

KNACKNÜSSE BEI DER LIEFERUNG VON DATEN DURCH SCHWEIZER BANKEN AN DIE USA

«Post Lex USA»: Wie sind die Rechte von Bankmitarbeitenden und Dritten geschützt?

Mit der Debatte um die «Lex USA» wurde ein weiteres Kapitel im US-Steuerstreit geschrieben. Dessen Verlauf reflektiert den Trend, wonach US-Behörden ihre Aktivitäten bei der Verfolgung von Steuerpflichtigen auf Dritte (z.B. Treuhänder, Rechtsanwälte, externe Vermögensverwalter) ausweiten. Nach dem Scheitern der «Lex USA» gibt es mit Blick auf eine Lösung des Steuerstreits unter gleichzeitiger Wahrung der Rechte von Bankmitarbeitenden und Dritten einige juristische Knacknüsse zu lösen.

1. EINLEITUNG

Die Debatte um den Steuerstreit der Schweizer Banken mit den USA prägte nicht nur die diesjährige Sommersession der eidgenössischen Räte, sondern auch die politischen Diskussionen in den Wochen danach. Im Zentrum steht die Frage, unter welchen Bedingungen Schweizer Banken Daten an US-Behörden weiterleiten dürfen, um ihren Kooperationspflichten nachzukommen. Die aktuelle Debatte ist eines von mehreren Kapiteln in der sechsjährigen Geschichte des Steuerstreits mit den USA. Während dessen Verlauf haben die USA von den Schweizer Banken nebst Informationen über Kontoinhaber zunehmend auch Daten über Bankmitarbeitende und Dritte verlangt.

Nach einem Rückblick über den bisherigen Verlauf des Steuerstreits wird nachfolgend das von den USA den Schweizer Banken angebotene Programm zur Streitbeilegung dargestellt. Anknüpfend an eine grobe Analyse der gescheiterten «Lex USA», welche das Programm in Schweizer Recht hätte umsetzen sollen, werden die weiterhin bestehenden gesetzlichen Hindernisse einer Übermittlung von Daten Dritter an US-Behörden durch Schweizer Banken aufgezeigt.

2. RÜCKBLICK ÜBER DEN STEUERSTREIT MIT DEN USA

2.1 Fall UBS AG. Im Jahr 2008 bekannte sich der ehemalige Angestellte der UBS AG (UBS) *Bradley Birkenfeld* vor einem US-

Gericht schuldig, für Kunden der Grossbank Gelder in Millionenhöhe am Fiskus vorbeigeschleust zu haben. Noch im selben Jahr verlangten die USA auf dem Amtshilfeweg von der Schweiz die Lieferung von Daten betreffend 20 000 US-Bankkunden der UBS [1]. Erstmals in der Amtshilfegeschichte der Schweiz wurde ein Gesuch betreffend die Daten über eine derart grosse Anzahl von Bankkunden gestellt – notabene ohne namentliche Nennung der betroffenen Personen.

Am 17. Februar 2009 drohte das *Department of Justice (DoJ)* [2] der UBS mit einer Anklage, falls die offenzulegenden US-Kundendaten nicht sofort ausgehändigt werden [3]. Tags darauf schloss die UBS mit dem DoJ Tax Division und dem US Attorney's Office for the Southern District of Florida ein *Deferred Prosecution Agreement (DPA)* [4]. Dieser Vergleich verpflichtete die UBS aufgrund einer noch zu erlassenden Verfügung der *Finanzmarktaufsicht (Finma)*, den USA Personendaten und Kontoinformationen von gewissen US-Kunden sofort zu liefern, künftig auf das grenzüberschreitende Geschäft mit US-Kunden zu verzichten und den USA USD 780 Mio. für Bussen, Gebühren, Zinsen und Wiedergutmachung zu bezahlen. Im Gegenzug erklärte sich das DoJ bereit, die laufende Strafverfolgung für mindestens 18 Monate zu sistieren und auf diese definitiv zu verzichten, sofern die UBS ihren Verpflichtungen unter dem DPA nachkomme. Am 19. Februar 2009 verfügte die Finma die sofortige Herausgabe von 285 Dossiers von 255 US-Kunden der UBS an das DoJ. Daten



TOBIAS F. ROHNER,
DR. IUR., RECHTSANWALT,
DIPL. STEUEREXPERTE,
PARTNER, BILL ISENEGGER
ACKERMANN AG,
ZÜRICH



URS FURRER,
LIC. IUR. HSG,
RECHTSANWALT,
MITGLIED DER
GESCHÄFTSLEITUNG,
TREUHAND-KAMMER,
ZÜRICH

von offensichtlich unbeteiligten Dritten seien soweit möglich abzudecken. Gleichzeitig beantragte der *Internal Revenue Service (IRS)* die Offenlegung der Identität von 52 000 amerikanischen Inhabern von UBS-Konten.

In einem am 19. August 2009 abgeschlossenen Abkommen mit den USA verpflichtete sich die Schweiz zur Behandlung eines rund 4450 Konten betreffenden Amtshilfesuchs innerhalb Jahresfrist [5]. Mit Urteil vom 21. Januar 2010 stufte das Bundesverwaltungsgericht dieses Abkommen als blosser Verständigungsvereinbarung ein, die über den im *schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA-USA)* [6] festgelegten Amtshilferahmen hinausgehe [7]. Nach Anpassungen und Genehmigung durch die Bundesversammlung am 27. Juni 2010 wurde die Vereinbarung aber auf die Stufe eines selbständigen Staatsvertrags gehoben [8]. Nach erfolgter Amtshilfeleistung durch die Eidg. Steuerverwaltung (ESTV) zog der IRS am 15. November 2010 seine Klage gegen die UBS unwiderruflich zurück.

2.2 Fokus auf strafrechtliche Verantwortlichkeit der Schweizer Banken. Aufgrund der bislang übermittelten UBS-Kundendossiers sowie zahlreicher Selbstanzeigen hat der IRS wertvolle Erkenntnisse über das Verhalten von Schweizer Banken im «US-cross-border business» und über Kunden gewonnen, die ihre Vermögenswerte von der UBS auf andere Banken innerhalb und ausserhalb der Schweiz verlagerten. Wie später bekannt wurde, hat die UBS im Rahmen ihrer Kooperationspflichten gegenüber dem DoJ auch so genannte «Leaver-Listen» erstellt, die aufzeigen, wohin die Gelder beim Schliessen von Konten flossen [9].

Gestützt auf die im Fall UBS gewonnenen Erkenntnisse genehmigte das DoJ bislang die Eröffnung von rund einem Dutzend weiterer Strafverfahren gegen Schweizer Banken [10]. Mithin wechselte der Fokus von der Lieferung von Bankkundendaten im Rahmen der Amtshilfe und von der Verfolgung von US-Steuerpflichtigen auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Schweizer Banken und ihrer Mitarbeitenden. Ein gegenüber diesen Banken gemachter Vorwurf lautet auf Teilnahme an einer Verschwörung gegen die USA («conspiracy to commit offense or to defraud the United States») [11] und auf Beihilfe zur Steuerhinterziehung und zur Einreichung von falschen Steuererklärungen [12].

2.3 Fall Wegelin & Co. Im 2012 klagte das DoJ die älteste Schweizer Bank, die *Bank Wegelin & Co.*, und drei ihrer Partner an [13]. Nur einen Monat nach der Anklage stellte die Bank, die keine Niederlassung in den USA hatte, ihre Geschäftstätigkeit grösstenteils ein und verkaufte ihr Nicht-USA-Geschäft an die *Raiffeisenbank-Gruppe*. Im Januar 2013 bekannte sich die Bank in einem «Plea Agreement» schuldig, in den USA Beihilfe zur Steuerhinterziehung geleistet zu haben. Damit konnte eine «Criminal Penalty», d. h. eine Freiheitsstrafe, abgewendet werden [14].

3. ANGEBOTENES PROGRAMM DES US DEPARTMENT OF JUSTICE

3.1 Verhandlungen zwischen den USA und der Schweiz. Seit 2011 fanden zwischen der Schweiz und den USA Gesprä-

che über eine Vergangenheitsbewältigung für die Schweizer Banken statt. Diese Verhandlungen wurden auf der Grundlage des geltenden schweizerischen Rechts, insbesondere des geltenden DBA-USA geführt [15] und zielten auf den Abschluss von sog. Closing Agreements ab, einer Vereinbarung zwischen jeder einzelnen Bank und dem IRS [16].

Im Herbst 2012 wurde die Verhandlungsführung vom IRS auf das DoJ übertragen. Entsprechend geht es nun nicht mehr bloss um die Lieferung von Bankkundendaten, sondern auch um die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Schweizer Banken, deren Mitarbeitenden und allenfalls von Dritten. Dabei soll jede Schweizer Bank, die sich vermutungsweise unter US-amerikanischem Recht strafbar machte, direkt mit dem DoJ verhandeln [17].

3.2 Programm des US-Department of Justice. Aufgrund einer vom traditionellen Schweizer Verständnis abweichenden Auffassung über den Zweck und die Ausgestaltung der Strafverfolgung steht es in den USA Strafverfolgungsbehörden häufig offen, eine Anklage gar nie vor Gericht zu bringen, sondern mit den Tätern Vergleiche auszuhandeln [18]. In solchen Vergleichen verpflichten sich die Täter meist zur Erfüllung von gewissen Auflagen [19]. Im Gegenzug sistieren die Behörden die Strafverfolgung oder sehen von ihr vollends ab. Der Vergleich kann – muss aber nicht – verbunden sein mit einem Schuldeingeständnis der Täter. In amerikanischer Terminologie heissen solche Vergleiche *Non-Prosecution Agreement (NPA)* oder *Deferred Prosecution Agreement (DPA)*. Ersteres bedeutet, dass die Strafverfolgung – bei Erfüllung gewisser Auflagen – ganz eingestellt wird. Im zweiten Fall wird die Strafverfolgung sistiert und erst dann definitiv eingestellt, wenn die Auflagen auch tatsächlich erfüllt sind.

Wie die bekannten Fälle von *Enron*, *WorldCom* und *Wegelin & Co.* zeigen, kann eine Anklage in den USA beachtliche negative Konsequenzen wie z. B. die Suspendierung von überlebenswichtigen Lizenzen haben [20]. Bei Banken ist eine strafrechtliche Anklage mit der Gefahr eines Ausschlusses vom Dollar-Clearing-System und US-Wertschriftenhandel verbunden. Die betroffenen Institute dürften daher die Lösung über ein NPA oder DPA stets einer Strafverfolgung und dem Risiko einer Verurteilung vorziehen [21].

Zur Erledigung des Steuerstreits offeriert das DoJ den Abschluss von Vergleichen mit betroffenen Schweizer Banken. Ein Globalabkommen mit allen Banken steht derzeit aus Sicht der USA allerdings nicht zur Diskussion [22].

Über die Bedingungen solcher Vergleiche ist der Öffentlichkeit bislang nur wenig bekannt, wohl nicht zuletzt deshalb, weil sie individuell mit jeder einzelnen Bank ausgehandelt werden. Der Botschaft zur «Lex USA» ist lediglich zu entnehmen, dass die Schweizer Banken zur Kooperation verpflichtet werden sollen, indem sie generische Daten über die Schliessung von Konten und den Transfer dieser Gelder auf eine andere Bank im In- oder Ausland (sog. Leaver-Listen) zu liefern haben [23].

Zusätzlich verlangt das DoJ auch die Lieferung von Namen von Bankmitarbeitenden und Dritten. Darin kommt der Trend zum Ausdruck, dass die USA seit einigen Jahren ihre Ressourcen weniger zur Strafverfolgung von Steuerhinter-

ziehern, sondern vermehrt zur Verfolgung von Banken und Beratern von Bankkunden einsetzen [24].

Nicht geliefert und auch nicht verlangt werden die Namen der betroffenen US-Personen [25]; solche Informationen können die USA nur gestützt auf das geltende DBA erhalten. Hingegen sollen die Banken im Rahmen der Kooperation den USA die für ein Gruppensuchen notwendigen Informationen liefern [26].

Wohl nicht umhin kommen werden die betroffenen Banken, die entgangene Steuereinnahmen (Restitution Amounts) zu ersetzen, die generierten Erträge aus dem US-Geschäft abzuliefern (Forfeiture Amount) und Bussen (Fine) zu leisten. Im Gegenzug wird das DoJ die Strafverfolgung gegen die Banken einstellen.

4. GEFAHR VON ANKLAGEN DURCH DAS US-DEPARTMENT OF JUSTICE

Eine Nichtübermittlung der von den US-Behörden verlangten Daten könnte das DoJ dazu veranlassen, die Untersuchung voranzutreiben und Anklage zu erheben [27]. So heisst es in der Botschaft des Bundesrats: «Das DoJ könnte an einer Bank ein Exempel statuieren.» [28] Die blosser Anklage einer Bank hat noch nicht zwangsläufig zur Konsequenz, dass der Bank die US-Banklizenz entzogen wird oder sie vom US-amerikanischen Kapitalmarkt ausgeschlossen wird. Allerdings soll eine Analyse einer amerikanischen Anwaltskanzlei ergeben haben, dass von zehn in den letzten 30 Jahren angeklagten Instituten mit einer Ausnahme alle entweder übernommen wurden oder ganz vom Markt verschwanden [29].

Dem DoJ steht auch offen, zusätzlich Mitarbeitende oder gar Dritte persönlich anzuklagen, wie es das DoJ in den letzten Jahren vermehrt auch tut [30]. Dies kann mit einem internatio-

nen Haftbefehl verbunden werden, was die Bewegungsfreiheit des Betroffenen faktisch auf die Schweiz beschränkt [31], da diese ihre eigenen Staatsbürger nicht ausliefert [32]. So ist beispielsweise ein Schweizer Wirtschaftsanwalt, dem «Conspiracy to defraud the United States with respect to tax» vorgeworfen wird, bei Interpol zur weltweiten Verhaftung ausgeschrieben [33].

Bei der Beurteilung der Gefahr von Anklagen durch das DoJ muss die Erweiterung des Fokus der US-amerikanischen Politik bei der Verfolgung von Steuervergehen berücksichtigt werden. Diese setzt immer mehr bei der Verfolgung von Banken und deren Mitarbeitenden und sonstigen Beratern an. Auch in der US-amerikanischen Literatur wird auf dieses Vorgehen und dessen höhere Wirksamkeit hingewiesen: «The current prosecution policy is likely to be more effective than pursuing the taxpayers themselves.» [34]

5. «LEX USA» NACH BUNDESRÄTLICHEM VORSCHLAG UND DIE BERATUNGEN IM PARLAMENT

5.1 Zweck und Natur der «Lex USA». Vor dem oben beschriebenen Hintergrund legte der Bundesrat dem Parlament im Sommer 2013 den Entwurf für ein «Bundesgesetz über Massnahmen zur Erleichterung der Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten» [35] («Lex USA») vor. Damit bezweckte er die Schaffung einer allgemeinen, abstrakten Rechtsgrundlage, welche Schweizer Banken ermächtigt hätte, die zur Wahrung ihrer Interessen notwendigen Informationen an die US-Behörden zu liefern. Die Informationen hätten die für den Abschluss von NPA oder DPA notwendigen Leaver-Listen sowie Angaben über Bankmitarbeitende und Dritte eingeschlossen [36].

Die «Lex USA» hätte als dringlich erklärt, auf den 1. Juli 2013 in Kraft gesetzt und auf ein Jahr beschränkt werden sollen. Der Bundesrat stützte sich bei der Dringlichkeit auf Art. 165 Abs. 1 BV [37] und verwies auf die Gefahr einer Eskalation des Steuerstreits, was «für den Ruf und die Stabilität des Schweizer Finanzplatzes und der Schweizer Wirtschaft auf politischer und wirtschaftlicher Ebene schwerwiegende Folgen» [38] haben würde.

5.2 Gesetzesvorschlag und Beratungen im Parlament.

Der gescheiterte Gesetzesentwurf sah lediglich drei Artikel mit folgenden Regelungsgegenständen vor:

- 1. Ermächtigung der Banken zur Kooperation mit den USA;
- 2. Schutz der Bankmitarbeitenden und Dritten; → 3. Strafbestimmungen.

5.2.1 Art. 1: *Ermächtigung der Banken.* Art. 1 der «Lex USA» hätte den Banken die Ermächtigung erteilt, «allen Verpflichtungen nachzukommen, die sich aus der Zusammenarbeit der Banken mit den Vereinigten Staaten von Amerika zur Bereinigung des Steuerstreits ergeben.»

Die Ermächtigung umfasste auch die Übermittlung von Informationen zu Geschäftsbeziehungen, die einen Bezug zu einer US-Person [39] haben, sowie Daten über Kontoschliessungen und – transfers auf andere Banken. Schliesslich hätten die Schweizer Banken auch Namen und Funktionen von

«Personen, die innerhalb der Bank solche Geschäftsbeziehungen organisiert, betreut oder überwacht haben, sowie von Dritten, die für solche Geschäftsbeziehungen in ähnlicher Weise tätig waren», den US-Behörden übermitteln dürfen [40]. Als betroffene Dritte wurden in der Botschaft namentlich Treuhänder, Vermögensverwalter und Anwälte genannt [41].

Auch wenn die «Lex USA» in der Sommersession 2013 der eidgenössischen Räte am Nichteintretens-Beschluss des Nationalrats scheiterte, hatte sie im vorberatenden Ständerat eine Mehrheit gefunden. Dieser war zudem bemüht, den Rechtsschutz Dritter zu stärken, doch gelang ihm dies nicht in genügender Weise. Der Ständerat beschloss, die Ermächtigung der Banken auf die zur Bereinigung des Steuerstreits tatsächlich notwendigen Informationen zu beschränken [42]. Diese generelle Beschränkung war richtig. Mit Blick auf die Daten Dritter hätte der Klarheit halber aber eine zusätzliche Beschränkung auf Dritte, die in *massgebender Weise* für die relevanten Geschäftsbeziehungen tätig waren, vorgenommen werden sollen. Dies hätte verdeutlicht, dass die Daten von Dritten, die lediglich in untergeordneter Weise im «US-cross-border business» tätig waren, ohne Zweifel von der Ermächtigung ausgeschlossen gewesen wären.

5.2.2 Art. 2: Schutz für Bankangestellte und Information für Dritte. Art. 2 der Lex USA statuierte hauptsächlich die Pflicht der Banken zum Schutz ihrer Mitarbeitenden. Die Banken hätten sich verpflichtet, mit den Personalverbänden Vereinbarungen über Informations- und Auskunftspflichten, Kostenübernahmen, Härtefallregelungen sowie Diskriminierungs- und Entlassungsschutz abzuschliessen. Für Dritte war einzig eine Informationspflicht vorgesehen. Einen Rechts-

schutz für Dritte beinhaltete der Entwurf des Bundesrats nicht [43].

Der Ständerat beschloss eine Ausweitung der Auskunftspflicht der Banken zu Gunsten Dritter. Weiter liess seine vorberatende Kommission durch das *Eidg. Finanzdepartement (EFD)* ein Widerspruchsrecht ausformulieren, das vom Rat

«Die vom Bundesrat angestrebte Beschränkung der Kognition der Gerichte widerspricht rechtsstaatlichen Grundsätzen.»

übernommen wurde [44]. Für die Klagemöglichkeit Dritter beschränkte sich der Vorschlag des EFD auf einen Verweis auf Art. 15 *Datenschutzgesetz (DSG)* [45].

Dass der Ständerat gewillt war, einen Rechtsschutz für Dritte in die «Lex USA» aufzunehmen, war ein Schritt in die richtige Richtung. Denn die vom Bundesrat angestrebte Beschränkung der Kognition der Gerichte widerspricht rechtsstaatlichen Grundsätzen, wonach ein Schweizer Gericht vor einer Datenlieferung ins Ausland insbesondere datenschutz- und persönlichkeitsrechtliche Aspekte sowie den Verhältnismässigkeitsgrundsatz beurteilen können muss. Allerdings wies das vom Ständerat übernommene Widerspruchsmodell einen Mangel auf, der im Verweis auf Art. 15 DSG besteht. Diese Bestimmung verweist unter dem Titel der Rechtsansprüche auf die Klagen zum Schutz der Persönlichkeit auf Art. 28 ZGB [46]. Nach Art. 28 Abs. 2 ZGB ist eine Persönlichkeitsverletzung unter anderen dann nicht widerrechtlich, wenn sie durch Gesetz gerechtfertigt ist. Dieser Rechtfertigungsgrund, der im restriktiveren Katalog der Rechtfertigungsgründe für grenzüberschreitende Datenlieferungen nach Art. 6 DSG nicht enthalten ist (vgl. Abschnitt 6.4 unten), hätte mit der «Lex USA» wohl bestanden. Letztlich war es gerade das Ziel der «Lex USA», den Gerichten die Verhinderung von Datenlieferungen weitgehend zu verunmöglichen [47]. Damit hätte eine Klage gestützt auf den vom Ständerat beschlossenen Mechanismus kaum viel Aussicht auf Erfolg gehabt [48]. Demgegenüber wäre ein von der *Treuhand-Kammer* ausgearbeitetes, vom Ständerat aber nicht übernommenes Modell geeigneter gewesen: Diesem zufolge hätte eine Bank im Widerspruchsfall glaubhaft machen müssen, dass der betroffene Dritte in massgebender Weise für die Geschäftsbeziehungen tätig war und dass bei Unterlassen der Übermittlung seiner Daten mit gravierenden Nachteilen gerechnet werden müsste.

5.2.3 Art. 3: *Strafbestimmung.* In Art. 3 der «Lex USA» schlug der Bundesrat strafrechtliche Sanktionen für den Fall der Verletzung der Pflichten zum Schutz von Bankangestellten sowie zur Information von Dritten vor.

Der Ständerat dehnte die Strafbarkeit auf die Verletzung der Auskunftspflicht gegenüber Dritten aus [49]. Dass die Strafbarkeit dabei nicht auch auf den Sachverhalt einer unter

Missachtung des Widerspruchsrechts erfolgten Datenlieferung ausgedehnt wurde, ist inkonsequent. Der Grund für die Ausklammerung dieses Sachverhalts ist nicht ersichtlich, da der entsprechende Beschluss im Ständerat ohne Diskussion gefällt wurde [50].

5.3 Grundsatz-Kritik. Die «Lex USA» ist in der Literatur auf zum Teil fundamentale Kritik gestossen [51]. Zum einen wurde die Art und Weise des Gesetzgebungsprozesses gerügt, zum anderen wurde auf die Verletzung wesentlicher Grund- und Menschenrechte hingewiesen.

5.3.1 Kritik am Gesetzgebungsprozess. Kritiker der vom Bundesrat angestrebten Dringlichkeitserklärung des Gesetzes stellen die Glaubwürdigkeit der Drohkulisse in Frage und bezweifelten, dass die USA der Schweiz keine «Schonfrist» gewährt hätten, um das ordentliche Gesetzgebungsverfahren anzuwenden [52]. Es ist zwar zutreffend, dass die USA ebenfalls mit langwierigen Gesetzgebungsverfahren vertraut sind, wie uns etwa das neue DBA mit den USA lehrt. Dieses wurde im Jahre 2009 unterzeichnet und vom Schweizer Parlament gebilligt, ist aber noch nicht ratifiziert, weil der US-Kongress seine Zustimmung noch nicht gab. Aus Optik der USA liegt aber beim Steuerstreit keine Auseinandersetzung zwischen Staaten, sondern zwischen ihren Strafverfolgungsbehörden und den Schweizer Banken vor [53]. Entsprechend ist es weniger die US-Politik, die direkt Druck auf die Schweizer Banken und damit den Finanzplatz Schweiz ausübt, sondern mehr der IRS und das DoJ.

Weiter wurde die geplante Befristung des dringlichen Gesetzes auf ein Jahr bemängelt, womit die «Lex USA» gemäss Art. 140 Abs. 1 lit. c und Art. 141 Abs. 1 lit. b BV nicht dem Referendum hätte unterstellt werden müssen [54]. In der Tat ist ein sachlicher Grund für eine derartige Befristung nicht augenfällig. Schliesslich sahen sich die Parlamentarier durch das rasche Gesetzgebungsverfahren verbunden mit der Darstellung der amerikanischen Drohkulisse unter Druck gesetzt, was letztlich zu einer Abwehrhaltung gegenüber der «Lex USA» führte.

5.3.2 Vorwurf der Verletzung von Grund- und Menschenrechten. Kritiker der «Lex USA» monierten sodann, dass dieses Gesetz bezwecke, den Gerichten die Mittel zur Verhinderung von Datenlieferungen zu nehmen [55]. Darin wird u. a. ein Verstoss gegen Art. 6 *Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)* gesehen, wonach jede Person einen unabdingbaren Anspruch auf gerichtliche Beurteilung hat [56].

6. SCHUTZ DER DATEN VON BANKMITARBEITENDEN UND DRITTEN OHNE «LEX USA»

Auch nach dem Nichteintretensbeschluss des Parlaments am 19. Juni 2013 zur «Lex USA» ist nicht davon auszugehen, dass das DoJ auf die Lieferung der verlangten Daten verzichten wird [57]. Damit bleibt die Frage offen, wie die verlangten Informationen auf legalem Weg auch ohne «Lex USA» geliefert werden können. Im Folgenden werden, ohne einen Anspruch auf Vollständigkeit erheben zu wollen, diese gesetzlichen Hürden dargestellt und erläutert.

6.1 Verbotene Handlungen für einen fremden Staat. Gemäss Art. 271 Ziff. 1 StGB [58] macht sich 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. Geschütztes Rechtsgut ist die staatliche Herrschaftssphäre [59]. Es geht darum, dass staatliches Handeln auf schweizerischem Gebiet lediglich durch schweizerische Behörden vorgenommen wird, es sei denn, es liege eine Ermächtigungsnorm zugunsten einer ausländischen Behörde vor [60].

Damit ist nach schweizerischer Rechtsauffassung die Übermittlung von Leaver-Listen grundsätzlich nach Art. 271 StGB strafbar, weil dadurch Banken geschützte Auskünfte über Dritte erteilen oder Belege an amerikanische Behörden ausliefern, obwohl sie hierzu – unter Schweizer Recht – nicht verpflichtet wären [61]. Gleiches muss für die Übermittlung von Daten von Mitarbeitenden und Dritten gelten. Eine Strafbarkeit entfällt jedoch dann, wenn eine Bewilligung

vorliegt. Eine solche Bewilligung wird durch das zuständige (Bundes-)Departement bzw. die Bundeskanzlei erteilt [62]. Fälle von politischer oder anderer grundsätzlicher Bedeutung sind dem Bundesrat zu unterbreiten [63].

Der Bundesrat hat in Zusammenhang mit dem US-Steuerstreit bereits einmal solche Bewilligungen an Banken erteilt [64]. Es ist deshalb kein Grund ersichtlich, weshalb er dies nicht wieder tun sollte. Insbesondere begründete die Mehrheit des Nationalrats die Ablehnung der «Lex USA» damit, dass der Bundesrat selbst die notwendigen Massnahmen ergreifen könne. Entsprechend ist es auch demokratiepolitisch nicht stossend, wenn der Bundesrat den Banken nun solche Bewilligungen einräumt. *Begrüssenswert wäre, wenn der Bundesrat die Bewilligungserteilung mit der Bedingung verknüpft, dass die datenschutzrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden.* Allerdings schliesst eine solche Bewilligung lediglich die Strafbarkeit nach Art. 271 StGB aus, bindet aber die Zivilgerichte nicht. Betroffenen steht deshalb die Möglichkeit offen, ein Zivilgericht anzurufen.

6.2 Wirtschaftlicher Nachrichtendienst. Nach Art. 273 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis auskundschaftet, um es einer fremden amtlichen Stelle zugänglich zu machen. Geschütztes Rechtsgut ist ebenfalls die staatliche Herrschaftssphäre, daneben aber auch die schweizerische Volkswirtschaft [65]. Der Begriff des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses wird sehr weit ausgelegt und beinhaltet grundsätzlich alle Tatsachen des wirtschaftlichen Lebens, an deren Geheimhaltung ein schützenswertes Interesse besteht [66]. Ein schützenswertes Geheimhaltungsinteresse dürfte auch bei Personen anzunehmen sein, die im Zusammenhang mit den US-Bankkunden Beratungsleistungen erbracht haben.

Im Unterschied zu Art. 271 StGB kennt Art. 273 StGB kein Bewilligungsverfahren, sondern überlässt den Entscheid, ob das Geheimnis freigegeben werden soll und darf, dem Geheimnisherrn [67].

6.3 Bankkundengeheimnis. Bankkundendaten sind durch das BankG [68] grundsätzlich geschützt und können weiterhin lediglich gestützt auf ein gültiges DBA im Rahmen der Amtshilfe geliefert werden – eine direkte Übermittlung von den Banken an den IRS ist ausgeschlossen. Hingegen verlangt das DoJ von den Banken, dass sie im Rahmen des Steuerstreits die für die Stellung eines Gruppensuchens notwendigen Informationen liefern [69]. Solche Informationen umfassen also nicht die eigentlichen Namen der Kunden, sondern Verhaltensmuster oder eben die Angabe, zu welchen Banken die «Leaver» gewechselt haben. Eine analoge Regelung ist im FATCA-Abkommen zwischen der Schweiz und den USA [70] vorgesehen.

6.4 Datenschutz. Die Übermittlung von Daten von Mitarbeitenden und Dritten ist als Datenbearbeitung im Sinne des DSG zu qualifizieren [71]. Wer Personendaten bearbeitet, darf dabei die Persönlichkeit der betroffenen Personen nicht widerrechtlich verletzen [72]. Insbesondere dürfen keine Daten einer Person gegen deren ausdrücklichen Willen bearbei-

tet werden; es sei denn, dass ein Rechtfertigungsgrund vorliege [73]. Ein Rechtfertigungsgrund liegt gemäss Art. 13 Abs. 1 DSG vor, wenn eine gesetzliche Grundlage besteht oder das öffentliche oder private Interesse der Bank überwiegt.

Art. 6 Abs. 1 DSG bestimmt sodann, dass Personendaten nicht ins Ausland bekannt gegeben werden dürfen, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Personen schwerwiegend gefährdet würde, namentlich weil eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz bietet. Da die USA nur

«Betreffend die Bekanntgabe von Daten über Dritte an die USA kommen lediglich die Einwilligung des Betroffenen sowie das überwiegende öffentliche Interesse in Betracht.»

beschränkt als Land gelten, welches einen angemessenen Datenschutz bietet [74], muss für die Bekanntgabe von Daten an die USA ein spezifischer Rechtfertigungsgrund bestehen [75]. Der Katalog von Rechtfertigungsgründen bei grenzüberschreitender Bekanntgabe ist gegenüber den Rechtfertigungsgründen gemäss Art. 13 Abs. 1 DSG eingeschränkt. Betreffend die Bekanntgabe von Daten über Dritte an die USA kommen deshalb lediglich die Einwilligung des Betroffenen sowie das überwiegende öffentliche Interesse in Betracht [76].

Kein genügender Grund, um die grenzüberschreitende Datenbekanntgabe zu rechtfertigen, ist ein bloss überwiegendes privates Interesse der Bank [77]. Ebenfalls nicht berufen kann sich die Bank auf den Rechtfertigungsgrund, dass die Übermittlung für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht unerlässlich ist [78]. Während bereits mit guten Gründen vertreten werden kann, dass das DoJ kein solches Gericht ist, sondern der Exekutive zuzurechnen ist, scheitert die Rechtfertigung insbesondere daran, dass solche Daten nur für die Zwecke des konkreten Verfahrens verwendet werden dürfen [79]. Die zu übermittelnden Daten sollen aber gerade dazu dienen, weitere Verfahren zu ermöglichen. Eine solche Verwendung für andere Zwecke ist nicht mehr durch den Rechtfertigungsgrund abgedeckt. Auch die Einwilligung des Bankmitarbeitenden bzw. des Dritten wird eher die Ausnahme sein, da dieser ja keinen Vorteil aus der Einwilligung zieht, sondern sich im Gegenteil der amerikanischen Strafverfolgung aussetzt. Ebenso wenig besteht eine gesetzliche Grundlage zur Rechtfertigung der Datenübermittlung. Die Bewilligung des Bundesrats nach Art. 271 StGB stellt keine solche gesetzliche Grundlage dar. Genau hierzu hätte die «Lex USA» dienen sollen: Die «Lex USA» wäre ein Gesetz im formellen Sinne gewesen, welches explizit den Banken die Lieferung der verlangten Informationen erlaubt hätte. Damit wäre die fehlende Einwilligung des Betroffenen oder sein überwiegendes Interesse an der Nicht-Lieferung unerheblich geworden.

Somit bleibt den Banken nur noch die Möglichkeit, die Übermittlung solcher Daten mit einem überwiegenden Interesse zu rechtfertigen. Wie bereits erwähnt, ist für die Rechtfertigung der Datenbearbeitung sowohl ein überwiegendes öffentliches als auch ein überwiegendes privates Interesse der Bank genügend [80]. Für die Rechtfertigung der grenzüberschreitenden Datenbekanntgabe genügt ein überwiegendes privates Interesse der Bank hingegen nicht. Lediglich ein überwiegendes öffentliches Interesse rechtfertigt eine solche Übermittlung [81].

Ob ein öffentliches bzw. privates Interesse der Bank besteht, welches das Interesse des Betroffenen überwiegt, kann nur für den Einzelfall entschieden werden. Das Interesse des Betroffenen, nicht der (einschneidenden) Strafverfolgung in den USA ausgesetzt sein zu müssen, ist in aller Regel als sehr gewichtig einzustufen. Aber auch das Interesse der Bank, nicht angeklagt zu werden, ist gewichtig. Und die Öffentlichkeit hat sicherlich ein Interesse daran, dass nicht reihenweise Schweizer Banken aufgrund der Anklagen untergehen. Auch die Unterstützung von Anliegen eines ausländischen Staats kann im öffentlichen Interesse liegen [82]. Diese sich widersprechenden Interessen müssen durch das Gericht gegeneinander abgewogen werden, wobei nur der Einzelfall entschieden werden kann [83].

6.5 Arbeitsrechtliche Bestimmungen. Art. 328b des Obligationenrechts (OR) bestimmt, dass der Arbeitgeber die Daten über seine Angestellten nur soweit bearbeiten darf, wie es zur Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich ist. Offensichtlich ist die Lieferung von Angaben über den Mitarbeitenden an eine ausländische Strafverfolgungsbehörde nicht mehr vom Arbeitsverhältnis gedeckt. Eine solche Persönlichkeitsverletzung kann aber durch ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse gerechtfertigt werden [84]. Es kann deshalb auf die entsprechenden Ausführungen im Abschnitt 6.4 verwiesen werden.

6.6 Grund- und Menschenrechte. Aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK wird der Grundsatz des Strafprozessrechts abgeleitet, dass niemand gehalten ist, zu seiner Belastung beizutragen, wozu insbesondere das Recht zu schweigen gehört (sog. «nemo tenetur»-Grundsatz) [85]. Eine ausdrückliche Garantie, dass der Beschuldigte nicht gezwungen werden darf, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen, enthält Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II [86]. Aus dem Recht des Beschuldigten, nicht zu seiner eigenen Verurteilung beitragen zu müssen, ergibt sich insbesondere, dass die Behörden ihre Anklage führen, ohne auf Beweismittel zurückzugreifen, die durch Zwang oder Druck in Missachtung des Willens des Angeklagten erlangt worden sind [87].

Teilweise wird in der Lehre aus diesem Grundsatz abgeleitet, dass jede Person, der eine Strafverurteilung droht, die Weitergabe der sie betreffenden Daten untersagen könne [88]. Das Bundesgericht hat hingegen bislang stets erwogen, dass der Schutz vor Selbstbelastung nur dort wirkt, wo vom Betroffenen selbst ein aktiver Beitrag verlangt wird [89]. Mit Verweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichts-

hofs für Menschenrechte führte das Bundesgericht aus, dass das Recht, nicht zu seiner eigenen Verurteilung beitragen zu müssen, in erster Linie das Schweigerecht betreffe. Werden aber Daten, die unabhängig vom Willen der betroffenen Person existieren, ins Ausland geliefert, wird der Betroffene nicht gezwungen, seine Zustimmung zur Datenübermittlung zu geben.

6.7 Aushebelung des Rechtshilfverfahrens. Wenn die Banken Daten von Mitarbeitenden und Dritten an die USA liefern, werden diese dem Risiko einer Strafverfolgung in den USA ausgesetzt. Es spricht deshalb vieles dafür, dass solche Anfragen von den USA eigentlich über den ordentlichen Rechtshilfeweg zu erfolgen hätten. Werden die Daten nun von Banken herausverlangt und damit ihre Mitarbeitenden und Dritte der Strafverfolgung ausgesetzt, wird der Rechtshilfeweg – plakativ ausgedrückt – privatisiert [90].

Die Schweiz hat betreffend die Rechtshilfe den Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen [91] geschlossen sowie unilateral das IRSG [92] erlassen. Beide Erlasse sehen verschiedene Garantien für die Betroffenen vor. So gilt das Spezialitätsprinzip, d.h. die übermittelten Informationen dürfen nur zu dem Zwecke verwendet werden, zu dem sie übermittelt wurden [93]. Noch viel wichtiger ist aber der Umstand, dass das IRSG einen gut ausgebauten Rechtsschutz vorsieht. Die Betroffenen können sämtliche Verfügungen der angefragten Behörde beim Bundesstrafgericht anfechten [94] und je nach Bedeutung unter Umständen auch ans Bundesgericht gelangen [95]. Damit ist jeder Rechtshilfeentscheid der richterlichen Überprüfung zugänglich, während bei einer direkten Lieferung von Daten durch die Banken kein solcher Rechtsschutz besteht.

6.8 Fazit. Der verlangten Datenübermittlung stehen diverse gesetzliche Hürden entgegen. Zwar kann der Bundesrat den Banken eine Bewilligung nach Art. 271 StGB (Verbotene Handlungen für einen fremden Staat) erteilen. Diese deckt aber nicht den zivilrechtlichen Bereich ab. Als weitere Hürde besteht das Verbot des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes nach Art. 273 StGB. Zusätzlich geniessen die Betroffenen den vollen Schutz des DSGVO. Somit müssen die Banken nachweisen, dass ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Datenlieferung besteht. Dies wird ihnen, je nach Einzelfall und Entwicklung der Anklagen in den USA, möglicherweise gelingen.

Aber selbst wenn sie diese Hürde zu nehmen vermögen, können sich die Betroffenen immer noch darauf berufen, dass die Datenübermittlung nicht auf diesem Wege erfolgen dürfe, sondern das Rechtshilfverfahren eingehalten werden müsse. Folgt das Gericht dieser Auffassung, muss es den Banken die Übermittlung untersagen und das DoJ auf den Rechtshilfeweg verweisen.

Die Prozesschancen eines betroffenen Mitarbeitenden oder Dritten, welcher sich gegen die Datenübermittlung wehrt, müssen deshalb grundsätzlich als intakt eingestuft werden. Ob das DoJ dies akzeptieren wird, oder ob es danach unverzüglich zu Anklagen schreiten wird, ist noch offen. ■

Anmerkungen: Die Autoren danken MLaw Hannes Kieser für seine wertvolle Mitarbeit. **1)** Vgl. Chronologie US-Steuerstreit unter: <<http://www.sif.admin.ch/themen/00502/00806/index.html?lang=de>>, letztmals besucht am 7. Juli 2013. **2)** Das U.S. Department of Justice (DoJ) ist eine amerikanische Bundesbehörde (Exekutive), deren Hauptaufgaben in der Rechtspflege und der Strafverfolgung bestehen. Die Behörde könnte aus schweizerischer Sicht am ehesten mit der Bundesanwaltschaft verglichen werden, allerdings mit der grossen Ausnahme, dass das DoJ zusätzlich in der Rechtspflege tätig ist. Das DoJ ist in mehrere Abteilungen unterteilt, darunter insbesondere eine Steuerabteilung, welcher die Strafverfolgung von Verstössen gegen amerikanische Steuergesetze obliegt. Dabei kooperiert die Steuerabteilung eng mit dem Internal Revenue Service (IRS), der amerikanischen Steuerbehörde. **3)** Vgl. die Sachverhaltsdarstellung BGE 137 II 431, S. 434 ff. **4)** Das DPA vom 18. Februar 2009 nimmt Bezug auf das am 1. Juli 2008 vom U.S. District Court for the Southern District of Florida bewilligte «John Doe»-Summons-Verfahren, das dem Internal Revenue Service (IRS) erlaubt, Daten von US-Personen mit Konten bei der UBS AG in der Schweiz zu verlangen. **5)** Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfesuch des Internal Revenue Service der Vereinigten Staaten von Amerika betreffend UBS AG, einer nach schweizerischem Recht errichteten Aktiengesellschaft (SR 0.672.933.612). **6)** Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen vom 2. Oktober 1996 (SR 0.672.933.61). **7)** Urteil des BVGer A-7789/2009 vom 21. Januar 2010. **8)** 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). **9)** «UBS verliert Konkurrenten – Namensliste übergeben», Handelszeitung vom 9. Februar 2012. **10)** Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Massnahmen zur Erleichterung der Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten, BBl 2013 3947, S. 3950; «Sich nicht in falscher Sicherheit wiegen, NZZ vom 5. Januar 2013. **11)** Die Strafbestimmung unter Titel 18 des United States Code, Art. 371 Abs. 1 lautet: «If two or more persons conspire either to commit any offense against the United States, or to defraud the United States, or any agency thereof in any manner or for any purpose, and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy, each shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both.» **12)** Vgl. etwa «Wegelin Agreement – Executed 3.1.2013», <<http://www.wegelin.ch/index.html>>, letztmals besucht am 7. Juli 2013. **13)** Scott A. Schumacher, Magnifying Deterrence by Prosecuting Professionals (March 1, 2013), 89 Ind. L.J. (forthcoming), University of Washington School of Law, Legal Studies Research Paper No. 2013-17, S. 5, <<http://ssrn.com/abstract=2243093>>, letztmals besucht am 8. Juli 2013. **14)** Die Bank Wegelin & Co. wurde zur Bezahlung einer Wiedergutmachungssumme («Restitution Amount») von USD 20 000 001 und einer Busse («Stipulated Fine Amount») von USD 22 050 000 verurteilt. Sodann wurde die Einziehung der mit den US-Kunden in den Jahren 2008 bis 2010 erzielten Erträge (also keine Gewinne) von USD 15 821 000 verfügt. Vgl. «Wegelin Plea Agreement – Executed 3.1.2013», <<http://www.wegelin.ch/index.html>>, letztmals besucht am 7. Juli 2013. **15)** Botschaft (Anm. 10), BBl 2013 3947, S. 3950. **16)** Botschaft (Anm. 10), BBl 2013 3947, S. 3950. **17)** Botschaft

(Anm. 10), BBl 2013 3947, S. 3950. **18)** Benjamin M. Greenblum, What happens to a prosecution deferred? Judicial oversight of corporate deferred prosecution agreements, in: 105 Columbia Law Review 2005, S. 1864; Petra Schoenmakers, Das Verhältnis des abgekürzten Verfahrens zur Einstellung durch Wiedergutmachung, in: recht 2011, S. 20 ff. **19)** Typisch sind die Änderungen von gerügten Betriebsabläufen, die Pflicht zur Zusammenarbeit mit den Behörden, Bezahlung von hohen Entschädigung und der Zustimmung zu einer zeitlich befristeten Überwachung durch den Staat oder gar die Pflicht zur Schaffung von mehr Arbeitsplätzen wie z. B. im Fall WorldCom (vgl. Sarah Summers, Strafbefreiung und Einstellung des Verfahrens: Gedanken zu Art. 52 bis. Art. 55 A StGB aus der Perspektive des Common Law, in: ZStrR 128/2010, S. 17; Greenblum (Anm. 18), S. 1894). **20)** Vgl. Summers (Anm. 19), S. 17. **21)** Vgl. Summers (Anm. 19), S. 18. **22)** Vgl. Botschaft (Anm. 10), BBl 2013 3947, S. 3950. An den Verhandlungen mit dem DoJ wird die Schweiz nicht teilnehmen. Entsprechend wird es keinen (neuen) Staatsvertrag zwischen den USA und der Schweiz betreffend den Steuerstreit geben. **23)** Botschaft (Anm. 10), BBl 2013 3947, S. 3950. **24)** Schumacher (Anm. 13), S. 4. **25)** Botschaft (Anm. 10), BBl 2013 3947, S. 3951. **26)** Botschaft (Anm. 10), BBl 2013 3947, S. 3951. **27)** Dabei könnte sich das DoJ aus Ressourcengründen auf eine Bank beschränken und darauf zählen, dass die restlichen Banken spätestens nach erfolgter Anklage einlenken. **28)** Botschaft (Anm. 10), BBl 2013 3947, S. 3950. **29)** Vgl. dazu «Wenn die Klagekeule zuschlägt», NZZ vom 8. Juni 2013. Der Ablauf eines solchen Untergangs kann sich wie folgt abspielen: Die nicht betroffenen Banken und/oder institutionelle Anleger weigern sich, mit der angeklagten Bank zusammenzuarbeiten, sei dies aus Furcht vor Reputations- oder finanziellen Schäden oder in der Absicht, nicht selbst ins Visier der Behörden zu geraten oder ihnen die Zusammenarbeit verboten wird. Hinzu kommt, dass – wie im Fall Bank Wegelin & Co. – Konten der angeklagten Bank bei US-Korrespondenzbanken verarrestiert werden können. Damit wird die Bank faktisch vom US-Clearing-System ausgeschlossen, womit der Zahlungsverkehr in USD ausserordentlich schwierig oder gar verunmöglicht wird. Auch der Zulauf von neuen Kunden nimmt markant ab, während bestehende Kunden aus Furcht vor Verlusten ihre Guthaben abziehen. **30)** Botschaft (Anm. 10), BBl 2013 3947, S. 3951. **31)** Praktisch alle Länder sind heute Interpol angeschlossen. Vgl. Anhang I zur Verordnung über das Nationale Zentralbüro Interpol Bern (Interpol-Verordnung) vom 1. Dezember 1986 (SR 351.21); diese Länder sind nach der Ausschreibung zur Verhaftung verpflichtet. **32)** Art. 7 Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. März 1981 (IRSG, SR 351.1). **33)** Vgl. <http://www.interpol.int/Wanted-Persons/wanted_id/2011-35704>, letztmals besucht am 28. Juni 2013. **34)** Schumacher (Anm. 13), S. 40. **35)** BBl 2013 3947, S. 3957. **36)** Aus Sicht der USA liegt das Interesse einerseits bei der erleichterten Beschaffung der für Gruppenanfragen notwendigen Informationen. So heisst es denn auch in der Botschaft: «Die Banken sind im Rahmen ihrer Kooperation mit den US-Behörden (...) ermächtigt, den USA die für ein Gruppensuchen notwendigen Informationen zu liefern» (BBl 2013 3953). Dies brachte dem Gesetzesvorhaben den Vorwurf der Umgehung der Amts- und Rechtshilfe und der Ermöglichung von Fishing Expeditions durch die USA ein. Andererseits sind auch Merkmale einer US-amerikanischen «Politik der Abschreckung» durch ein verstärktes Vorgehen gegen Dritte, insbesondere gegen Berufsangehörige («deterrence by prosecuting professionals») erkennbar (vgl. dazu Schumacher [Anm. 13], S. 40).

37) Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101). **38)** Botschaft (Anm. 10), BBl 2013 3947, S. 3955 f. **39)** Für die Definition der US-Personen verweist Art. 1 Abs. 2 des Entwurfs der Lex USA auf diejenige von Art. 2 Abs. 1 Ziff. 26 des Abkommens vom 14. Februar 2013 zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Zusammenarbeit für eine erleichterte Umsetzung von FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act) (BBl 2013 3243). **40)** Vgl. Botschaft (Anm. 10), BBl 2013 3947, S. 3953. **41)** Vgl. Botschaft (Anm. 10), BBl 2013 3947, S. 3953. **42)** AB 2013 S. 521. **43)** Vgl. Botschaft (Anm. 10), BBl 2013 3947, S. 3951; vgl. Reiner J. Schweizer/Markus H.F. Mohler/Alexander M. Glutz, Das Bundesgesetz zum Steuerstreit verletzt den Rechtsstaat und die Demokratie, in: Jusletter vom 10. Juni 2013, S. 6. **44)** So führte Ständerat Konrad Graber für die Kommission am 12. Juni 2012 aus: «Wir haben (...) das Departement beauftragt, uns einen Vorschlag zu unterbreiten. Es kamen dann weitere Varianten in die Kommission, einerseits von der Treuhänderkammer und andererseits von den Vermögensverwaltern. Der Antrag, der hier jetzt vorliegt, entspricht dem Wortlaut, der uns vom Departement unterbreitet wurde. Die Kommission hat diesem Antrag zugestimmt.» (AB 2013 S 520); Beschluss des Ständerats vom 12. Juni 2012, <<http://www.parlament.ch/sites/doc/Curia-Folgeseite/2013/20130046/S3%20D.pdf>>, letztmals besucht am 8. Juli 2013. **45)** Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG, SR 235.1). **46)** Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210). **47)** So führt die Botschaft (Anm. 10), BBl 2013 3947, S. 3951 aus: «Würde ein Gericht die Herausgabe ablehnen, was gerade im Falle von Dritten in gewissen Konstellationen trotz hohem öffentlichem Interesse nicht für jeden Fall im Voraus ausgeschlossen ist, könnte die betroffene Bank somit ihre Kooperationsverpflichtungen gegenüber dem DoJ nicht hinreichend erfüllen.» **48)** Im Ergebnis hätte ein betroffener Dritter im Wesentlichen wohl nur noch darlegen können, dass er nicht unter die in Art. 1 der Lex USA definierte Kategorie des «Dritten» fällt. **49)** Art. 3 Abs. 1 gemäss Beschluss des Ständerats vom 12. Juni 2013; AmtlB SR 2013, S. 524. **50)** AmtlB SR 2013, S. 524. **51)** Vgl. Schweizer/Mohler/Glutz (Anm. 43). **52)** Vgl. Schweizer/Mohler/Glutz (Anm. 43), S. 3. **53)** Vgl. Botschaft (Anm. 10), BBl 2013 3947, S. 3950. **54)** Vgl. Schweizer/Mohler/Glutz (Anm. 43), S. 4. **55)** Botschaft (Anm. 10), BBl 2013 3947, S. 3951. **56)** Vgl. Schweizer/Mohler/Glutz, (Anm. 43), S. 6. Vgl. hierzu weiter unten im Abschnitt 6.6. **57)** Die New York Times schrieb am 19. Juni 2013 warnend: «The failure of the bill Wednesday could prompt Washington to take new action against Swiss lenders.» Vgl. hierzu Deal on Bank Secrecy Stalls in Swiss Parliament, <http://www.nytimes.com/2013/06/20/business/global/swiss-parliament-scuttles-deal-on-bank-secrecy.html?_r=0>, letztmals besucht am 8. Juli 2013. **58)** Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB, SR 311.0). **59)** Stefan Trechsel/Hans Vest, Praxiskommentar, Zürich 2008, N 1 zu Art. 271 StGB. **60)** Z. B. durch einen völkerrechtlichen Vertrag, wodurch die Schweiz teilweise auf ihre souveränitätsrechtlichen Abwehransprüche verzichtet. Vgl. Bericht des Bundesamtes für Justiz zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden (Amtshilfe, Rechtshilfe, Souveränitätsschutz), Bern, 14. März 2011, S. 20. **61)** A.M. Peter C. Honegger/Andreas Kolb, Amts- und Rechtshilfe: 10 Aktuelle Fragen, in: ASA 77 S. 816, wonach Art. 271 StGB nur verletzt sei, wenn zusätzlich eine Informationsbeschaffung bei Dritten erfolgt. U.E. trifft diese Ansicht lediglich dann zu, wenn die Daten nicht Dritte betreffen. **62)** Art. 31 Abs. 1 der Regierungs-

und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV, SR 172.010.1). **63**) Art. 31 Abs. 2 RVOV. **64**) Botschaft (Anm. 10), BBl 2013 3947, S. 3951. **65**) Vgl. Bericht des Bundesamtes für Justiz (Anm. 60), S. 21. **66**) Thomas Hopf, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.) BSK Strafrecht II, 2. A., Basel 2007, N 8 zu Art. 273 StGB. **67**) Hopf (Anm. 66), N 8 zu Art. 273 StGB. **68**) Art. 47 Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0). **69**) Botschaft (Anm. 10), BBl 2013 3947, S. 3951. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil vom 5. Juli 2013 (2C_269/2013), dessen schriftliche Begründung aber noch aussteht, die Zulässigkeit von Gruppenanfragen bejaht, sofern die Darstellung genügend detailliert ist, um einen Verdacht auf Betrugsdelikte und dergleichen zu ergeben und die Identifikation der gesuchten Personen zu ermöglichen. **70**) Abkommen vom 14. Februar 2013 zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Zusammenarbeit für eine erleichterte Umsetzung von FATCA. **71**) Art. 3 lit. 3 DSGVO. **72**) Art. 12 Abs. 1 DSGVO. **73**) Art. 12 Abs. 2 lit. b DSGVO. **74**) Vgl. die Staatenliste des Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten, abrufbar unter <<http://www.EDOEB.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html>>, letztmals besucht am 28. Juni 2013. **75**) Art. 6 Abs. 2 DSGVO. **76**) Art. 6 Abs. 2 lit. b bzw. Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO. **77**) Vgl. David Rosenthal, in: Rosenthal/Jöhri (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, N 37 zu Art. 6 DSGVO. **78**) Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO. **79**) Rosenthal (Anm. 77), N 72 zu Art. 6 DSGVO. **80**) Art. 13 Abs. 1 DSGVO. **81**) Art. 6 Abs. 2 DSGVO. **82**) Rosenthal (Anm. 77), N 60 zu Art. 6 DSGVO. **83**) Im ersten bekanntgewordenen Fall hat das Genfer Kantonalgericht mit Entscheid vom 21. Juni 2013 die Interessen des Bankmitarbeitenden als gewichtiger eingestuft und der Bank die Datenübermittlung untersagt. Dies zeigt, dass sich die Banken nicht darauf verlassen können, dass sie die vom DoJ verlangten Daten gestützt auf ein angeblich überwiegendes öffentliches Interesse liefern können (vgl. Tages Anzeiger vom 25. Juni 2013, <<http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Genfer-Richter-blockiert-Datenlieferung-an-die-USA/story/29456261>>, letztmals besucht am 9. Juni 2013). Der erwähnte Entscheid kam nur deshalb zustande, weil die Bank den betroffenen Mitarbeitenden vorgängig über die geplante Datenlie-

ferung informierte, worauf dieser an das Gericht gelangte. Die Banken könnten deshalb dazu übergehen, die Betroffenen erst nachträglich zu informieren, um dieser Problematik zu entgehen. Damit setzen sie sich zwar der Gefahr einer nachträglichen Klage in der Schweiz aus, was ihnen – je nach Abwägung – im Vergleich zur potenziell existenzbedrohenden Anklageerhebung in den USA aber als vertretbar erscheinen mag. **84**) Wolfgang Portmann, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), BSK OR I, 5. A., Basel 2011, N 5 zu Art. 328 b OR. **85**) BGE 130 I 128; BGE 121 II 282 mit weiteren Hinweisen; Stefan Trechsel, Bankgeheimnis – Strafverfahren – Menschenrechte, in: ZStrR 123/2005, S. 256. **86**) BGE 131 IV 36, E. 3.1. **87**) BGE 131 IV 36, E. 3.1. **88**) Vgl. Schweizer/Mohler/Glut (Fn 43), S. 5. **89**) Vgl. statt vieler: BGE 131 IV 36; Trechsel (Anm. 85), S. 260. **90**) Vgl. Schweizer/Mohler/Glut (Anm. 43), S. 4. **91**) SR. 0.351.933.6. **92**) Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. März 1981 (Rechtshilfegesetz, IRSG, SR 351.1). **93**) Art. 67 IRSG. **94**) Art. 80 e IRSG. **95**) Art. 84 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110).

ferung informierte, worauf dieser an das Gericht gelangte. Die Banken könnten deshalb dazu übergehen, die Betroffenen erst nachträglich zu informieren, um dieser Problematik zu entgehen. Damit setzen sie sich zwar der Gefahr einer nachträglichen Klage in der Schweiz aus, was ihnen – je nach Abwägung – im Vergleich zur potenziell existenzbedrohenden Anklageerhebung in den USA aber als vertretbar erscheinen mag. **84**) Wolfgang Portmann, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), BSK OR I, 5. A., Basel 2011, N 5 zu Art. 328 b OR. **85**) BGE 130 I 128; BGE 121 II 282 mit weiteren Hinweisen; Stefan Trechsel, Bankgeheimnis – Strafverfahren – Menschenrechte, in: ZStrR 123/2005, S. 256. **86**) BGE 131 IV 36, E. 3.1. **87**) BGE 131 IV 36, E. 3.1. **88**) Vgl. Schweizer/Mohler/Glut (Fn 43), S. 5. **89**) Vgl. statt vieler: BGE 131 IV 36; Trechsel (Anm. 85), S. 260. **90**) Vgl. Schweizer/Mohler/Glut (Anm. 43), S. 4. **91**) SR. 0.351.933.6. **92**) Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. März 1981 (Rechtshilfegesetz, IRSG, SR 351.1). **93**) Art. 67 IRSG. **94**) Art. 80 e IRSG. **95**) Art. 84 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110).