHEL DUPUIS, Art. 271 StGB N 1, in: Michel Dupuis et al. (Hrsg.), *Petit Commentaire Code pénal*, Basel 2012; STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, Art. 271 StGB N 1, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, 2. A., Zürich u.a. 2013.

³ BGer 6B_402/2008 vom 6.11.2008, KassH, E. 2.3.2; BGE 114 IV 128 E. 2b; BGE 65 I 39 E. 2; BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, 2 vols., 3. A., Bern 2010, Art. 271 StGB N 1; DONATSCH/WOHLERS (FN 2), § 75, 1.2; DUPUIS (FN 2), Art. 271 StGB N 5; DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, *Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmun-*

gen, Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 271 StGB N 5; GÜNTER STRATENWERTH/FELIX BOMMER, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, Straftaten gegen Gemeininteressen*, 7. A., Bern 2013, § 47 N 14; TRECHSEL/VEST (FN 2), Art. 271 StGB N 2.

⁴ DONATSCH/WOHLERS (FN 2), § 75, 1.2; s.a. BJ, Bericht des Bundesamtes für Justiz zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden (Amtshilfe, Rechthilfe, Souveränitätsschutz) vom 14.3.2011, 20.

⁵ Vgl. Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, 1935, 224.

⁶ BGE 114 IV 128 E. 3a; BGE 65 I 39 E. 2; CORBOZ (FN 3), Art. 271 StGB N 6; DUPUIS (FN 2), Art. 271 StGB N 14; kritisch dazu STRATENWERTH/BOMMER, BT/2 (FN 3), § 47 N 15.

⁷ Vgl. BGer 8G.125/2003 vom 9.12.2003, AK, E. 1.3 («indirectement»); BStGer, BK, 25.4.2013, BB.2012.133, E. 2.2.1.

⁸ Z.B. Art. 68 IRSG (Zustellung von Schriftstücken).

⁹ Z.B. Art. 43 FINMAG (Grenzüberschreitende Prüfungen).

¹⁰ Verordnung über die Rekapitalisierung der UBS AG, AS 2008 4741.

das DoJ verfügte (2009)¹¹, was das Bundesgericht später mit Verweis auf die Polizeigeneralklausel (und unter Ausweitung ebendieser) absegnete¹². Wenig später wurde ein Amtshilfeabkommen zwischen der Schweiz und den USA abgeschlossen, welches die Schweiz verpflichtete, ein US-Amtshilfesuch über rund 4450 Kunden zu behandeln. Nachdem das Bundesverwaltungsgericht dies untersagte¹³, genehmigte das Parlament das Abkommen in Form eines selbständigen Staatsvertrags (2010)¹⁴. Wenig erstaunlich weckten diese Daten, die offenbar Rückschlüsse auf die zweifelhafte Arbeitsweise bestimmter Schweizer Finanzinstitute zulassen, beim DoJ erst Recht den Datenhunger. Als das DoJ von zahlreichen Banken weitere Informationen verlangte, deren Herausgabe nicht – jedenfalls nicht innert verlangter Frist und im gewünschten Umfang – rechtshilfefähig waren, hat der Bundesrat im April 2012 elf Banken eine Bewilligung zur Übermittlung nicht codierter Informationen einschliesslich Daten über Angestellte und Dritte an US-Behörden erteilt¹⁵. Nachdem vorerst unklar war, auf welche gesetzliche Grundlage sich diese Bewilligung stützte (bzw. ob erneut Notrecht bemüht wurde)¹⁶, stellte sich schliesslich heraus, dass der Bundesrat auf Art. 271 StGB rekurrierte. Natürlich begnügte sich das DoJ damit nicht und baute weiter Druck auf den gesamten Finanzplatz auf, sodass sich der Bundesrat gezwungen sah, eine gesetzliche Grundlage in Form eines dringlichen Bundesgesetzes – inhaltlich ähnlich der vorangehenden Bewilligungen – zur Übermittlung von Daten ausserhalb der ordentlichen Amts- und Rechthilfe zu schaffen¹⁷. Nachdem diese sog. Lex USA u.a. an rechtsstaatlichen Bedenken scheiterte,

griff der Bundesrat ausgerechnet¹⁸ auf seine vorangehende Praxis zurück und erteilt seither basierend auf einer Musterverfügung¹⁹ massenweise Einzelbewilligung nach Art. 271 StGB zur Teilnahme am sog. US-Programm²⁰, was die Übermittlung von Datensätzen überwältigender Quantität und Qualität durch Private an das DoJ zur Folge hat²¹.

Das wirft ganz grundsätzliche Fragen auf: *Kann der Bundesrat gestützt auf Art. 271 StGB «Bewilligungen» erteilen? Falls ja, handelt es sich (wie zuweilen behauptet) nur um ein «Aussetzen» dieser einen Strafnorm? Oder stellt die Bewilligung für weitere aus der Handlung fließende Tatbestände (z.B. wirtschaftlichen Nachrichtendienst) einen Rechtsfertigungsgrund dar? Legitimiert die Bewilligung schliesslich auch Eingriffe in die Zivilrechtsordnung, das Datenschutzrecht, Verfahrensrecht oder Grund- und Menschenrechte? Kann es wirklich sein, dass ausgerechnet eine strafrechtliche Bestimmung, die indirekt auch private Interessen schützt bzw. berührt²², gesetzliche Grundlage bildet für Eingriffe in diese Interessen?*

¹¹ Verfügung der FINMA vom 18.2.2009 zur Herausgabe der UBS-Kundendaten an das DoJ.

¹² BGE 137 II 431: Zu den fundamentalen Rechtsgütern zähle auch die «Stabilität und der Schutz des Finanzmarkts» (E. 4.1.), während die «Unvorhersehbarkeit» keine Anwendungsvoraussetzung mehr darstelle (E. 3.2.2).

¹³ BVerGer, 21.1.2010, A-7789/2009, welcher das Abkommen als Verständigungsvereinbarung einstufte und die gestützt darauf beabsichtigten Amtshilfehandlungen untersagte.

¹⁴ Botschaft zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfesuch betreffend UBS AG sowie des Änderungsprotokolls vom 14. April 2010, BBl 2010 2965.

¹⁵ Bewilligung des BR vom 4.4.2012 zur Übermittlung von Informationen, einschliesslich Daten über Bankmitarbeiter und Dritte an US-Behörden.

¹⁶ S.a. MARKUS H. F. MOHLER, Rechtsstaat? Abbau des Rechtsstaates von oben, Anmerkungen zur jüngsten Entwicklung im Steuerstreit mit den USA (7.8.2012), einsehbar unter <www.recht-sicherheit.ch>, zuletzt besucht am 16.4.2014, Ziff. 1, 2.d; NZZ, 18.4.2012, 27.

¹⁷ Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Massnahmen zur Erleichterung der Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten (sog. Lex USA), BBl 2013 3947.

¹⁸ TOBIAS F. ROHNER/MICHAEL PETER, Programm zur Beilegung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den USA, ST 2013, 732 ff., halten dieses Vorgehen «demokratiepolitisch» für korrekt, trotz der Erkenntnis, dass Art. 271 StGB «keine Anhaltspunkte [vorsieht], unter welchen Voraussetzungen eine entsprechende Bewilligung zu erteilen ist» (738); ähnlich TOBIAS F. ROHNER/URS FURRER, Knacknüsse bei der Lieferung von Daten durch Schweizer Banken an die USA, ST 2013, 515–523, die mit Blick auf die Bewilligungen des Bundesrates im Vorfeld der Lex USA nicht einsehen, «weshalb er dies nicht wieder tun sollte» (520). Sie interpretieren offenbar die ablehnende Haltung des Nationalrates als Auftrag an den Bundesrat fortzufahren wie bisher.

¹⁹ Vgl. die Wegleitung zur schweizerischen Musterverfügung vom 3.7.2013, einsehbar unter: <http://www.news.admin.ch/NSB-Subscriber/message/attachments/31820.pdf>, zuletzt besucht am 16.4.2014.

²⁰ Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks (US-Programm) des DoJ, einsehbar unter: <http://www.justice.gov/iso/opa/resources/7532013829164644664074.pdf>, zuletzt besucht am 1.2.2014. Dazu ROHNER/FURRER (FN 18), 732–740; MOLO/GIOVANOLI, Das US-Programm aus Schweizer Sicht, Jusletter 16.12.2013; DENIS BOIVIN, US Program, Jusletter 18.11.2013. Gemäss Angaben aus dem DoJ haben sich bis Ende Dezember 2013 106 Banken in die Gruppe 2 eingereiht, die in den Genuss der Bewilligungen kommt: CHRISTOPH EISENRING, Steuerstreit mit den USA, Über hundert Banken in Gruppe 2, NZZ online, einsehbar unter: <http://www.nzz.ch/aktuell/startseite/ueberhundert-banken-in-gruppe-2-1.18229452>, zuletzt besucht am 16.4.2014.

²¹ Vgl. insbesondere den Hinweis in den «Spezifischen Bemerkungen» der Wegleitung zur Musterverfügung (FN 19) (Ziff. II.2 f.) auf das Programm des DoJ (FN 20). Bezüglich Bankkunden sind ausdrücklich nur «persönliche Identifikationsmerkmale des Bankkunden (Name, Adresse, Sozialversicherungsnummer, Kontonummer)» ausgenommen.

²² BGer 8G.125/2003 vom 9.12.2003, AK, E. 1.3, SJ 2004, 232.

b. Skepsis in der Bundesverwaltung

Eigentlich hätte es so weit nie kommen müssen, Bundesrat und Bundesverwaltung wären in Bezug auf die Problematik einer Bewilligung, die sich auf ein Tatbestandsmerkmal einer Strafnorm abstützen soll, sensibilisiert gewesen. Schon im Marcos-Entscheid von 1997 hat sich der Bundesrat im Zusammenhang mit Rechtshilfehandlungen für eine betont zurückhaltende Bewilligungspraxis ausgesprochen: *«Die Bewilligung setzt voraus, dass der Rechtshilfeweg nicht aus grundsätzlichen Überlegungen ausgeschlossen ist. In solchen Fällen soll der Zweck der verschlossenen Rechtshilfe auch nicht auf dem Umweg über eine Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB erreicht werden können. Die Bewilligung setzt zudem voraus, dass die Beschreitung des Rechtshilfewegs an sich offen steht, im Einzelfall jedoch als praktisch unmöglich oder sinnlos erscheint»*²³.

Die Frage der *Zulässigkeit an sich* direkt gestützt auf Art. 271 StGB i.V.m. Art. 31 RVOG erteilter Bewilligungen wurde im Zusammenhang mit der Bewilligung des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) im Rahmen des «Qualified Intermediary Withholding Agreements» (QIA) aufgeworfen. Die Bewilligung aus dem Jahr 2000 erlaubte den mit der Anwendung des QIA befassten Personen – namentlich den Organen, Angestellten und Vertretern von Banken und Effektenhändlern oder deren Revisionsstellen und Beauftragten – auf schweizerischem Gebiet insbesondere die Vornahme von Quellensteuerabzügen nach amerikanischem Recht, die Abgabe von Informationen zu deren Vornahme an Dritte und die Durchführung von Kontrollen über diese Tätigkeiten²⁴. Die parlamentarische Geschäftsprüfungskommission zog in Zweifel, dass die Erteilung einer solchen unbefristeten (Global-)Bewilligung an einen Kreis von unbestimmten Personen überhaupt zulässig sei²⁵, das Bundesamt für Justiz nannte sie «ungeeignet und rechtlich bedenklich»²⁶. Auch der Bundesrat übte Kritik und schränkte in der Folge die Bewilligungspraxis ein²⁷.

In verschiedenen, unter dem Eindruck wachsenden internationalen Drucks entstandenen Berichten der Bundesbehörden zeichnete sich eine zunehmend kritische Würdigung der rechtlichen Grundlagen internationaler Zusammenarbeit und im Besonderen der Bewilligungspraxis gestützt auf Art. 271 StGB ab. So hat sich das Bundesamt für Justiz (BJ) im Bericht zur Auslandszusammenarbeit (2011) ausführlich mit der auf Art. 271 StGB gestützten Bewilligungspraxis auseinander gesetzt und bemängelte u.a. das Fehlen von «Anhaltspunkten oder Vorgaben» für die Entscheidung über die Bewilligung²⁸. Im Bericht werden Regelungslücken und Rechtsunsicherheit anerkannt und implizit zugegeben, dass Art. 271 StGB in Fällen von Souveränitätskonflikten – eben nur gerade – die «vordergründige» Rechtsgrundlage für Bewilligungen darstelle; zur Bewilligung der Vornahme unerlaubter Amtshandlungen durch ausländische Behörden eigne sich die Verfügungsform nicht²⁹. Auch der Bundesrat hat Regelungsbedarf erkannt und empfahl den mit Bewilligungserteilungen befassten Departementen, sich um geeignete staatsvertragliche oder gesetzgeberische Lösungen zu bemühen, wenn sie im Zusammenhang mit einer bestimmten Sachverhaltskonstellation eine Häufung von ähnlichen Bewilligungsgesuchen feststellen³⁰. Nur so werde eine rechtsgleiche und transparente Behandlung ermöglicht und die fremde Amtshandlung demokratisch ausreichend legitimiert³¹.

Darüber hinaus resultierte aus den seit einigen Jahren laufenden Bestrebungen, Regelungslücken bezüglich internationaler Zusammenarbeit und Souveränitätsschutz in einem einheitlichen Gesetz zu erfassen³², ein Vorentwurf für ein Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzge-

gung von zwei Europäischen Übereinkommen in Verwaltungssachen, Bern 2013, 38 f.); weiter hätte der Entscheid aufgrund seiner politischen Relevanz dem Bundesrat unterbreitet werden müssen (Art. 31 Abs. 2 RVOG; BR, Bericht Finanzkrise, 9); zum Ganzen vgl. BSK StGB-HUSMANN (FN 70), Art. 271 N 58.

²³ VPB 61.82, E. III.4.

²⁴ BJ, Bericht Auslandszusammenarbeit (FN 4), 11 f.

²⁵ Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrates und des Ständerates vom 30.5.2010, Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA, BBl 2011 3099, 3267.

²⁶ BJ, Bericht Auslandszusammenarbeit (FN 4), 49.

²⁷ Bericht des Bundesrates «Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA» in Erfüllung des Postulates 10.3390 GPK NR/10.36.29 GPK SR vom 10.10.2012, 9. So dürfen nach neuer Praxis Bewilligungen nur noch an natürliche oder juristische Einzelpersonen (nicht an ganze Branchen) erteilt werden (s.a. Erläuternder Bericht zum Entwurf für ein Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und über den Schutz der schweizerischen Souveränität sowie zum Entwurf für einen Bundesbeschluss über die Genehmi-

²⁸ Als Kriterien vorgeschlagen werden: aussenpolitisches Konfliktpotential, souveränitätspolitische Interessen, (grundrechtliche) Betroffenheit Privater, Intensität und dergleichen, BJ, Bericht Auslandszusammenarbeit (FN 4), 51; s.a. die Bewilligungskriterien nach Art. 22 VE ZSSG (Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und über den Schutz der schweizerischen Souveränität [Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz], Bern 2013).

²⁹ BJ, Bericht Auslandszusammenarbeit (FN 4), 49 f.

³⁰ BR, Bericht Finanzkrise (FN 27), 10.

³¹ BR, Bericht Finanzkrise (FN 27), 10; zum Ganzen vgl. BSK StGB-HUSMANN (FN 70), Art. 271 N 59.

³² Vgl. Bericht zur Abschreibung der Motion 07.3281 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats, BBl 2010, 4095, 4100; Motion FDP-Fraktion [NR 11.3120], Schutz der Souveränität der Schweiz; BR, Bericht Finanzkrise (FN 27), 10 i.f.; Bericht VE ZSSG (FN 27), 10 f.

setzes (E-ZSSG). Der Erläuternde Bericht vom Februar 2013 erklärt unumwunden: «Die deutsche Fassung von Artikel 271 StGB hat von einer ‹Bewilligung› gesprochen. Diese Begrifflichkeit ist insofern irreführend, als das Strafgesetzbuch nicht die Rechtsgrundlage für solche Bewilligungen darstellen kann.»³³

c. Kritik der Doktrin

Bis vor kurzem hat die überwiegende Doktrin Bewilligungen «gemäss» oder «nach» Art. 271 Abs. 1 StGB, also direkt auf die Strafnorm gestützte Verfügungen, weitestgehend unwidersprochen anerkannt³⁴. Dabei wurde in der Regel ergänzend auf Art. 31 RVOV hingewiesen, in dem der Bundesrat eine entsprechende Kompetenz auf Verordnungsstufe konkretisiert bzw. weiterdelegiert³⁵. Soweit die Bewilligung private Interessen tangierte, wurde indes bereits in der Vergangenheit auf die Notwendigkeit einer zurückhaltenden Praxis hingewiesen³⁶.

In jüngster Zeit sind in der Lehre – unter dem Eindruck der aus den Bewilligungen resultierenden erheblichen Eingriffe in rechtlich geschützte Positionen Drit-

ter – vermehrt kritische Stimmen zu vernehmen: FIOKA erachtet die Bewilligungen zur Herausgabe von Bankmitarbeiterdaten als «rechtlich eigentlich schwer haltbar»³⁷. MOHLER/GLUTZ sind der Ansicht, dass es «für solche Bewilligungen, gemäss welchen Private hoheitlich tätig werden können, wiederum eine Gesetzesgrundlage [braucht]. Diese Gesetzesgrundlage liegt gerade nicht im genannten Straftatbestand selber. Die Ermächtigung zur Erteilung einer solchen Bewilligung, beispielsweise durch den Bundesrat, müsste in einem Spezialgesetz oder einem Staatsvertrag enthalten sein»³⁸. Wo eine gesetzliche bzw. staatsvertragliche Grundlage fehlt, kann sich nach NIGGLI³⁹ und MOHLER⁴⁰ eine entsprechende Bewilligung (nur) aus einem Notstand des Staates legitimieren. Richtigerweise verweist MOHLER ausdrücklich auf Art. 184 Abs. 4 bzw. eventualiter auf Art. 185 Abs. 3 BV⁴¹. Dass die dort genannten Voraussetzungen im Falle des Steuerstreites erfüllt sind, wird allerdings zu Recht angezweifelt (vgl. Abschnitt 3.c)⁴². Insofern – stellt NIGGLI fest – wurde auf «Geheiss des (dafür überhaupt nicht zuständigen) Bundesrates (aufgrund einer dafür überhaupt nicht zuständigen Strafbestimmung)» unter Missachtung der Rechtsordnung einem Auskunftsbegehren entsprochen⁴³. Moniert wird von MOHLER ausserdem (ähnlich auch SCHWEIZER/MOHLER/GLUTZ), die Bewilligungen gingen insofern auch über die Schranken dieser ausserordentlichen verfassungsunmittelbaren Kompetenzen hinaus, als diese Verfügungen gegen geltende Gesetze und die Verfassung verstossen würden (dazu Abschnitt 4.a)⁴⁴. MOLO/GIOVANNOLI zweifeln im Zusammenhang mit dem US-Programm

³³ Bericht VE ZSSG (FN 27), 46; mit dem ZSSG soll der deutsche Wortlaut revidiert werden und künftig von «ohne Berechtigung» sprechen, analog dem französischen («sans y être autorisé») bzw. italienischen («senza esservi autorizzato») Gesetzestext.

³⁴ CHRISTIAN FAVRE/MARC PELLET/PATRICK STOUDMANN, Code pénal annoté, 3. A., Lausanne 2011, Art. 271 Ziff. 1.3; PHILIPP FISCHER/ALEXANDRE RICHA, U.S. pretrial discovery on Swiss soil, Bibliothek zur Zeitschrift für schweizerisches Recht, Beiheft 49, Basel 2010, 56 f.; PETER HONEGGER/ANDREAS KOLB, Amts- und Rechtshilfe: 10 aktuelle Fragen, ASA 2009, 789–823, 817; THOMAS HOPF, Art. 271 StGB N 18, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, 2. A., Basel 2007; SERGE HUSMANN, La coopération internationale sur les marchés financiers: entre secret bancaire et lutte contre la criminalité, in: Droit pénal économique, Genève 2011, 425–474, 468 f.; ROSENTHAL/JÖHRI (FN 3), Art. 271 StGB N 36 f., ferner Art. 273 StGB N 68; JÖRG SCHWARZ, Geheimnisschutz- und Spionagestrafrecht, § 19 N 165 ff., in: Jürg-Beat Ackermann/Günter Heine (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Bern 2013, 555 ff.; WALTER A. STOFFEL, Die schweizerische Wettbewerbspolitik im internationalen Kontext, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2006, 1–25, 16; TRECHSEL/VEST (FN 2), Art. 271 StGB N 4. Teilweise auch noch in jüngster Zeit mit Blick auf die Bewilligungen an Banken zur direkten grenzüberschreitenden Datenübermittlung, so ROHNER/FURRER (FN 18), 519 f.; ferner MARKUS F. HUBER/ANNA SOPHIE BARTZ/CHRISTIAN MAEDER, Blickpunkt International, Steuerrevue 2013, 874–883, 882.

³⁵ Abs. 1: «Die Departemente und die Bundeskanzlei entscheiden in ihrem Bereich über Bewilligungen nach Artikel 271 Ziffer 1 des Strafgesetzbuches zur Vornahme von Handlungen für einen fremden Staat»; s.a. BStGer, BK, 25.4.2013, BB.2012.133, E. 4.2.2.

³⁶ HUSMANN, Coopération internationale (FN 34), 468 f.; s.a. HONEGGER/KOLB (FN 34), 818; TRECHSEL/VEST (FN 2), Art. 271 StGB N 4; FAVRE/PELLET/STOUDMANN (FN 34), Art. 271 StGB Ziff. 1.3.

³⁷ GERHARD FIOKA, Entwicklungen im Bereich der polizeilichen Zusammenarbeit, in: Astrid Epiney/Stefan Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, Zürich 2013, 139–150, 149.

³⁸ MARKUS H. F. MOHLER/ALEXANDER M. GLUTZ, Kein Raum für privatisierte internationale Strafverfolgung, NZZ, 4.7.2013, 21; ferner MOHLER (FN 16), passim; krit. auch RAINER J. SCHWEIZER in Tagesanzeiger online, 30.7.2012: «Dass der Bundesrat dafür eine Bewilligung gemäss Strafgesetzbuch (Art. 271) gegeben hat, macht hier keinen Unterschied. Eine völkerrechtliche Grundlage dafür besteht nicht».

³⁹ NZZ, 18.4.2012, 9; NZZ, 26.7.2012, 9.

⁴⁰ MOHLER (FN 16), Ziff. 5.

⁴¹ MOHLER (FN 16), Ziff. 5.

⁴² NZZ, 18.4.2012, 9; NZZ, 26.7.2012, 9.

⁴³ MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Ist das Recht am Ende? AJP/PJA 2012, 891–893, 891.

⁴⁴ MOHLER (FN 16), Ziff. 2.d; so bezüglich Lösung mittels bundesrätlicher Verordnung RAINER J. SCHWEIZER/MARKUS H. F. MOHLER/ALEXANDER M. GLUTZ, Das Bundesgesetz zum Steuerstreit verletzt den Rechtsstaat und die Demokratie, Jusletter 10.6.2013, Rz. 3: «Höchstens ein Bundesgesetz kann als lex specialis dem Bundesgesetz zum RVUS und dem StAhiG vorgehen und sich allenfalls gegenüber den Völkervertragsrechtspflichten als Fall der (verpönten) Schubert-Praxis gerieren».

nicht nur an der Richtigkeit des gewählten Vorgehens, sondern hätten «zum Schutz der Rechtsstaates» eine situationsangemessene Lösung gerade darin gesehen, die «*entraide sauvage*» ausdrücklich zu untersagen, bei Bedarf auch mittels sog. «blocking orders»⁴⁵. In der Tat werden mit derartigen Bewilligungen regelmässig bundesgesetzliche und völkerrechtliche Amts- und Rechtshilfebestimmungen umgangen⁴⁶, datenschutzrechtliche⁴⁷, aber auch zivilrechtliche Garantien und Pflichten⁴⁸ ausgehebelt, und darüber hinaus verfahrensrechtliche⁴⁹ sowie grund- und menschenrechtlich⁵⁰ verankerte Garantien tangiert.

3. Grundlegende Anmerkungen

a. Amtshandlungen im Lichte des Legalitätsprinzips

Der Vorbehalt des Rechts verlangt, dass grundsätzlich jede staatliche Tätigkeit auf einer generellen-abstrakten Norm beruht⁵¹. Nur ausnahmsweise, in besonderen Situationen kann sich staatliches Handeln direkt auf ausserordentliche Kompetenzen abstützen⁵², wobei den ver-

fassungsunmittelbaren Verordnungen und Verfügungen namentlich im Bereich der Aussenpolitik (Art. 184 Abs. 3 [sog. Interessenwahrungsrecht] sowie Art. 185 Abs. 4 BV [konstitutionelles Notrecht]) eine besondere Bedeutung zukommt. Gehen mit Amtshandlungen schwerwiegende Einschränkungen von Grundrechten einher, müssen diese in einem formellen Gesetz vorgesehen sein (Art. 36 Abs. 1 BV), nur in Fällen ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr für ein fundamentales Rechtsgut können gestützt auf die Polizeigeneralklausel (Art. 36 Abs. 1 2. Satz BV) innerhalb des verfassungsmässigen Rahmens die nötigen Massnahmen ergriffen werden⁵³. Die Übertragung von Verwaltungsaufgaben an Private ist im Grundsatz möglich (Art. 178 BV), erfordert aber eine bereichsspezifische formell-gesetzliche Ermächtigung⁵⁴. Ausgeschlossen davon ist nach der Lehre allerdings ein Kernbestand, der unter anderem die Strafverfolgung umfasst⁵⁵.

Diesen Rahmen hat der Staat zu beachten, wenn er auf souveränitätsrechtliche Ansprüche verzichtet und Amtshandlungen durch Private zulassen will. Bedeutsam ist dies nicht nur, weil solche Handlungen die schweizerische Souveränität und Gebietshoheit beeinträchtigen⁵⁶, sondern insbesondere weil damit eben regelmässig verfahrensrechtliche, grund- und menschenrechtliche Garantien tangiert werden, indem eigentlich unzuständige Personen autorisiert werden, durch amtliche bzw. amtsähnliche Handlungen in private Interessen einzugreifen. Zulässig sind solche Handlungen folglich nur gestützt auf eine ausreichende gesetzliche Grundlage, namentlich ein (Spezial)gesetz⁵⁷ oder einen Staatsvertrag⁵⁸, bzw. in Ausnahmefällen unter Berufung auf Notrecht bzw. die Polizeigeneralklausel.

Abgesehen von der hier nicht behandelten Frage, ob die Erhebung, Aufbereitung und Übermittlung von Informationen und Unterlagen zugunsten ausländischer Straf-

⁴⁵ MOLO/GIOVANOLI (FN 20), Rz. 24, 29 mit Hinweisen auf BJ, Bericht Auslandszusammenarbeit (FN 4), s. dort 22.

⁴⁶ Was offen zugegeben wird, s. nur PATRICK RAAFLAUB, Entscheidende Phase für die Schweizer Banken, NZZ, 29.11.2013, 21. Im Zusammenhang mit dem Datenüberlieferung an das DoJ namentlich IRSG; Staatsvertrag vom 25.5.1973 mit den USA über die Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.933.6); Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz-USA vom 2.10.1996 (SR 0.672.933.61) sowie die dazugehörigen Verordnung (SR 672.933.61); ebenso MOHLER (FN 16), Ziff. 2; s.a. SCHWEIZER/MOHLER/GLUTZ (FN 44), Rz. 3; MOLO/GIOVANOLI (FN 20), Rz. 24 («völlig verwässert»); NIGGLI (FN 43), 891 f.

⁴⁷ Insb. Art. 6 DSGVO; ferner gegebenenfalls auch Art. 8 f. der europäischen Datenschutzkonvention vom 1982 (SR 0.235.1); MOHLER (FN 16), Ziff. 2; NIGGLI (FN 43), 891.

⁴⁸ Z.B. die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nach Art. 328 OR und die Schranken der Datenbearbeitung durch den Arbeitgeber nach Art. 328b OR; MOHLER (FN 16), Ziff. 3b; s.a. SCHWEIZER/MOHLER/GLUTZ (FN 44), Rz. 11. Art. 28 ff. ZGB.

⁴⁹ Rechtsweggarantie (Art. 29a BV, Art. 13 EMRK); Recht auf ein faires Verfahren (Art. 29 ff. BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 14 UNO-Pakt II); Selbstbelastungsfreiheit (nemo tenetur, Art. 32 BV, Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II); Waffengleichheit; Anspruch auf Verfahrensbeteiligung, s.a. MOHLER (FN 16), Ziff. 2a, 2b, 3a, 4b; SCHWEIZER/MOHLER/GLUTZ (FN 44), Rz. 11; a.M. bzgl. nemo tenetur ROHNER/FURRER (FN 18), 521.

⁵⁰ Insbesondere Schutz der Privatsphäre/informationelle Selbstbestimmung (Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV i.V.m. Art. 35 BV); Rückwirkungsverbot (Art. 7 i.V.m. Art. 14 EMRK); s.a. Art. 2 lit. a IRSG.

⁵¹ Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1, 132.

⁵² Bedeutsam ist neben Art. 184 Abs. 3 und 185 Abs. 3 BV insb. Art. 173 Abs. 1 lit. c BV; auf kantonaler Ebene bestehen ähnliche

Kompetenzen, vgl. dazu MARKUS HUSMANN, Zum Handlungsspielraum der Kantone bei ausserordentlichen Umständen, Kantonale Kompetenzen bei Dringlichkeit und Not, in: Eva Maria Belser/Peter Hänni/Bernhard Waldmann (Hrsg.), *Föderalismus 2.0 – Denkanstösse und Ausblicke/Fédéralisme 2.0 – Réflexions et perspectives*, Bern 2011, 247–282, passim.

⁵³ Vgl. BGE 137 II 431.

⁵⁴ GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zürich 2007, Art. 178 BV N 32 m.Hinw.

⁵⁵ Vgl. BIAGGINI (FN 54), Art. 178 BV N 28.

⁵⁶ BGer 6B 402/2008 vom 6.11.2008, KassH, E. 2.3.2; s.a. DONATSCH/WÖHLERS (FN 2), IV, § 75, 1.1; DUPUIS (FN 2), Art. 271 N 1; TRECHSEL/VEST (FN 2), Art. 271 N 1.

⁵⁷ Z.B. Art. 43 FINMAG.

⁵⁸ Z.B. *Vor-Ort-Kontrollen* ausländischer Behörden in der Schweiz: Umweltabkommen, SR 0.814.092.681, Anhang IV, Art. 3.

verfolgungsbehörden überhaupt eine i.S.v. Art. 178 BV delegierbare behördliche Aufgabe des Bundes darstellt⁵⁹, ist vor allem von Interesse, inwiefern Art. 271 StGB als gesetzliche Grundlage für die Delegation und Autorisierung solcher Handlungen herhalten kann.

b. Entstehungsgeschichte von Art. 271 StGB

Historisch betrachtet ist zu keinem Zeitpunkt die Absicht auszumachen, mit Art. 271 StGB oder einer seiner Vorläuferbestimmungen eine Kompetenz zugunsten der Bundesbehörden zu schaffen, entsprechende Handlungen zu bewilligen. Bereits die Art. 39 bis 41 des Bundesgesetzes über das Bundesstrafrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft von 1853 pönalisierten völkerrechtswidrige Handlungen gegen die Schweiz und den gegen die Eidgenossenschaft gerichtete diplomatischen Verkehr «ohne Bewilligung»⁶⁰. Schon hier ist offensichtlich, dass der Hinweis auf den «ausdrücklich autorisierten diplomatischen Verkehr» (so die Botschaft)⁶¹ nicht bezweckte, ebendiesem durch die Norm zu begründen, sondern solchen vom Tatbestand auszunehmen. Der eigentliche Wortlaut von Art. 271 StGB entstammt der Krisenrechtssetzung der Zwischenkriegszeit. Der Entwurf eines Staatsschutzgesetzes von 1933 (sog. Ordnungsgesetz)⁶², sah eine entsprechende Bestimmung vor («Wer ohne Bewilligung auf schweizerischem Gebiete Amtshandlungen im Namen eines fremden Staates vornimmt [...]»)⁶³. Aus den Materialien sind keinerlei Hinweise ersichtlich, dass damit eine Grundlage für die Ermächtigung zu entsprechenden Amtshandlungen geschaffen werden sollte; vielmehr betonte der Gesetzgeber die aus solchen Amtshandlungen fließende drohende «Schädigung der direkt betroffenen Personen, Parteiung sowie Trübung des Verhältnisses zwischen der eigenen Bevölkerung und ihren Behörden [...]»⁶⁴. Nachdem diese sehr weitgehende Staatsschutzgesetzgebung am Widerstand des Volkes scheiterte, setzte die Bundesversammlung einen in Form eines dringlichen Bundesbeschlusses ergangenen Noterlass in Kraft. Dieses sog. «Spitzelgesetz», stellte u.a. verbotene Handlungen

für einen fremden Staat unter Strafe⁶⁵. Die Botschaft verwies weitgehend auf das verworfene Ordnungsgesetz und betonte im Übrigen, dass darunter auch Erhebungen im Interesse der ausländischen Finanzverwaltung fallen⁶⁶. Einen Hinweis, dass gestützt auf die Bestimmung Finanzspionage und dergleichen bewilligt werden könnte, sucht man auch hier vergeblich⁶⁷. Mit dem Inkrafttreten des StGB wurden diese Strafbestimmungen in die ordentliche Gesetzgebung überführt⁶⁸.

c. Bewilligung gestützt auf Art. 271 StGB?

Die Konzeption, wonach sich Bewilligungen zur Vornahme solcher Handlungen direkt aus Art. 271 StGB ergeben, geht zurück auf die unter dem Bundesratsbeschlusses (BRB) von 1971⁶⁹ entwickelte Praxis⁷⁰. Dessen Art. 1 Abs. 1 bestimmte: «Die Departemente und die Bundeskanzlei sind in ihrem Aufgabenbereich zum selbständigen Entscheid über Bewilligungen zur Vornahme von Handlungen für einen fremden Staat, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen (Art. 271 Ziff. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches), ermächtigt.» Mit der Verwaltungsreform wurde der BRB aufgehoben und die Bestimmung in ihren Grundzügen in Art. 31 RVOV gegossen⁷¹. Allerdings ist dabei der Wortlaut dahingehend verändert worden, dass neu «über Bewilligungen nach Artikel 271 Ziffer 1 des Strafgesetzbuches»⁷² ent-

⁵⁹ Die Frage verneinend: MOHLER/GLUTZ (FN 38), 21; umstritten, vgl. BIAGGINI (FN 54), Art. 178 BV N 28 m.Hinw.

⁶⁰ BBl 1852 II 567 f; s.a. Botschaft des schweizerischen Bundesrates an die hohe Bundesversammlung zum Gesetzentwurf über das Bundesstrafrecht vom 1.7.1852, BBl 1852 II 581, 585.

⁶¹ (Sic), Botschaft Bundesstrafrecht (FN 60), BBl 1852 II 585.

⁶² Bundesgesetzes zum Schutze der öffentlichen Ordnung, BBl 1933 I 753.

⁶³ Vgl. dessen Art. 5 Ziff. 1 Abs. 1.

⁶⁴ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes zum Schutze der öffentlichen Ordnung vom 8.5.1933, BBl 1935 I 759.

⁶⁵ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesbeschlusses betreffend den Schutz der Sicherheit der Eidgenossenschaft und die Erweiterung der Bundesanwaltschaft vom 29.4.1935 (sog. Spitzelgesetz), BBl 1935 I 742: «Wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung Amtshandlungen für einen fremden Staates vornimmt [...]».

⁶⁶ Botschaft Spitzelgesetz (FN 65), BBl 1935 I 744.

⁶⁷ Vielmehr wird ausdrücklich «jede nicht durch Staatsvertrag, Gesetz, völkerrechtliches Gewohnheitsrecht oder besondere Bewilligung gebotene Unterstützung fremder Amtstätigkeit» miteinbezogen, Botschaft Spitzelgesetz (FN 65), BBl 1935 I 744.

⁶⁸ Im Entwurf und der Botschaft von 1918 waren diese Bestimmungen noch nicht erwähnt, vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch vom 23.7.1918, BBl 1918 IV 1 ff.

⁶⁹ Bundesratsbeschluss über die Ermächtigung der Departemente und der Bundeskanzlei zum selbständigen Entscheid über die Bewilligungen nach Art. 271 Ziff. 1 StGB, AS 1971 1053.

⁷⁰ Zur Praxis ausführlich die Botschaft des Bundesrates vom 27.5.1998 über die Revision des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen, BBl 1998 3847, 3890 ff.; s.a. MARKUS HUSMANN, Art. 271 N 55, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, 3. A., Basel 2013.

⁷¹ Vgl. Art. 34 RVOV.

⁷² Ähnlich die Verschiebung im italienischen Wortlaut: Nach BRB 1971: «I Dipartimenti e la Cancelleria federale, nell'ambito delle proprie competenze, possono accordare direttamente l'autorizzazione di compiere per conto di uno Stato estero, atti che

schieden wird. Das erweckt den Eindruck, Art. 271 StGB typisiere nicht die im Grundsatz unerlaubte Handlung, sondern könne als Bewilligungsgrundlage herhalten. Das ist – abgesehen von der gänzlichen Unbestimmtheit der Bestimmungen und der völligen Systemwidrigkeit einer Verfügungskompetenz im besonderen Teil des Strafgesetzbuches – aus nachfolgenden Gründen nicht haltbar:

Der BRB stützte sich materiell nicht etwa auf Art. 271 StGB, sondern ausschliesslich auf Art. 102 Ziff. 8–10 aBV, welche die bundesrätlichen Kompetenzen im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten (Ziff. 8) sowie der äusseren (Ziff. 9) und inneren Sicherheit (Ziff. 10) festlegten. Somit delegierte der Beschluss – in Anwendung von Art. 23 des damaligen Verwaltungsorganisationsgesetzes (heute Art. 47 RVOG) – einzig diesbezügliche Kompetenzen des Bundesrates. Deren Umfang wurde im Übrigen bereits unter der aBV kontrovers diskutiert⁷³. Bei den genannten Kompetenzen handelt es sich indes fraglos um die Vorläufer der heutigen verfassungsunmittelbaren Notrechts- und Interessenwahrungskompetenz des Bundesrates nach Art. 184 und Art. 185 BV⁷⁴. Diese Kompetenz wiederum wurde mit dem Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit für Verfügungen in ausserordentlichen Lagen in Art. 7e Abs. 1 RVOG bestätigt und geringfügig konkretisiert⁷⁵. Richtigerweise kann sich somit auch der heute

geltende Art. 31 RVOV – abgesehen von den Fällen, in denen eine spezifische rechtliche Grundlage besteht – einzig auf diese Kompetenzen beziehen. Folglich darf eine entsprechende Bewilligung nur als Interessenwahrungsverfügung (Art. 184 Abs. 3 BV) oder unter den restriktiveren Voraussetzungen des Notrechts (Art. 185 Abs. 3 BV) ergehen. Das Bundesgericht hat die Anforderungen von Art. 184 Abs. 3 zu Recht nahe der Polizeigeneralklausel verortet: «L'art. 184 al. 3 Cst. permet au Conseil fédéral, dans les «relations avec l'étranger» [...], de prendre des mesures, sous la forme d'ordonnances ou de décisions, lorsque «la sauvegarde des intérêts du pays l'exige», pour autant qu'elles soient «nécessaires» et «limitées dans le temps». Cette disposition suppose donc que la mesure prise vise à sauvegarder les intérêts du pays dans les relations avec l'étranger, qu'elle soit nécessaire et urgente et que sa durée soit limitée dans le temps.»⁷⁶

Richtig erscheint insofern die Skepsis des Bundesamtes für Justiz (BJ), das Art. 184 Abs. 3 BV «aufgrund seines weiten Anwendungsbereichs» zwar im Einzelfall für eine zulässige Gesetzesgrundlage für die Bewilligung einer Kooperationshandlung mit ausländischen Behörden hält, zugleich aber mit deutlichen Worten anfügt: «Das Abwehrdispositiv auf Verfassungsstufe ist jedoch nur in besonderen Situationen anwendbar und nur soweit diese Situationen singulären Charakter haben oder nicht vorhersehbar (oder nicht vorhergesehen worden) sind. Allfällige Abwehrmassnahmen sind zudem zu befristen. Rechtsstaatliche Grundsätze gebieten die Schaffung formell-gesetzlicher Grundlagen für die Abwehr von nicht singulären, vorhersehbaren Bedrohungslagen oder Interessengefährdungen.»⁷⁷ Interessanterweise übernimmt der Bundesrat im Erläuternden Bericht zum ZSSG diese Position fast wörtlich⁷⁸.

An dieser Stelle drängt sich eine Anmerkung zur Lex USA auf: Gemäss Botschaft bezweckte diese die Schaffung einer allgemeinen und abstrakten Rechtsgrundlage, die «allen Banken – unabhängig davon, ob sie bereits Gegenstand von Untersuchungen sind oder ob sie kooperieren möchten, um zu klären, wo sie bezüglich der Un-

spettano a poteri pubblici (art. 271)» – Art. 31 RVOV: «Nel loro ambito, i dipartimenti e la Cancelleria federale decidono in merito alle autorizzazioni secondo l'articolo 271»; weniger eindeutig der französische Wortlaut: nach BRB 1971: «Dans le cadre de leurs attributions respectives, les départements et la chancellerie fédérale ont pouvoir d'accorder eux mêmes l'autorisation de procéder pour un Etat étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics, art. 271 [...]» – Art. 31 RVOV: «Dans leur domaine, les départements et la Chancellerie fédérale décident des autorisations de procéder pour un Etat étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics, prévues à l'art. 271», H.v.Verf. Als Vorlage von Art. 31 RVOV diente wohl der Titel der BRB, der seinerseits bereits verkürzt und damit missverständlich formuliert war.

⁷³ Vgl. nur BGE 64 I 365, 372: «Hätte übrigens der Verfassungsgesetzgeber nicht an ein Verordnungsrecht des Bundesrates gedacht, und hätte dieser dasselbe früher nicht beansprucht, so könnte das den Richter nicht hindern, heute ein Verordnungsrecht des Bundesrates gleichwohl anzuerkennen und der Verfassung im Rahmen ihres Wortlautes den Sinn zu geben, der sich bei den veränderten tatsächlichen Verhältnissen aufdrängen muss.»

⁷⁴ DANIEL THÜRER/BINH TRUONG/FELIX SCHWENDIMANN, Art. 184 BV Rz. 17, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastroradi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2008.

⁷⁵ «Der Bundesrat kann, unmittelbar gestützt auf Artikel 184 Absatz 3 oder Artikel 185 Absatz 3 der Bundesverfassung, eine Verfügung erlassen: a. wenn die Wahrung der Interessen des Landes es erfordert; oder b. um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder

äusseren Sicherheit zu begegnen», s.a. Parlamentarische Initiative, Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen, Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates, BBl 2010 1563; zur Kritik bzgl. fortbestehender rechtsstaatlicher und demokratischer Defizite: RALPH TRÜMPLER, Das Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen, Palliation mit klingendem Namen, SJZ, 309–316, 313 ff.

⁷⁶ So BGE 132 I 229 E. 10.1; s.a. BGE 123 IV 29 E. 3a; BGE 122 IV 262 E. 2a.

⁷⁷ BJ, Bericht Auslandzusammenarbeit (FN 4), 22.

⁷⁸ Bericht VE ZSSG (FN 27), 10.

tersuchungen des DoJ stehen – erlauben» soll, direkt mit den zuständigen amerikanischen Behörden ihre Situation zu bereinigen⁷⁹. Zugelassen worden wären damit zweifellos zahlreiche Handlungen, die nicht auf Art. 184 BV gestützt hätten werden können, weil sie für den Schutz der Landesinteressen weder dringlich noch notwendig waren. Genau darum sollte ja eine gesetzliche Grundlage her (die im Übrigen auch die datenschutzrechtlichen⁸⁰ und arbeitsrechtlichen Probleme lösen sollte). Zweifellos ist bereits die gescheiterte Dringlichkeitsgesetzgebung kritisch zu beurteilen⁸¹ und zweifellos waren bereits die der Lex USA vorangehenden Bewilligungen kaum haltbar (beschränkten sich aber auf in einem Verfahren stehende Banken). Dass nun aber nach Erkennen der Problematik, nach dem Scheitern einer Lösung, ebensolche Verfügungen zur Teilnahme an einem freiwilligen Programm⁸² quasi per Giesskannenprinzip an alle⁸³ kooperationswilligen Banken erteilt werden, um damit vermutlich erst eine Vielzahl von Strafverfahren zu initiieren, ist rechtsstaatlich eine Katastrophe und politisch ein Fiasko. Der Bundesrat dürfte damit den ihm (richtigerweise nicht gestützt auf das StGB, sondern auf die BV und das RVOG) zustehenden weiten Ermessensbereich zum Erlass von verfassungsunmittelbaren Verfügungen und Ausführungsbestimmungen im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten und der äusseren und inneren Sicherheit überschritten haben⁸⁴.

d. Nur ein «Aussetzen» von Art. 271 StGB?

Zuweilen wird vorgebracht, eine Bewilligung nach Art. 271 StGB erlaube nur bzw. höchstens ein «Aussetzen» dieser einen Strafbestimmung. Anders gewendet: Für andere Strafbestimmungen (bspw. den wirtschaftlichen Nachrichtendienst, Art. 273 StGB⁸⁵), aber auch andere Rechtsbereiche, bleibe die Bewilligung wirkungslos. Diese Position bezweckt typischerweise, die Bewilligungspraxis zu begrenzen bzw. zu legitimieren oder aber mindestens weitergehende Handlungen gestützt auf die

Bewilligung zu delegitimieren⁸⁶. So elegant diese Argumentation sein mag: Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Legitimation einer Bewilligung gerade nicht im StGB zu finden ist, ihre Schranken sich folglich auch nicht aus Art. 271 StGB ergeben. Selbstverständlich kann aber eine Bewilligung ihrerseits Schranken setzen, wie jüngst im Rahmen des US-Programms geschehen (dazu Abschnitt 4.b/c). Das kann durchaus sinnvoll sein, etwa um die Aussetzung rechtlicher Grundsätze zu kompensieren (wie denjenigen des Spezialitätsprinzips). Fragwürdig scheint allerdings, Schranken zu setzen, deren Umgehung mit der Bewilligung gerade bezweckt wird. Ginge es dem Bundesrat einzig darum, seinen Strafanspruch und die Strafverfolgung für die politische Straftat auszusetzen, wäre eine Bewilligung nicht erforderlich, weil Delikte nach Art. 271 StGB erst nach Ermächtigung durch den Bundesrat gerichtlich verfolgt werden können (Art. 66 StBOG).

Insofern erscheint die Position der Bundesanwaltschaft⁸⁷ und die des BStGer⁸⁸, die offenbar die Zulässigkeit von Handlungen im Rahmen einer Bewilligung nicht zum Vornherein auf Art. 271 StGB beschränken, *prima vista* nicht falsch. Auch die Finma scheint den Anwendungsbereich weit zu verstehen⁸⁹. Davon zu trennen ist die Frage, ob die Voraussetzungen für die Bewilligung selbst im Einzelnen gegeben sind und deren Schranken eingehalten wurden.

⁷⁹ Botschaft Lex USA (FN 17), BBl 2013, 3952.

⁸⁰ Vgl. Art. 13 Abs. 1 DSG; ROHNER/FURRER (FN 18), 520.

⁸¹ Wir begnügen uns mit dem Hinweis auf SCHWEIZER/MOHLER/GLUTZ (FN 44), *passim*.

⁸² Vgl. Wegleitung zur Musterverfügung (FN 19), Ziff. I.

⁸³ Also auch an nicht sog. «systemrelevante» und nicht in einem Verfahren stehende Banken; kritisch auch MOLO/GIOVANOLI (FN 20), Rz. 24.

⁸⁴ S.a. BIAGGINI (FN 54), Art. 184 Rz. 2; BGer 6B_722/2013 vom 14.1.2013, StrA, E. 3.3.

⁸⁵ So hat der Bundesrat in VPB 61.82, E. 6, angezweifelt, dass ein Bewilligung nach Art. 271 StGB auch bezüglich wirtschaftlichen Nachrichtendienstes Wirkung entfalten vermöge: «Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass Art. 273 StGB kein Bewilligungsverfahren kennt.»

⁸⁶ So der Bundesrat, der dies ausdrücklich in der Musterverfügung vom 3.7.2013 (Ziff. II.8) festhält; ähnlich der EDÖB, vgl. NZZ, 27.7.2012, 9; ROHNER/FURRER (FN 18), 520, 521 in fine; kritisch ALBRECHT LANGHART, Heikle Ausweitung des US-Steuerstreits, NZZ, 6.8.2013, 17; NIGGLI (FN 43), 891.

⁸⁷ Vgl. BA, Nichtanhandnahmeverfügung, 16.8.2012 im späteren Verfahren BB.2012.133 vor BStGer: Eine Bewilligung, «une fois délivrée, légitimait les banques concernées dans leur coopération», BSK StGB-HUSMANN (FN 70), Art. 271 StGB N 62. Auch eine Strafbarkeit nach Art. 273 StGB sei ausgeschlossen, da es sich um eine Bewilligung der «plus haute autorité politique du pays» handle, zitiert in BSK StGB-HUSMANN (FN 70), Art. 273 StGB N 5.

⁸⁸ «Par ailleurs, pour que l'autorisation de l'art. 271 CP supprime une éventuelle illicéité de la contrainte au sens de l'art. 181 CP, encore faut-il que les charges et conditions dont elle est assortie soient respectées [...] [L]e Conseil fédéral a assorti son autorisation de la seule condition que les banques ne devaient pas communiquer aux autorités américaines des données relatives à leurs clients [...], et non comme le retient à tort le recourant au «strict respect du droit suisse» [...], BStGer, BK, 25.4.2013, BB.2012.133, E. 4.2.4.

⁸⁹ Vgl. Cour de Justice GE, Chambre civile, 13.12.2013, C/225/2013 [unveröffentlicht], Sachverhalt A.d. in fine bzgl. eines Beweismittels in Form eines «courrier [...] par lequel la FINMA lui a confirmé que «la décision du Conseil fédéral» lui permettait de transmettre «directement», si nécessaire, aux autorités judiciaires américaines les données concernant ses collaborateurs.»

e. Fazit

Die Worte «ohne Bewilligung» im Tatbestand von Art. 271 StGB können *keine selbständige Rechtsgrundlage* zur Erteilung einer Bewilligung statuieren, vielmehr regelt die Bestimmung die strafrechtlichen Konsequenzen bei Fehlen einer Bewilligung. Somit bedürfen Handlungen für einen fremden Staat bzw. Bewilligungen dazu immer einer genügend bestimmten *gesetzlichen oder staatsvertraglichen Grundlage ausserhalb von Art. 271 StGB*. Richtigerweise kann der Bundesrat bei Fehlen einer solchen Rechtsgrundlage eine Bewilligung nur unter den Voraussetzungen des Not- und Interessenwahrungsrechts erteilen (Art. 185 Abs. 3, Art. 184 Abs. 3 BV sowie Art. 7c–e RVOG)⁹⁰. Soweit Grundrechte tangiert werden, sind zudem die Voraussetzungen der polizeilichen Generalklausel (Art. 36 Abs. 1 2. Satz BV) zu berücksichtigen.

4. Rechtliche Konsequenzen

a. Allgemeine Bemerkungen

Wenn sich folglich eine Bewilligung zur Vornahme von Amts- und Rechthilfehandlungen bei Fehlen gesetzlicher Grundlagen richtigerweise nur auf Art. 184 Abs. 3 bzw. Art. 185 Abs. 3 BV stützen kann, muss sie den dort fixierten Voraussetzungen und Schranken genügen. Mit einem Verzicht auf souveränitätspolitische Ansprüche (i.S.v. Art. 271 StGB) werden normalerweise aussenpolitische Ziele verfolgt, weshalb entsprechende Bewilligungen grundsätzlich als selbständige, d.h. verfassungsunmittelbare Interessenwahrungsverfügungen (nach Art. 184 BV) zu qualifizieren sind, soweit zudem polizeiliche Ziele verfolgt werden, auch als Notverfügungen (nach Art. 185 BV)⁹¹. Massnahmen, die sich auf Art. 184 BV abstützen, bewegen sich typischerweise «praeter legem et se substituent en quelque sorte à des lois qui n'existent justement pas.»⁹² Derartige Verfügungen dürfen nach der Lehre ge-

setzesergänzend sein, müssen sich aber ansonsten an Verfassung und Gesetz halten⁹³. Ein Teil der Lehre qualifiziert die wohl unbestrittene «Umgehung» von Amts- und Rechthilferecht zugleich als eine *Verletzung* geltenden Rechts, weshalb dies selbst mittels ausserordentlichen verfassungsunmittelbaren Verfügungen (als Massnahme *contra legem*) unzulässig wäre⁹⁴; eine Herausgabe ausserhalb des ordentlichen Verfahrens stelle zugleich einen nicht zulässigen Eingriff in ein gesetzlich geregeltes Verfahren dar⁹⁵. Tatsächlich ist die Unterscheidung zwischen praeter und contra legem kaum je eine eindeutige, zumal das (notrechtliche) Subsidiaritätsprinzip gerade impliziert, dass ausserordentlicher Handlungsbedarf besteht, ein ordentliches gesetzliches Instrument aber nicht besteht; somit kann eben immer behauptet werden, die Massnahme fülle nur eine Gesetzeslücke⁹⁶.

Zu Recht wird darum von der Lehre und der Rechtsprechung – quasi per analogiam zur Polizeigeneralklau-

Pascal Mahon (Hrsg.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zürich/Basel/Genf 2003; SGK BV-THÜRER/TRUONG/SCHWENDIMANN (FN 74), Art. 184 Rz. 22.

⁹³ BIAGGINI (FN 54), Art. 184 BV Rz. 13; MAHON (FN 93), Art. 184 BV Rz. 17; SGK BV-THÜRER/TRUONG/SCHWENDIMANN (FN 74), Art. 184, Rz. 22. Dies wird mit ein Grund sein, warum die jüngste Bewilligungspraxis jedenfalls formaljuristisch den Anschein zu erwecken versucht, vom Bankgeheimnis erfasste Kundendaten auszunehmen (s.a. FN 21); während mit der Autorisierung zur Übermittlung derartiger Daten augenscheinlich *contra legem* gehandelt würde (in Frage käme höchstens der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen, ROHNER/PETER [FN 18], 738 f.), lassen die betroffenen Bestimmungen im DSGVO oder OR eher Raum für eine Rechtfertigung.

⁹⁴ So MOHLER (FN 16), Ziff. 2.d; zustimmend wohl SCHWEIZER/MOHLER/GLUTZ (FN 44), Rz. 3; vgl. aber BGE 137 II 431.

⁹⁵ So wurde etwa die bundesrätliche Verfügung vom 16.11.2005, zur Freigabe von in einem SchKG-Verfahren blockierten Bildern des Moskauer Puschkine-Museums (vgl. EDA, Pressemitteilung vom 16.11.2005: «Sammlung Puschkine: Bundesrat hebt Beschlagnahmung der Kulturgüter auf»), von der Lehre heftig kritisiert: BIAGGINI (FN 54), Art. 184 BV Rz. 13; HANSJÖRG PETER, Les tableaux du Musée Pouchkine de Moscou, BJSchK 2006, 61 ff, 66; KERSTIN ODENDAHL, Immunität entliehener ausländischer staatlicher Kulturgüter, AJP/PJA 2006, 1175 ff.

⁹⁶ Ausführlich dazu RALPH TRÜMPER, *Notrecht, eine Taxonomie der Manifestationen und eine Analyse des intrakonstitutionellen Notrechts de lege lata und de lege ferenda*, Diss. ZH, Zürich 2012, 185 ff., insb. 192, m.Hinw.; ferner LUZIUS MADER, *Aushöhlung des Budgetrechts in Krisenzeiten? Die Fälle Swissair und UBS*, in: SVVOR (Hrsg.) *Verwaltungsorganisationsrecht, Staatshaftungsrecht, öffentliches Dienstrecht*, Jahrbuch 2009, Bern 2010, 110; PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 3. A., Bern 2011, § 46 N 26. In BGE 137 II 431, E. 2.2.4, wird beispielsweise implizit zugegeben, dass mittels konstitutionellem Notrecht, «der vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollte richterliche Schutz unterlaufen und die Kompetenzen der zuständigen Rechtshilfe- oder Steuerbehörden [...] umgangen werden. Die Massnahmen müssen insofern nur «allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts» (E. 3.3.1) Rechnung tragen.

⁹⁰ Massnahmen können als Verfügung oder Verordnung ergehen, wobei die Qualifikation nicht immer eindeutig ist, vgl. nur BGE 132 I 229 E. 4.4: «Telle que libellée, la décision du 15 décembre 2003 peut s'appliquer à une pluralité de personnes et à différents biens. Elle présente dès lors un caractère général et abstrait, qui aurait dû conduire à ce qu'elle prenne la forme de l'ordonnance [...] il s'agit donc bien d'une ordonnance». Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung wären möglicherweise auch die gestützt auf die Musterverfügung (FN 87) erlassenen Bewilligungen als Verordnungen zu qualifizieren.

⁹¹ Die Qualifizierung entscheidet sich nach dem Inhalt und nicht nach der gewählten Abstützungsnorm, SGK BV-THÜRER/TRUONG/SCHWENDIMANN (FN 74), Art. 184 Rz. 17.

⁹² BGE 131 III 652, E. 2; s.a. BIAGGINI (FN 54), Art. 184 BV Rz. 13; PASCAL MAHON, Art. 184 BV Rz. 17, in: Jean-François Aubert/

sel – vorausgesetzt, dass derartige Massnahmen zum Schutz von Landesinteressen oder bei eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit notwendig und dringend sind sowie das Verhältnismässigkeitsprinzip beachten⁹⁷. Unter diesen Voraussetzungen sind gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV auch Grundrechtseingriffe zulässig, wobei die übrigen Voraussetzungen nach Art. 36 BV zu beachten sind⁹⁸. Dabei können nach der Lehre bei der Güterabwägung aussenpolitische Interessen unter Umständen schwer ins Gewicht fallen⁹⁹. Auch wenn diese Voraussetzungen und Einschränkungen in Art. 31 RVOV nicht genannt werden, gelangen sie selbstverständlich auch hier zur Anwendung und sollten da oder in einem künftigen ZSSG ergänzt werden. Denn andernfalls könnte der Bundesrat tatsächlich «[m]it gleicher Argumentation [...] Diebstähle erlauben, oder Sexualdelikte, oder warum nicht auch Tötungen»¹⁰⁰.

b. Wirkung einer Bewilligung innerhalb des Strafrechts

Aus Vorangehendem folgt, dass der Bundesrat bzw. die nachgeordneten Behörden (gemäss Art. 31 RVOV), ihre Bewilligungen gerade nicht auf ein «Aussetzen» von Art. 271 StGB beschränken müssen (aber selbstverständlich können), sondern – unter Beachtung der genannten Voraussetzungen – quasi als Querschnittkompetenz im Bereich der äusseren Angelegenheiten und inneren Sicherheit in sämtlichen relevanten Rechtsbereichen Massnahmen verfügen können¹⁰¹. Während Bewilligungen bei

Art. 271 StGB tatbestandsausschliessend wirken, können sie bezüglich anderer Delikte einen Rechtfertigungsgrund (Art. 14 StGB) darstellen¹⁰², sofern aus der Bewilligung diesbezüglich nicht Vorbehalte¹⁰³ hervorgehen¹⁰⁴. Eine solche Einschränkung wurde in der Musterverfügung angebracht: «Mit einer Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB ist nur eine Strafbarkeit nach dieser Bestimmung ausgeschlossen.»¹⁰⁵ Theoretisch möglich bleibt damit etwa eine Strafbarkeit nach Art. 273 (wirtschaftlicher Nachrichtendienst), Art. 181 StGB (Nötigung), aber auch Art. 35 DSGVO (Verletzung der beruflichen Schweigepflicht) sowie gegebenenfalls Art. 47 BankG (Bankgeheimnisverletzung). In praxi bringt dies den von der Bewilligung tangierten Privaten wenig: Im Rahmen der Staatsschutzdelikte (Art. 271, Art. 273 StGB) sind sie aufgrund der geschützten kollektiven bzw. staatlichen Rechtsgüter regelmässig nicht zur Beschwerde legitimiert¹⁰⁶. Sie können ferner nicht auf den Schutz des Bankgeheimnisses vertrauen: Die Bewilligung umfasst die (unumstritten von Art. 47 BankG erfassten) Bankkundendaten gerade nicht¹⁰⁷, umgekehrt autorisiert¹⁰⁸ sie grundsätzlich (wohl i.S. eines Rechtfertigungsgrundes) gerade zur Bekanntgabe weiterer – je nach Lehrmeinung¹⁰⁹ ebenfalls von Bankgeheimnis gedeckter – Informationen über Mitarbeiter und Dritte, von denen eine Bank im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit Kenntnis erlangt. Weitere möglicherweise betroffene (Neben)straftatbestände sind weitgehend an die datenschutz- und zivilrechtlichen Beurteilung gekoppelt (dazu sogleich 4.c), so verlangt etwa der Nötigungstatbestand (Art. 181 StGB) eine positiv begründete *Rechtswidrigkeit* der Nötigung¹¹⁰, und die Verletzung der beruf-

⁹⁷ BGE 132 I 229 E. 10.1; BGE 131 III 652, E. 2; s.a. [zu Art. 102 aBV] BGE 123 IV 29 E. 3a; BGE 122 IV 262 E. 2a; BIAGGINI (FN 54), Art. 184 BV Rz. 13; MAHON (FN 93), Art. 184 BV Rz. 17; MOHLER (FN 16), Ziff. 2.d («konstitutionelles Notrecht»); TRÜMPPEL (FN 97), 145 ff., 155. Hinzu kommt insbesondere die Informationspflicht nach Art. 7e Abs. 2 RVOG i.V.m. Art. 53 Abs. 3^{bis} ParlG, vgl. Bericht SPK-NR (FN 77), BBl 2010, 1585.

⁹⁸ Vgl. BGE 132 I 229, E. 10.1: «[...] l'art. 184 al. 3 Cst. constitue une base légale suffisante pour la restriction des libertés fondamentales, autant que ces restrictions soient par ailleurs justifiées par un intérêt public et proportionnées au but visé.»

⁹⁹ WALTER KÄLIN, Verfassungsgrundsätze der schweizerischen Aussenpolitik, ZSR 1986, 349–382, 357; SGK BV-THÜRER/TRUONG/SCHWENDIMANN (FN 74), Art. 184 Rz. 22.

¹⁰⁰ So NIGGLI (FN 43), 891; tatsächlich hat das Bundesgericht festgehalten, dass ein «Fahndungshinweis» der E.T.A. mit dem Zweck, ein Todesurteil der Organisation («condamné à mort») auszuführen, ein Handlung sei, die einer Behörde i.S.vom Art 271 StGB zukomme, Bundesgericht, KassH, 9.9.1977, E. 2a; SJ 1978, 357, 359; DUPUIS (FN 2), Art. 271 StGB N 6.

¹⁰¹ Vor diesem Hintergrund ist auch die Verfügung der FINMA zur Herausgabe der UBS-Kundendaten an das DoJ zu betrachten: Während nach dem Bundesverwaltungsgericht die Verfügung der FINMA sich auf keine gesetzliche Grundlage stützen konnte

(BVGer, 5.1.2010, B-1092/2009), hat das Bundesgericht das Verhalten gestützt auf die Polizeigeneralklausel und Notrecht für zulässig erklärt, vgl. BGE 137 II 431.

¹⁰² Zu Art. 14 StGB: BSK StGB-SEELMANN (FN 70), Art. 14 N 5; BGE 100 Ib 13 E. 5b.

¹⁰³ Vgl. BStGer, BK, 25.4.2013, BB.2012.133, E. 4.2.4: «charges et conditions».

¹⁰⁴ A.M. wohl HONEGGER/KOLB (FN 34), 818 f.; NIGGLI (FN 43), 891; MOHLER/GLUTZ (FN 38), 21; MOHLER (FN 16), Ziff. 2.d; SCHWEIZER/MOHLER/GLUTZ (FN 44), Rz. 3.

¹⁰⁵ Vgl. Musterverfügung (FN 87), Ziff. II.8.

¹⁰⁶ BStGer, BK, 25.4.2013, BB.2012.133, E. 2.1, 2.2.2 m.Hinw.

¹⁰⁷ Musterverfügung (FN 87), Ziff. II.1.2. Fazit: «Unter diesen Bedingungen sind keine überwiegenden Interessen Dritter ersichtlich, welche einer Bewilligungserteilung entgegenstehen», Ziff. II.10.

¹⁰⁸ Vgl. Musterverfügung (FN 87), Ziff. II.1.3 (Leaver Listen), 1.4 (Personendaten von Mitarbeitenden und Dritten).

¹⁰⁹ GÜNTHER STRATENWERTH, Art. 47 N 13, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Bankengesetz (BankG), 2. A., Basel 2013; vgl. aber BStGer, BK, 25.4.2013, BB.2012.133, E. 2.2.4.

¹¹⁰ BSK StGB-DELNON/RÜDY (FN 70), Art. 181 N 56 ff.; beispielhaft für die Schwierigkeiten BStGer, BK, 25.4.2013, BB.2012.133, E. 4.2.

lichen Schweigepflicht (Art. 35 DSG) meint nur die nach DSG *unzulässige* Datenbekanntgabe («unbefugt»)¹¹¹.

c. Wirkung einer Bewilligung auf andere Rechtsgebieten

Wenn eine derartige Bewilligung – wie aufgezeigt – auch Eingriffe in weitere, mitunter sensible Rechtsbereiche autorisieren kann, erscheint bedeutsam, dass die Bewilligung mit genügender Bestimmtheit festhält, innerhalb welcher Schranken Kompetenzen erteilt werden. Das war in Rahmen der jüngsten Praxis gerade nicht der Fall, auch nicht nach Scheitern der Lex USA. Nachdem die beiden Räte das dringliche Gesetz abgelehnt hatten und die Verantwortung zum Handeln in einer gemeinsamen Erklärung dem Bundesrat übertragen haben¹¹², versieht dieser nunmehr seine Verfügung zwar mit folgendem Vorbehalt: «Die Bewilligung entbindet [...] nicht von der Einhaltung der übrigen Bestimmungen des schweizerischen Rechts, insbesondere nicht von der Beachtung bestehender Geschäfts- und Bankkundengeheimnisse, der Bestimmungen über den Datenschutz und der Verpflichtungen als Arbeitgeberin».¹¹³ Tatsächlich hängt aber der diesbezügliche Schutz weitestgehend von Interessenabwägungen ab:

Im Bereich des Datenschutzrechtes kann ein «überwiegendes [...] öffentliches Interesse» eine Persönlichkeitsverletzung rechtfertigen (Art. 14 DSG) und die grenzüberschreitende Bekanntgabe, selbst wo eine angemessener gesetzlicher Schutz fehlt (wie in den USA¹¹⁴), legitimieren (Art. 6 DSG). Im Zusammenhang mit Empfehlungen an Banken der heutigen Gruppe¹¹⁵ erachtete der EDÖB – ohne dass überhaupt eine Anklage vorlag – ein solches Interesse für begründet, «dies auch im öffentlichen Interesse der Sicherung des schweizerischen Fi-

nanzplatzes»¹¹⁶, unter Bemühung von BGE 137 II 431¹¹⁷, in dem eine frühere Datenherausgabe gestützt auf die Polizeigeneralklausel und Notrecht zulässig erklärt wurde.

Im Bereich des Arbeitsrechts lässt Art. 328b OR Datenbearbeitung über Arbeitnehmer nur zu, sofern sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind, wobei das DSG zu beachten ist. Zulässig ist die Datenbearbeitung nur, wenn ein genügender Arbeitsplatzbezug¹¹⁸ besteht. Umstritten ist, ob Art. 328b OR – aufgrund seiner Formulierung und der relativ zwingenden Natur – Datenbearbeitungen durch den Arbeitgeber ohne Arbeitsplatzbezug grundsätzlich und über das DSG hinaus unzulässig erklärt (als Verbotsnorm)¹¹⁹, oder ob damit nur für den Bereich des Arbeitsverhältnisses das datenschutzrechtliche Verhältnismässigkeitsprinzip (bzw. die Widerrechtlichkeitsgründe) konkretisiert wird¹²⁰. Folgt man letzterem, wird sich eine Rechtfertigung nach DSG auch auf die Zulässigkeit arbeitsrechtlicher Datenbearbeitung auswirken¹²¹. Selbst wenn man dies ablehnt, könnte argumentiert werden, die Übermittlung sei zur Durchführung des Arbeitsvertrages notwendig; nicht nur, weil darunter auch die Erfüllung administrativer Belangen oder gesetzlicher Verpflichtungen falle¹²², sondern weil eine Weigerung möglicherweise die Existenz der Bank gefährde¹²³.

Auch die arbeitsrechtlichen Fürsorgepflichten nach Art. 328 OR, die den Arbeitgeber insbesondere zum Unterlassen persönlichkeitsverletzender Eingriffe verpflichten, gelten nur im Rahmen einer Güterabwägung und finden ihre Grenze im «berechtigten Eigeninteresse des

¹¹¹ JÖHRI/ROSENTHAL (FN 3), Art. 35 DSG N 14; zudem ist die mit Strafe bewehrte Datenbekanntgabe beschränkt auf «geheime, besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile», was im Zusammenhang mit Bankmitarbeiterdaten eng ausgelegt wurde, vgl. obiter dictum in BStGer, BK, 25.4.2013, BB.2012.133, E. 5.2.

¹¹² Vgl. Erklärung des Ständerates: Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten, AB 2013 S 597 f.; Erklärung des Nationalrates: Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten, AB 2013 N 1109.

¹¹³ Vgl. Musterverfügung (FN 87), Ziff. II.8.

¹¹⁴ Vgl. Staatenliste des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten, abrufbar unter <<http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html>>, zuletzt besucht am 16.4.2014; s.a. ROHNER/PETER (FN 18), 737.

¹¹⁵ Wobei der EDÖB im Kontext des Scheiterns der Lex USA erklärt hat, dies gelte auch für künftige Datenlieferungen, sofern die damaligen Auflagen eingehalten werden, vgl. NZZ, 11.6.2013, 23.

¹¹⁶ Empfehlung gemäss Art. 29 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG), betreffend Übermittlung von Mitarbeiterdaten (inklusive ehemalige Mitarbeitende und externe Dritte) durch die Zürcher Kantonalbank (ZKB) an US-Behörden vom 15.10.2012, Ziff. 7, 9, 12, einsehbar unter <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00628/00663/index.html?download=NHZLpZeg7t,lnp6I0NTU042I2Z6lnIacy4Zn4Z2qZpnO2Yuuq2Z6gpJCDdn18fGym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--&lang=de>, zuletzt besucht am 16.4.2014.

¹¹⁷ Empfehlung EDÖB (FN 116), Ziff. 10: «Darauf gestützt kann durchaus ein öffentliches Interesse begründet werden, obschon der Sachverhalt, der dem genannten Entscheid zugrunde liegt, nur beschränkt mit der vorliegenden Übermittlung verglichen werden kann.»

¹¹⁸ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 328b OR N 3, 7 in fine; ROHNER/PETER (FN 18), 737.

¹¹⁹ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 119), Art. 328b OR N 3.

¹²⁰ Vgl. ROSENTHAL/JÖHRI (FN 3), Art. 328b OR N 11 f.

¹²¹ Zustimmung wohl ROHNER/PETER (FN 18), 737.

¹²² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 119), Art. 328b OR N 6; s.a. ROHNER/PETER (FN 18), 737.

¹²³ Dies wird aber nicht bezüglich beendeter Arbeitsverhältnisse gelten können, s.a. MOLO/GIOVANOLI (FN 20), Rz. 57 m.Hinw.

Arbeitgebers».¹²⁴ Der in der Musterverfügung zur Datenherausgabe vorausgesetzte «höchstmögliche Schutz» für ehemalige und gegenwärtige Mitarbeitende beschränkt sich denn auf eine sozialpartnerschaftliche Vereinbarung, die flankierende Massnahmen vorsieht, die bezeichnenderweise erst nach der Herausgabe wirken¹²⁵.

Wenngleich eine gerichtliche Kontrolle nicht mehr gänzlich ausgehebelt wird (so noch die Erstfassung der Lex USA¹²⁶), deutet doch vieles darauf hin, dass die Interessenabwägungen und Gesetzesauslegungen letztlich zu Lasten der betroffenen Privaten gehen werden. So betonten die beiden Räte in ihrer (Handlungsverzichts)erklärung die «Notwendigkeit einer raschen Lösung» und bekundeten ihre Erwartung an den Bundesrat, «die Banken in die Lage zu versetzen, mit dem Department of Justice zu kooperieren».¹²⁷ Das Joint Statement 2013 hält fest: «Die Schweiz sichert zu, dass das geltende schweizerische Recht eine effiziente Teilnahme der Schweizer Banken gemäss den im Programm festgelegten Bedingungen erlaubt.»¹²⁸

Teil dieser Strategie ist, dass die Übermittlung gerade nicht von der Einwilligung, sondern vom ausdrücklichen Widerspruch der Betroffenen abhängig gemacht wird, wobei die effektive Frist für eine Klage lediglich zehn Tage beträgt¹²⁹. Zudem verlangt das US-Programm eine

umfassende Kooperation¹³⁰: *Eine* als unvollständig erachtete Information genügt, um das Programm für ein Institut auszusetzen¹³¹ – mehr noch: «[...] should legal barriers prevent effective participation by the Swiss Banks on the terms set out in this Program, this Program may be terminated by the Department.»¹³² Die Banken, die Betroffenen, letztlich auch die Justiz, werden so in kollektive Geiselhaft genommen.

d. Keine Rechtsmittel direkt gegen die Verfügung

Verstärkt wird das Unbehagen durch die Tatsache, dass die Betroffenen den Verfügungen, aus denen die Kooperationshandlungen sich legitimieren und resultieren, ausgeliefert sind und ihnen dagegen keinerlei Rechtsmittel offenstehen: Bundesrätliche Verfügungen auf dem Gebiet der auswärtigen Angelegenheiten bleiben einer gerichtlichen Kontrolle verschlossen, ausser das Völkerrecht sieht einen entsprechenden Anspruch vor (Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG; Art. 83 lit. a BGG; Art. 189 Abs. 4 BV)¹³³.

5. Staatspolitische Bedeutung

Der ebenso taktische wie verstörende Zug des Bundesrates liegt darin, dass ein öffentlich-rechtliches Amts- bzw.

Programm gerecht werden zu können, ist dies eine äusserst kurze Frist. Noch prekärer ist bzw. war die rechtliche Stellung von Angestellten und Dritten im Rahmen der vor dem US-Programm erteilten Bewilligungen: Gewisse Banken weigerten sich mit Verweis auf Geheimhaltungspflichten überhaupt, ihnen Einsicht in die übermittelten Personaldaten zu geben, worauf der EDÖB eine Empfehlung publizierte, die sich indes auf ein Einsichtsrecht «in den Räumlichkeiten der Bank» beschränkte (Empfehlung EDÖB [FN 116], Ziff. 22), was eigentlich dem datenschutzrechtlichen Auskunftsrecht nicht genügt (vgl. Art. 8 Abs. 5 DSGVO, Art. 1 Abs. 3 VDSG). Über diese Empfehlung haben sich denn wenig später Gerichtssentscheide in Genf und Zürich hinweggesetzt und die Bank zur Aushändigung einer Kopie der übermittelten Daten verpflichtet (Genfer Urteile vom 24.10.2013, Urteil des Bezirksgericht Zürich, 14.10.2013, bestätigt mit Urteil des Obergericht Zürich, 28.2.2014, CG120124, [nicht rechtskräftig], vgl. SDA Meldung, 30.10.2013, Bankangestellte sollen bei Datenlieferung an die USA Kopie erhalten; Tagesanzeiger, 10.4.2014, Credit Suisse verliert Prozess gegen Mitarbeiter auch in zweiter Instanz, 37).

¹³⁰ Vgl. US-Programm (FN 20) Ziff. II.D: «[...] must fully cooperate in the disclosure [...]».

¹³¹ Vgl. US-Programm (FN 20) Ziff. II.J: «[...] materially false, incomplete, or misleading [...]».

¹³² US-Programm (FN 20) Ziff. V.C.

¹³³ BGE 137 II 431 E. 3.2.1, sowie die nichtpublizierte E. 1.1.3; s.a. VPB 61.82, E. II.4; THOMAS HÄBERLI, Art. 83 BGG N 23, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2011; s.a. BJ, Bericht Auslandzusammenarbeit (FN 4), 49 f.; Bericht VE ZSSG (FN 27), 44 f.

¹²⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 119), Art. 328 OR N 3.

¹²⁵ Vgl. Vereinbarung zwischen Schweizerischer Bankpersonalverband (SBPV) und Arbeitgeberverband der Banken in der Schweiz (AGV Banken) sowie Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg), einsehbar unter: <http://www.sbpv.ch/fileadmin/user_upload/Dossiers/auslieferung/Vereinbarung_USA_Unterzeichnet.pdf>, zuletzt besucht am 16.4.2014. Vorgesehen ist etwa ein Diskriminierungs- und Kündigungsschutz (I.4) sowie eine Härtefallregelung (I.3); für Anwaltskosten müssen die Bankinstitute namentlich erst aufkommen, wenn die Mitarbeiter in den USA strafrechtlich angeklagt werden (I.2); vor der Herausgabe bestehen einzig Informationspflichten und Auskunftsrechte (I.1).

¹²⁶ Botschaft Lex USA (FN 17), BBl 2013, 3951: «Würde ein Gericht die Herausgabe ablehnen, was gerade im Falle von Dritten in gewissen Konstellationen trotz hohem öffentlichen Interesse nicht für jeden Fall im Voraus ausgeschlossen ist, könnte die betroffene Bank somit ihre Kooperationsverpflichtungen gegenüber dem DoJ nicht hinreichend erfüllen.» S.a. ROHNER/FURRER (FN 18), 519.

¹²⁷ Vgl. Erklärung des Ständerates: Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten, AB 2013 S 597 f.; Erklärung des Nationalrates: Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten, AB 2013 N 1109.

¹²⁸ Vgl. Ziff. 2 des Joint Statement zwischen dem US-Justizdepartement und dem Eidgenössischen Finanzdepartement vom 29.8.2013, unterzeichnete englischsprachige Originalversion einsehbar unter <<http://www.justice.gov/iso/opa/resources/8592013829164213235599.pdf>>, zuletzt besucht am 16.4.2014.

¹²⁹ Musterverfügung (FN 87), Ziff. 1.4.c). Wenn man bedenkt, seit wie vielen Monaten und mit welchem Personalaufwand gewisse Finanzinstitute ihre Datenbanken durchkämmen, um dem US-

Rechtshilfeverfahren durch eine nicht anfechtbare Bewilligungsverfügung «privatisiert»¹³⁴ wird – mit der Folge, dass die Betroffenen primär auf dem Zivilweg dagegen vorgehen müssen. Damit entfallen nicht nur der ausgebaute Rechtsschutz im Rahmen der ordentlichen internationalen Kooperation¹³⁵, sondern auch zentrale Garantien wie das Spezialitätsprinzip (Art. 67 IRSG), das Prinzip der langen Hand oder der Grundsatz der Vertraulichkeit¹³⁶. Im Rahmen der verbleibenden, geschmälernten Rechtsmittel drohen hohe Kosten und möglicherweise langwierige, komplexe Verfahren. Mit seinem bewussten Rückzug schafft der Staat ein Vakuum, in dem die Datenübermittlung keiner staatlichen Legitimation mehr bedarf, sondern deren Nichtlieferung durch die betroffenen Privaten gegenüber mächtigen Finanzinstituten eingeklagt werden muss. Damit bewirkt die Bewilligung gewissermassen eine Beweislastumkehr. Es ist bedenklich, wie leichtsinnig der Bundesrat die Interessen seiner Bürgerinnen wirtschaftlichen und politischen Interessen opfert.

Ende November 2013 hatte der damalige Direktor der Finma die Banken dazu aufgerufen, im Zweifelsfall Gruppe 2 zu wählen, sprich: Daten zu liefern¹³⁷. Nach Ablauf der Frist zur Anmeldung zur Gruppe 2 im US-Programm wurde bekannt, dass nebst den 14 Banken der Gruppe 1, weitere 106 Schweizer Institute davon ausgehen, dass sie amerikanisches Recht verletzt haben und somit Daten gestützt auf eine Bewilligung liefern müssen. Kathryn Keneally, Chefin der Steuerabteilung im DoJ, erklärte wenig später, die Behörden hätten die meisten der 106 Institute bisher gar nicht auf dem Radar gehabt¹³⁸. Jede Bank, die mitmache, sei eine neue Informationsquelle, für die Unterstützung durch die Schweiz bedankte sie sich mehrfach¹³⁹.

Der Eindruck täuscht offenbar nicht, dass der Bund mit seiner aktuellen Strategie im Interesse eines fremden Staates und der grössten in der Schweiz ansässigen Banken (die vermutlich ausländisches Recht verletzt haben) eine extralegale Kooperation nicht nur autorisiert, sondern forciert, in deren Sog zahlreiche Banken gezogen

werden und an dessen Ende wohl erhebliche Bussen für eine Vielzahl von Finanzinstituten und (via Gruppenabfragen) ausländischen Bankkunden resultieren werden. Erhöht wird der Druck, indem das US-Programm die Einleitung von Strafverfahren ausdrücklich vorbehält, sollte das DoJ die Informationen als unvollständig erachten¹⁴⁰. Damit hat sich der Staat nicht nur zur langen Hand ausländischer Interessen gemacht, sondern opfert – zum Schutze einiger globaler Finanzinstitute – zahlreiche kleinere Institute und deren Mitarbeiter, die ohne den «Deal» kaum je in den Fokus des DoJ gekommen wären. Das unterminiert absurderweise die stabileren Teile des Finanzplatzes Schweiz und beschädigt ganz nebenbei die Glaubwürdigkeit des Staates und das Vertrauen in sein Recht.

6. Être gravement menacé (Epilog)

Mit Urteil vom 13.12.2013 hat die Zivilkammer der Genfer Cour de Justice festgehalten, «que la personnalité de l'intimé peut se trouver gravement menacée par l'envoi des documents litigieux. Il est en effet notoire [...] que les employés des banques suisses visés par les demandes des autorités américaines ont couru (et courent vraisemblablement encore) le risque d'être inculpés, voire retenus sur sol américain pour être interrogés [...]»¹⁴¹. Sie bestätigt damit ein vorsorgliches Verbot der Datenübermittlung und übernimmt – zumindest vorübergehend und einzelfallweise – die Aufgabe eines Rechtshilferichters. Nur ein Tropfen auf den heissen Stein? Oder hat es sich der Bundesrat doch zu einfach gemacht?

¹³⁴ So zu Recht und treffend MOHLER/GLUTZ (FN 38), 21; s.a. ROHNER/FURRER (FN 18), 521.

¹³⁵ Art. 80e IRSG, 84 BGG; Art. 37 Staatsvertrag vom 25.5.1973 mit den USA über die Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.933.6); ferner Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz-USA vom 2.10.1996 (SR 0.672.933.61) sowie die dazugehörigen Verordnung (SR 672.933.61, insbesondere Art. 20k). s.a. ROHNER/FURRER (FN 18), 521.

¹³⁶ Vgl. Art. 26 Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz-USA; s.a. Art. 20 StAhiG.

¹³⁷ Vgl. NZZ, 29.11.2013 (FN 46), 21.

¹³⁸ NZZ online, 26.1.2014 (FN 20).

¹³⁹ NZZ online, 26.1.2014 (FN 20).

¹⁴⁰ Vgl. US-Programm (FN 20) Ziff. II.J. Ausserdem kann das DoJ bei besonders schwerwiegendem Verschulden verlangen, dass die Bank in ein Deferred Prosecution Agreement (DPA) eintritt; kritisch dazu BOIVIN (FN 20), Rz. 12 ff.

¹⁴¹ Cour de Justice GE, Chambre civile, 13.12.2013, C/225/2013 [unveröffentlicht], E. 3.2.3.