



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

Bundesamt für Justiz BJ
Direktionsbereich Öffentliches Recht

Bern, 14. März 2011

Bericht des Bundesamtes für Justiz zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden (Amtshilfe, Rechtshilfe, Souveränitätsschutz)

Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage	4
1.1	Auftrag des Bundesrates vom 20. August 2008 zur grenzüberschreitenden Amtshilfe	6
1.2	Vorarbeiten zu einem Unternehmensjuristengesetz	7
1.3	Fall UBS und Blocking Order.....	9
1.4	Bewilligungspraxis zu Art. 271 StGB	11
1.4.1	Bewilligungen im Zusammenhang mit dem "Qualified Intermediary Withholding Agreement" (QIA)	11
1.4.2	Ausländische Vor-Ort-Kontrollen bei schweizerischen Revisionsunternehmen.....	12
1.5	Amts- und Rechtshilfe in Fiskalsachen.....	13
1.6	Staatsvertragliche und gesetzliche Regelung der polizeilichen Amtshilfe (Polizeizusammenarbeit).....	15
1.7	Parlamentarische Vorstösse zum Thema.....	16
2	Territoriale Gebietshoheit und Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden	17
2.1	Dogmatische Grundlagen und rechtspolitische Fragestellung	17
2.1.1	Souveränität und Gebietshoheit im Völkerrecht.....	18
2.1.2	Strafrechtlicher Schutz der Gebietshoheit	19
2.1.2.1	Art. 267 StGB (Diplomatischer Landesverrat).....	20
2.1.2.2	Art. 271 StGB (Verbotene Handlungen für einen fremden Staat)	20
2.1.2.3	Art. 273 StGB (Wirtschaftlicher Nachrichtendienst)	21
2.1.3	Verfassungsunmittelbare Kompetenzen des Bundesrats zum Schutz der Gebietshoheit.....	21
2.2	Konfliktpotential für Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden.....	22
3	Potentiell problematische Zusammenarbeitsformen.....	25
3.1	Direkte Amtshandlungen ausländischer Behörden in der Schweiz	25
3.1.1	Zulässige Formen	25
3.1.2	Unzulässige Formen	28
3.2	Zusammenwirken Privater mit ausländischen Behörden	28
3.2.1	Zulässige Formen	28
3.2.2	Unzulässige Formen	29
3.2.3	Problembewertung und rechtsetzender Handlungsbedarf	30
3.3	Problematische Zusammenarbeitsformen in der Rechtshilfe für Strafsachen.....	30

4	Handlungsbedarf im Bereich Rechtshilfe.....	31
4.1	Definition	31
4.2	Rechtsgrundlagen	32
4.2.1	Landesrecht	32
4.2.2	Staatsvertragsrecht	33
4.2.2.1	Multilateral.....	33
4.2.2.2	Sonderfall Schengener Durchführungsübereinkommen	33
4.2.2.3	Bilateral.....	34
4.3	Spezifische Grundsätze und Individualrechtsschutz.....	35
4.3.1	Gegenrecht, beidseitige Strafbarkeit und Spezialität	35
4.3.2	Grundsätze des Individualrechtsschutzes	36
4.4	Rechtssetzerischer Handlungsbedarf?	36
5	Handlungsbedarf im Bereich Amtshilfe.....	36
5.1	Definition	36
5.2	Rechtsgrundlagen	37
5.3	Grenzüberschreitende Amtshilfe und Individualrechtsschutz.....	38
5.4	Aktuelle Problemfelder und Herausforderungen	40
5.5	Rechtssetzerischer Handlungsbedarf.....	41
5.5.1	Bundesrechtlicher Mindeststandard für die grenzüberschreitende Amtshilfe	43
5.5.1.1	Teilproblem Zustellungen	43
5.5.1.2	Teilproblem Zwangsmassnahmen beim Vollzug von Amtshilfeersuchen.....	44
5.5.2	Beitritt der Schweiz zu den Europaratskonventionen Nr. 94 und Nr. 100.....	46
6	Schutz der schweizerischen Gebietshoheit	48
6.1	Problembewertung	48
6.2	Rechtssetzerischer Handlungsbedarf.....	49
6.2.1	Bewilligungen für Handlungen für ausländische Behörden.....	49
6.2.1.1	Rechtsnatur der Bewilligung.....	49
6.2.1.2	Zuständigkeitsordnung	50
6.2.1.3	Bewilligungskriterien	50
6.2.1.4	Verhältnis von Art. 271 StGB zu bundesrechtlichen Vorschriften der Amts- und Rechtshilfe	51
6.2.2	Gesetzliche Grundlagen für Massnahmen zur Vermeidung und Bewältigung von Rechts- und Souveränitätskonflikten	51
7	Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	52

1 Ausgangslage

In den letzten Jahren hat die Frage, ob und in welchen Formen schweizerische Behörden mit ausländischen Behörden zusammenarbeiten dürfen, an rechtlicher und politischer Brisanz gewonnen. Die Erscheinungsformen sind vielfältig und werfen verschiedene Fragen auf:

- Muss eine Behörde, die einer ausländischen Behörde Informationen übermittelt, die davon betroffenen Privaten über den Vorgang aufklären und ihnen Beschwerdemöglichkeiten einräumen?
- Mit welchen – rechtlichen oder politischen – Argumenten kann eine Bundesbehörde ein ausländisches Ersuchen um Amtshilfe ablehnen?
- Unter welchen Voraussetzungen dürfen oder müssen Bundesbehörden privaten Personen oder Unternehmen die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden ausdrücklich erlauben oder untersagen?
- Wie müssen die Rechtsgrundlagen ausgestaltet sein, damit eine ausländische Behörde auf schweizerischem Hoheitsgebiet Amtshandlungen vornehmen darf?

Diesen Fragestellungen gemeinsam ist, dass eine ausländische Verwaltungs- oder Justizbehörde ein Straf-, Verwaltungs- oder Zivilverfahren nach den Regeln ihres eigenen (ausländischen) Rechts durchführt und deshalb auf Unterstützung durch die schweizerischen Behörden angewiesen ist, weil sie auf schweizerischem Territorium keine Amtshandlungen durchführen darf – und zwar unabhängig davon, ob die Amtshandlungen zwangsweise durchgesetzt werden können oder nicht. Die Bundesbehörden und die in einem ausländischen Verfahren involvierten und in der Schweiz ansässigen Personen sind in diesen Fällen mit einem – je nach Sachgebiet unterschiedlich spannungsreichen – Konflikt zwischen ausländischer und schweizerischer Rechtsordnung konfrontiert.

Das geltende Bundesrecht kennt verschiedene Verfahren und Formen, um einerseits mit Kooperationsersuchen von ausländischen Behörden umzugehen und um andererseits die schweizerische Gebietshoheit vor Beeinträchtigungen zu bewahren. Gebietshoheit wird dabei als die aus der völkerrechtlich garantierten Souveränität abgeleitete ausschliessliche Zuständigkeit eines Staates verstanden, auf seinem Hoheitsgebiet staatliche bzw. hoheitliche Funktionen auszuüben¹. So sehen zahlreiche Bundesgesetze sachbereichsspezifische, aber unterschiedlich konzipierte und redigierte Bestimmungen über die grenzüberschreitende Amtshilfe vor². Die innerstaatlichen und staatsvertraglichen Regelungen der Rechtshilfe in Straf- und Zivilsachen äussern sich zu den auf diesen Gebieten zulässigen Kooperationsformen und -verfahren. Einzelfallweise oder ebenfalls durch staatsvertragliche Vereinbarungen können ausländischen Behörden Amtshandlungen in der Schweiz zugestanden werden. Und schliesslich kann der Bundesrat – als ultima ratio – auf die Instrumente der verfassungsunmittelbaren Verfügungen und (befristeten) Verordnungen zurückgreifen, um die Zusammenarbeit zu regeln oder zu verweigern, sofern solche Massnahmen zur Wahrung der Interessen des Landes erforderlich sind oder um damit schweren Störungen der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen. In den letzten Jahren hat sich mehr und mehr herausge-

¹ Siehe statt vieler JÖRG PAUL MÜLLER/LUZIUS WILDHABER, Praxis des Völkerrechts, 3. A., Bern 2001, S. 414. Zum Ganzen siehe unten Ziff. 2.1.

² Zu Begriff und Inhalt der Amtshilfe siehe unten Ziff. 5.1.

stellt, dass diese Palette von Massnahmen, mit denen möglichen Beeinträchtigungen der schweizerischen Gebietshoheit begegnet werden könnte, lückenhaft ist und dass die verfügbaren Massnahmen zu wenig aufeinander abgestimmt sind. Die Mängel sind u.a. in folgenden Verfahren und Ereignissen deutlich geworden:

- Die eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) verhandelt seit 2008 mit der amerikanischen Partnerbehörde (PCAOB) die Modalitäten von Vor-Ort-Inspektionen bei Unternehmen in der Schweiz. Das Revisionsaufsichtsgesetz³ regelt zwar ausdrücklich solche ausländischen Untersuchungshandlungen auf schweizerischem Territorium⁴, doch ist klärungsbedürftig, ob und wie die gesetzlichen Anforderungen an solche Inspektionen eingehalten werden können bzw. ob und wie sie gelockert werden sollen (dazu unten Ziff. 1.4.2).
- Für den Entwurf zu einem Unternehmensjuristengesetz, über den 2009 eine Vernehmlassung durchgeführt wurde, stellte sich die Frage, ob und wie weit Unternehmensjuristen von im Ausland domizilierten Unternehmen, die dort in Zivil- oder andere Justizverfahren verwickelt waren, bei hiesigen Zweigniederlassungen Beweise erheben dürfen ohne sich dem Vorwurf auszusetzen, gegen Art. 271 StGB⁵ zu verstossen. Die vom ausländischen Recht statuierte Pflicht zur Herausgabe von in der Schweiz gelegenen Beweismitteln droht die schweizerische Souveränität zu beeinträchtigen. Das Gesetzgebungsvorhaben wird zwar nicht weiter verfolgt⁶, doch hat der Bundesrat andere Massnahmen zum Schutz der schweizerischen Souveränität in Aussicht gestellt (dazu unten Ziff. 1.2).
- Nachdem verschiedene Doppelbesteuerungsabkommen der Schweiz um den Amtshilfestandard des Art. 26 des OECD-Musterabkommens⁷ erweitert worden sind, musste die Ausführungsgesetzgebung erarbeitet werden. Die Arbeiten an der entsprechenden Verordnung haben zahlreiche verfahrensrechtliche⁸ und inhaltliche⁹ Probleme zu Tage gefördert und haben u.a. dazu geführt, dass die vorläufige Verordnungslösung¹⁰ erweitert und in ein Bundesgesetz überführt werden muss. Die Vernehmlassung über dieses Fiskalamtshilfegesetz konnte am 13. Januar 2011 eröffnet werden (siehe dazu Ziff. 1.5).
- Verschiedene hängige Gesetzgebungsvorhaben haben Fragen der grenzüberschreitenden Amtshilfe aufgegriffen, ohne dass dafür einheitliche Grundsätze existieren würden:

³ Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG; SR 221.302).

⁴ Art. 27 Abs. 3.

⁵ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0).

⁶ Siehe Bericht vom 4. Juni 2010 zur Abschreibung der Motion 07.3281 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats, BBl 2010 4095.

⁷ OECD-Musterabkommen 2010 zur Vermeidung von Doppelbesteuerung von Einkommen und Vermögen (Model Tax Convention on Income and on Capital), www.oecd.org.

⁸ Insbesondere Fragen nach den Rechten der Betroffenen, nach den verfügbaren Zwangsmassnahmen, mit denen die im ausländischen Amtshilfeersuchen gewünschten Informationen beschafft werden können, und nach dem Rechtsmittelweg.

⁹ Beispielsweise die Frage, wie mit Amtshilfeersuchen umzugehen sei, die auf gestohlenen Bankdaten beruhen.

¹⁰ Die Verordnung vom 1. September 2010 über die Amtshilfe nach Doppelbesteuerungsabkommen (ADV, SR 672.204) ist am 1. Oktober 2010 in Kraft getreten.

Mit einer Teilrevision des Embargogesetzes¹¹ soll erreicht werden, dass gegen die Entscheidung, in der Schweiz erhobene Informationen amtshilfweise an ausländische Behörden weiterzugeben, kein Rechtsmittel ergriffen werden kann¹². Einer Revision unterzogen wird zurzeit auch das Kartellgesetz¹³, welches unter anderem mit zwei Bestimmungen über die Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden und damit zur grenzüberschreitenden Zusammenarbeit ergänzt werden soll¹⁴. Auch das neue Spirituosensteuergesetz soll die Amtshilfe mit ausländischen Behörden ausdrücklich regeln¹⁵ und für eine in Ausarbeitung befindliche Totalrevision des Lebensmittelgesetzes¹⁶ ist ein vergleichbarer Regelungsbedarf festgestellt worden.

- Die bis Ende 2010 abgehaltenen Expertengespräche mit der Europäischen Union (EU) über die institutionelle Ausgestaltung und Weiterentwicklung des bilateralen Vertragsnetzes thematisieren Untersuchungs- und Überwachungsbefugnisse der EU. Vereinzelt sehen schon die bestehenden Verträge Kontroll- und Untersuchungsbefugnisse der Europäischen Kommission oder anderer EU-Organe in der Schweiz vor, doch ist noch ungeklärt, ob sich diese Modelle auch auf andere Bereiche übertragen lassen¹⁷.

1.1 Auftrag des Bundesrates vom 20. August 2008 zur grenzüberschreitenden Amtshilfe

Auf der Grundlage eines Aussprachepapiers des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) beauftragte der Bundesrat am 20. August 2008 das EJPD (BJ), zusammen mit den interessierten Bundesstellen den gesetzgeberischen Handlungsbedarf für die grenzüberschreitende Amtshilfe abzuklären und dem Bundesrat bis Ende 2009 die nötigen Mass-

¹¹ Bundesgesetz vom 22. März 2002 über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen (Embargogesetz, EmbG; SR 946.231).

¹² Die Vernehmlassung dauerte bis am 11. Oktober 2010. Die Vorschläge des Bundesrates scheinen – so die erste Beurteilung – auf erhebliche Kritik gestossen zu sein.

¹³ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

¹⁴ Die Vernehmlassungsfrist lief am 19. November 2010 ab. Der Entwurf sieht zwei Bestimmungen vor: Ein Artikel hält die Grundsätze der internationalen Zusammenarbeit fest, ein zweiter Artikel äussert sich spezifisch zur grenzüberschreitenden Amtshilfe und formuliert einen vergleichsweise langen Katalog an Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit die Wettbewerbsbehörden Amtshilfe leisten können. Eine erste Auswertung der Vernehmlassungsantworten hat gezeigt, dass die fraglichen Bestimmungen auf teils heftige Kritik stossen.

¹⁵ Die Vernehmlassungsfrist dauerte bis am 31. Oktober 2010. Der Gesetzesentwurf enthält eine ausdrückliche Regelung der Mitwirkungspflicht der Personen, die von Amtshilfeersuchen betroffen sind.

¹⁶ Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz, LMG; SR 817.0)

¹⁷ Das Luftverkehrsabkommen mit der EU (Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr; SR 0.748.127.192.68) erlaubt der Europäischen Kommission wettbewerbsrechtliche Untersuchungen in der Schweiz. Hinsichtlich den Untersuchungsbefugnissen der Europäischen Kommission bei der Teilnahme der Schweiz an europäischen Förderprogrammen siehe exemplarisch Anhang IV, Art. 3 des Umweltabkommens (Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Beteiligung der Schweiz an der Europäischen Umweltagentur und dem Europäischen Umweltinformations- und Umweltbeobachtungsnetz (EIONET; SR 0.814.092.681).

nahmen zu beantragen. Diese Frist konnte aus verschiedenen Gründen nicht eingehalten werden¹⁸.

In Erfüllung des bundesrätlichen Auftrags hat das BJ zuhanden einer interdepartementalen Arbeitsgruppe die bestehenden Bestimmungen des Bundesrechts zusammen gestellt, welche Voraussetzungen und Verfahren der grenzüberschreitenden Amtshilfe regeln. Diese Übersicht ergab ein inhaltlich heterogenes Bild: Obschon sektorielle Sonderlösungen in Spezialgesetzen sinnvoll sind, um den rechtlichen und politischen Besonderheiten des jeweiligen Sachgebietes Rechnung tragen zu können, besteht ein Bedürfnis nach bereichsübergreifenden verfahrensrechtlichen und materiellen Grundsätzen für die grenzüberschreitende Amtshilfe (dazu Ziff. 5).

1.2 Vorarbeiten zu einem Unternehmensjuristengesetz

Am 11. Mai 2007 reichte die nationalrätliche Kommission für Rechtsfragen eine Motion mit folgendem Wortlaut ein:

"Das Bundesrecht ist so zu ändern, dass Personen, welche als Angestellte einer Unternehmung für diese rechtsberatend oder forensisch tätig sind, hinsichtlich der Pflichten und Rechte den freiberuflichen Anwältinnen und Anwälten weitgehend gleichgestellt sind."¹⁹

Der Bundesrat beantragte in seiner Stellungnahme vom 30. Mai 2007 die Annahme der Motion. Er begründete dies damit, dass sich rechtsberatend tätige Angestellte eines Unternehmens nicht auf das Anwaltsgeheimnis nach Art. 321 StGB berufen können, was insbesondere bei US-amerikanischen Zivilverfahren zu Benachteiligungen führen könnte:

"Währenddem dies weitgehend der Rechtslage in Europa entspricht, haben Angestellte von US-Unternehmungen, welche für diese rechtsberatend oder forensisch tätig sind, unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, sich anlässlich von Gerichtsverfahren zur Mitwirkungsverweigerung auf ein Berufsgeheimnis zu stützen. Dieses sogenannte "attorney-client privilege" steht ihnen jedoch nur zu, sofern sie Rechtsanwältin oder Rechtsanwalt sind. Es ist vor allem im Rahmen des sogenannten Discovery-Verfahrens im US-Zivilrecht von Bedeutung. Während dieser Phase eines bereits hängigen Zivilprozesses kann jede Partei von der Gegenseite Auskunft über und Einblick in gewisse Beweismittel verlangen. Weigert sich diese, kann das Gericht sie dazu zwingen und allenfalls Sanktionen in Gestalt von Rechtsverlusten anordnen. Angestellte von Schweizer Unternehmungen können sich nicht auf das "attorney-client privilege" berufen.

In gewissen Situationen können deshalb schweizerische Unternehmungen in einem US-Zivilprozess zur Herausgabe von Akten verpflichtet sein, welche ihre US-Gegenparteien nicht herausgeben müssen. Diese Ungleichbehandlung könnte mit der Einführung eines geeigneten Berufsgeheimnisses für rechtsberatend oder forensisch

¹⁸ So haben die im Laufe des Jahres 2009 paraphierten "neuen" Doppelbesteuerungsabkommen verfahrensrechtliche und materielle Fragen der grenzüberschreitenden Amtshilfe aufgeworfen, die nach einer umgehenden Regelung in Verordnungsform verlangt haben. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse sollten beim Entscheid über das weitere Vorgehen bezüglich des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs bei der grenzüberschreitenden Amtshilfe in anderen Sach- und Rechtsgebieten berücksichtigt werden.

¹⁹ Motion 07.3281 "Pflichten und Rechte von rechtsberatend oder forensisch tätigen Angestellten. Gleichstellung mit freiberuflichen Anwältinnen und Anwälten".

tätige Angestellte einer schweizerischen Unternehmung unter Umständen beseitigt werden."

In solchen Konstellationen sehen sich in der Schweiz ansässige Private einerseits mit Forderungen einer ausländischen Rechtsordnung konfrontiert, die sie aber andererseits deshalb nicht erfüllen können, weil die Herausgabe von in der Schweiz gelegenen Beweismitteln eine Verletzung der Art. 271 oder 273 StGB und in gewissen Fällen auch eine Verletzung spezialgesetzlicher Geheimhaltungsvorschriften darstellen kann. Damit droht der Schweiz insofern eine Souveränitätsverletzung, als dass eine ausländische Rechtsordnung Private dazu zwingen könnte, gegen schweizerisches Recht zu verstossen²⁰.

Nachdem die Motion am 2. Juni 2008 auch vom Ständerat angenommen wurde, liess der Bundesrat das BJ einen Gesetzesentwurf ausarbeiten, über den 2009 eine Vernehmlassung durchgeführt werden konnte²¹. Die Ergebnisse fielen indessen mehrheitlich negativ aus, so dass der Bundesrat beschlossen hat, auf eine Weiterführung des Vorhabens zu verzichten. Das Problem eines nur mangelhaften Schutzes der schweizerischen Souveränität war damit jedoch nicht gelöst. Der Bundesrat kündigte aber an, dass er zu dessen Lösung einen anderen Weg beschreiten will:

"Es stellt sich somit die Frage des angemessenen generellen Schutzes der schweizerischen Souveränität und der innerstaatlichen Zuständigkeit für entsprechende Schutzrespektive Abwehrmassnahmen. Der Bundesrat erachtet die Frage als prüfenswert, ob diesbezüglich gesetzgeberischer Handlungsbedarf, z.B. in Form eines sog. «Souveränitätsschutzgesetzes», besteht. Inhalt eines solchen Erlasses würde die Festlegung von Abwehrmassnahmen und der zu ihrer Ergreifung zuständigen Behörden bilden. Beispielsweise könnten gesetzliche Grundlagen geschaffen werden, um in einer dem bereits erwähnten UBS-Fall ähnlichen Konstellation einer Bank die Herausgabe von Kundendaten ausdrücklich zu verbieten und gar die Verfügungsgewalt über die von den ausländischen Behörden geforderten Daten zu entziehen. Der Erlass solcher „Blocking Orders“ wäre dabei eine der (weitest reichenden) neuen gesetzlichen Abwehrmassnahmen, welche den schweizerischen Behörden erlauben sollen, Rechtsverletzungen präventiv zu verhindern und nicht nur nachträglich strafrechtlich zu verfolgen. Mit anderen Worten würde das Ziel der Regelung darin bestehen, den Schutz der staatlichen Herrschaftssphäre durch über das Strafrecht (siehe Artikel 271 StGB) hinausgehende Instrumente zu verstärken."²²

In diesem Zusammenhang wäre – so der Bundesrat weiter – auch zu prüfen, ob die Bewilligungen für Handlungen für einen fremden Staat nach Art. 271 StGB neu gestützt auf ein solches Gesetz zum Schutz der schweizerischen Souveränität durch eine zentrale Bundesstelle erteilt werden sollten; eine solche Regelung könnte der Vereinheitlichung der Bewilli-

²⁰ Ein Beispiel für eine solche drohende Souveränitätsverletzung ist die 2009 bei einem Gericht in Miami eingereichte zivilrechtliche Klage gegen die UBS AG auf Herausgabe von Bankkundendaten (siehe dazu sogleich Ziff. 1.3). In diesem Fall versties das unilaterale Vorgehen der amerikanischen Behörden gegen die im geltenden Doppelbesteuerungsabkommen vorgesehenen Verfahren zum Informationsaustausch. Derartige einseitige rechtliche Massnahmen ausländischer Staaten bergen die Gefahr in sich, dass durch sie die schweizerische Rechtsordnung – wozu auch die von der Schweiz abgeschlossenen Staatsverträge gehören – ausgehöhlt wird.

²¹ BBI 2009 3147.

²² Bericht vom 4. Juni 2010 zur Abschreibung der Motion 07.3281 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats, BBI 2010 4095, S. 4099 f.

gungspraxis dienen und damit die Rechtssicherheit erhöhen (siehe zum Ganzen unten Ziff. 6)²³.

1.3 Fall UBS und Blocking Order

Unter souveränitätspolitischen Aspekten sind die Ereignisse um das Zivilverfahren in den USA, in das die UBS involviert war, nachdem sie die Herausgabe von Bankkundeninformationen verweigert hatte, von besonderer Bedeutung. Sie verdeutlichen exemplarisch die Risiken, die sich für den territorial exklusiven Geltungs- und Durchsetzungsanspruch der schweizerischen Rechtsordnung dadurch ergeben, dass ausländisches Recht von in der Schweiz ansässigen Personen und Unternehmen ein Verhalten fordert, das mit dem Landesrecht nicht kompatibel ist.

Die Ereignisse können wie folgt zusammengefasst werden: En été 2008, l'Internal Revenue Service des Etats-Unis (IRS) a notifié à l'UBS SA un ordre de lui communiquer des données relatives à ses clients soumis au fisc américain (US Taxpayers), titulaires de comptes auprès de la banque entre 2002 et 2007. Cet ordre, appelé John Doe Summons, est une procédure civile par laquelle l'IRS demande des informations sur des clients qu'elle ne connaît pas nominativement (procédure contre inconnu) et sur lesquels il n'existe pas de soupçon concret de fraude ou d'évasion fiscale. Potentiellement, 52 000 clients étaient visés. En février 2009, l'IRS a ouvert la procédure civile visant à la mise en œuvre du John Doe Summons auprès de la United States District Court for the Southern District of Florida. A l'issue de l'échange d'écritures, une audience publique était prévue le 13 juillet 2009. Il ne pouvait être exclu que le Tribunal précité ne fasse droit à la requête de l'IRS et ce, malgré l'intervention des autorités suisses (tant par le biais du dépôt d'un Brief of Amicus Curiae que par le biais de notes diplomatiques) rappelant qu'UBS SA se rendrait coupable d'une violation de l'ordre juridique suisse si elle obtempérait à l'ordre de communiquer ces données.

A cet égard, il faut rappeler que la mise en œuvre du John Doe Summons constitue, en tant que recherche unilatérale de preuves par un Etat étranger, une atteinte à la souveraineté suisse. Une telle atteinte est réprimée par le Code pénal suisse (art. 271 et 273 CPS). La communication de données de clients dans ce cadre est par ailleurs contraire à l'art. 47 de la loi sur les banques²⁴ qui protège le secret bancaire. Pour assurer la collaboration avec les Etats étrangers, la Suisse dispose de divers instruments. Au nombre de ces instruments on peut en particulier citer la législation sur l'entraide judiciaire en matière pénale, les dispositions législatives réglant l'entraide administrative ainsi que de nombreux traités internationaux. La procédure menée par l'IRS ne s'inscrivait évidemment pas dans le cadre de ces instruments.

Pour réagir à cet état de fait, le Conseil fédéral a évoqué plusieurs scénarios. Son choix s'est porté sur le prononcé d'une interdiction de transmettre les données à l'encontre d'UBS SA. La décision de principe du Conseil fédéral, prise le 5 juin 2009 et basée sur l'art. 184, al. 3, Cst.²⁵, était articulée en deux temps:

1. Dans un premier temps, le Conseil fédéral commençait par rappeler qu'il prendrait toutes les mesures nécessaires pour empêcher la transmission par UBS SA des données de clients visés par la procédure de John Doe Summons.

²³ Siehe Fussnote 22, S. 4099 f.

²⁴ Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0).

²⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

2. Dans un deuxième temps, et selon la décision de la United States District Court for the Southern District of Florida, le Conseil fédéral prévoyait de rendre une décision interdisant d'une part à UBS SA de communiquer les informations requises par la procédure de John Doe Summons et, d'autre part, l'empêchant matériellement de disposer de ces données (par le biais d'un séquestre des documents ou d'une restriction d'accès à ces documents). Par une nouvelle décision du 1er juillet 2009, le Conseil fédéral a délégué au DFJP, d'entente avec le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) et le Département fédéral des finances (DFF), le soin de rendre une telle décision si besoin était.

Dans le cadre des négociations menées en parallèle à la procédure judiciaire, les autorités suisses et américaines ont demandé un report de l'audience prévue. Finalement, suite à l'accord intervenu le 19 août 2009 entre la Suisse et les Etats-Unis²⁶, la procédure de mise en œuvre du John Doe Summons a été suspendue, rendant ainsi superflue une nouvelle décision du Conseil fédéral, respectivement du DFJP d'entente avec le DFAE et le DFF.

Zu erwähnen bleibt, dass sich im Nachgang die Frage stellte, ob die durch diese Verfahren generierten Kosten der UBS auferlegt werden können²⁷. Diese Frage hat sich im Falle der UBS politisch besonders zugespitzt, doch ist in jedem Amtshilfeverfahren zu entscheiden, ob für die Erledigung ausländischer Amtshilfeersuchen oder für eine Bewilligung zur Vornahme einer Amtshandlung auf schweizerischem Territorium Gebühren erhoben werden dürfen. Die Kosten für den Beistand im US-Zivilverfahren konnten der UBS auf der Grundlage der Allgemeinen Gebührenverordnung²⁸ verrechnet werden. Für eine weitere Kostenauflegung bestand indessen keine rechtliche Grundlage²⁹. Aus diesem Grund hat der Bundesrat den

²⁶ Siehe dazu Botschaft vom 14. April 2010 zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfegesuch betreffend UBS AG sowie des Änderungsprotokolls (BBI 2010 2965).

²⁷ Die Kosten für die Vergleichsverhandlungen im US-Zivilverfahren von 2009 beliefen sich auf 1 Million Franken, diejenigen für das erste Amtshilfegesuch vom 16. Juli 2008 auf 1,5 Millionen Franken. Die Kosten für die Behandlung des zweiten Amtshilfegesuches wurden auf 37 Millionen Franken geschätzt. Es handelt sich dabei insbesondere um die Kosten der von der ESTV eingerichteten Projektorganisation, sowie um die Personalkosten der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) für die Behandlung dieses Gesuches. Ebenfalls miteingeschlossen sind Aufwendungen des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA) und des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD), die für die Verhandlungen des Abkommens vom 19. August 2009 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfegesuch des Internal Revenue Service der Vereinigten Staaten von Amerika betreffend UBS AG, einer nach schweizerischem Recht errichteten Aktiengesellschaft (SR 0.672.933.612) sowie des Änderungsprotokolls vom 31. März 2010 (AS 2010 1459) notwendig waren. Darin nicht eingeschlossen ist hingegen der geschätzte Aufwand für die Aufstockung der Richterstellen beim Bundesverwaltungsgericht in den Jahren 2009–2011 (ca. 8,6 Mio. Fr.).

²⁸ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV; SR 172.041.1). Diese sieht in Art. 2 Abs. 1 vor, dass derjenige, der eine Verfügung veranlasst oder eine Dienstleistung beansprucht, eine Gebühr bezahlen muss. Zwar ist es dem Bund bei der Unterstützung im US-Zivilverfahren in erster Linie um die Verfolgung rechtsstaatlicher und volkswirtschaftlicher Interessen gegangen. Die Leistungen erfolgten jedoch auch unmittelbar im Interesse der UBS AG, weshalb ihr die Kosten in Rechnung gestellt werden konnten.

²⁹ Der Bundesrat begründete dies wie folgt: "Nach Doktrin und Praxis kann man demjenigen eine Gebühr auferlegen, der von einer staatlichen Stelle eine entsprechende Gegenleistung erhalten hat. Weil sich die internationale Amtshilfe zwischen Staaten abspielt, wäre für eine

Räten einen referendumpflichtigen Bundesbeschluss unterbreitet, auf Grundlage dessen von der UBS die Vollkosten für die Bemühungen des Bundes auferlegt werden können³⁰.

1.4 Bewilligungspraxis zu Art. 271 StGB

Das schweizerische Recht stellt die Vornahme von Amtshandlungen zugunsten einer ausländischen Behörde auf schweizerischem Territorium unter Strafe; zulässig sind solche Handlungen lediglich, wenn dafür eine Bewilligung der zuständigen Bundesstelle vorliegt. Gemäss Art. 31 RVOV³¹ sind dafür die Departemente und die Bundeskanzlei zuständig; Fälle von politischer oder "anderer grundsätzlicher Bedeutung" sind indessen vom Bundesrat zu entscheiden (Art. 31 Abs. 3 RVOV). In der jüngeren Zeit haben sich Fälle zu häufen begonnen, welche Zweifel an der Effektivität dieses strafrechtlichen Souveränitätsschutzes aufkommen lassen.

1.4.1 Bewilligungen im Zusammenhang mit dem "Qualified Intermediary Withholding Agreement" (QIA)

Die Geschäftsprüfungskommissionen (GPK) des Nationalrates und des Ständerates haben in ihrem Bericht vom 30. Mai 2010 „Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA“ u.a. Fragen zur Auslegung und Anwendung von Art. 271 StGB untersucht. In Postulat 2 haben sie den Bundesrat beauftragt, "die im Bericht der GPK aufgeworfenen Fragen zur Anwendung des Artikels 271 des schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) (sowie zur Kompatibilität des QIA mit dem schweizerischen Bankgeheimnis) in einem vertieften Bericht umfassend abzuklären".

Anlass für die Untersuchungen der GPK war eine vom EFD am 7. November 2000 erteilte Bewilligung, mit der einem Ersuchen der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) entsprochen wurde. In ihrem Gesuch vom 2. August 2000 stellte die SBVg das Begehren, es sei eine Bewilligung gemäss Art. 271 Ziff. 1 StGB für diejenigen Personen zu erteilen, welche mit dem Vollzug des zwischen der amerikanischen Bundessteuerbehörde Internal Revenue Service (IRS) und schweizerischen Banken oder Effekthändlern abgeschlossenen "Qualified Intermediary Withholding Agreement" (QIA) befasst sind. Die Bewilligung des EFD vom 7. November 2000 erlaubte den mit der Anwendung des QIA befassten Personen – namentlich den Organen, Angestellten und Vertretern von Banken und Effekthändlern oder deren Revisionsstellen und Beauftragten –, die gemäss dem „Final Qualified Intermediary Withholding Agreement (IRS Revenue Procedure 2000-12) vorgesehenen Handlungen auf schweizerischem Gebiet zu vollziehen, insbesondere die Vornahme von Quellensteuerabzügen nach amerikani-

allfällige Erhebung von Gebühren der ausländische Staat als Leistungsempfänger zu betrachten. Wenn man die Kosten einer staatlichen Tätigkeit nicht dem Leistungsempfänger, sondern einem Dritten auferlegen will, kann man diese Abgabe nicht mehr als Gebühr verstehen." Botschaft zur Auferlegung der Kosten für die Behandlung zweier Amtshilfegesuche des Internal Revenue Service der Vereinigten Staaten von Amerika auf die UBS AG, BBI 2010 3211, S. 3215.

³⁰ Bundesbeschluss über die Auferlegung der Kosten für die Behandlung zweier Amtshilfegesuche des Internal Revenue Service der Vereinigten Staaten von Amerika auf die UBS AG (Entwurf), BBI 2010 3219. Die Räte haben dem Bundesbeschluss am 15. September (Ständerat) bzw. am 1. Dezember 2010 (Nationalrat) jeweils einstimmig zugestimmt. Die Referendumsfrist läuft bis am 7. April 2011; siehe BBI 2010 9029 (Referendumsvorlage).

³¹ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV; SR 172.010.1).

schem Recht, die Abgabe von Informationen zu deren Vornahme an Dritte und die Durchführung von Kontrollen über diese Tätigkeiten. Die Bewilligung wurde der Schweizerischen Bankiervereinigung zuhanden der Institute, welche mit dem IRS ein QIA abgeschlossen hatten, schriftlich eröffnet. In Kopie wurde sie der Bundeskanzlei, der Bundesanwaltschaft, dem Generalsekretariat des EFD, dem EDA (Direktion für Völkerrecht), der ESTV, der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) und der Schweizerischen Nationalbank (SNB) zur Information zugestellt.

Für die GPK stellte sich vorab die Frage, ob die – auf Art. 31 RVOV gestützte – Erteilung einer solchen unbefristeten (Global-)Bewilligung an einen Kreis von unbestimmten Personen überhaupt zulässig ist. Für die GPK war auch die Zuständigkeits- bzw. Kompetenzfrage unklar; sie warf die Frage auf, ob im vorliegenden Fall die Angelegenheit nicht, gestützt auf Art. 31 Abs. 2 RVOV, als Fall von politischer oder anderer grundsätzlicher Bedeutung dem Bundesrat hätte unterbreitet werden müssen. Die GPK erachtete es daher als "wünschenswert, dass seitens der Schweizer Behörden die nötige Klarheit geschaffen und insbesondere auch die Frage geklärt wird, welche Rolle die Schweizer Behörden bei privaten Verträgen zwischen den Schweizer Banken und dem amerikanischen Staat spielen oder spielen müssen"; zudem wäre auch zu klären, "ob solche Genehmigungen nicht periodisch überprüft werden müssten".

Der Bundesrat hat mit Beschluss vom 18. August 2010 die Annahme des Postulats 2 beantragt und angekündigt, dass sich das BJ mit den im GPK-Bericht aufgeworfenen Fragen zu Art. 271 StGB befassen wird. Im Bestreben, einen Überblick über die Problematik und die Praxis zu Art. 271 StGB zu erhalten und um den allfälligen Handlungsbedarf zu eruieren, hat das BJ eine interdepartementale Arbeitsgruppe eingesetzt. In dieser Arbeitsgruppe wirkten sämtliche interessierten und effektiv mit der Ausstellung von Bewilligungen gemäss Art. 271 StGB befassten Stellen der Bundesverwaltung sowie die Bundeskanzlei und die Bundesanwaltschaft mit. Ebenfalls vertreten waren die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), RAB und die WEKO. In einer ersten Phase ging es darum, einen Überblick über die Bewilligungspraxis zu Art. 271 Ziff. 1 StGB zu erhalten und insbesondere zu eruieren, welche Fälle in der Praxis als "Fälle von politischer oder anderer grundsätzlicher Bedeutung" eingestuft und entsprechend gestützt auf Art. 31 Abs. 2 RVOV dem Bundesrat unterbreitet worden sind. In einer zweiten Phase wurden die Rechts- und Vollzugsfragen vertieft, für die in der Praxis ein erheblicher Klärungsbedarf besteht. Zu diesen gehören die Rechtsnatur der Bewilligung, die Gebührenerhebung, der Rechtsmittelweg und die geltende Zuständigkeitsordnung (siehe dazu unten Ziff. 6.2.1).

1.4.2 Ausländische Vor-Ort-Kontrollen bei schweizerischen Revisionsunternehmen

Ausländische Behörden können durch Gesetz oder Staatsvertrag zur Vornahme von Amtshandlungen auf schweizerischem Territorium ermächtigt werden; fehlt eine solche Ermächtigung, ist die Amtshandlung nach Art. 271 StGB strafbar. Anlässlich eines Ersuchens der amerikanischen Revisionsaufsichtsbehörde (Public Company Accounting Oversight Board, PCAOB) um Vor-Ort-Kontrollen ("Joint Inspections") bei schweizerischen Revisionsunternehmen haben sich die besonderen Probleme solcher Kontrollen deutlich gezeigt.

Ausgangspunkt des amerikanischen Ersuchens ist die Tatsache, dass sich schweizerische Revisionsunternehmen (darunter PWC, E&Y, KPMG, BDO und Deloitte) bei der PCAOB haben registrieren lassen, um rechtsgültig die Jahres- und Konzernrechnungen von Schweizer Emittenten prüfen zu können, die an einer US-Börse kotiert sind. Mit der Registrierung haben

sie sich der Aufsicht der PCAOB unterstellt und müssen daher bis 2011 inspiziert werden. Seit Dezember 2008 führt die RAB Gespräche mit der PCAOB darüber, wie solche Prüfungen in der Schweiz abgewickelt werden können³². Die Verhandlungen haben sich deshalb als so problematisch erwiesen, weil die PCAOB die Vertraulichkeit der erhaltenen Informationen nicht gewährleisten kann und sich auch nicht verpflichten kann, die Informationen nicht anderen US-Behörden (z.B. der U.S. Securities and Exchange Commission, SEC) weiterzugeben.

1.5 Amts- und Rechtshilfe in Fiskalsachen

Im Zuge der Globalisierung der Finanzmärkte gewann die internationale Zusammenarbeit in Fiskalsachen an Bedeutung. Am 13. März 2009 hat der Bundesrat daher beschlossen, die Amtshilfe in Steuersachen an die neuen Gegebenheiten der internationalen Politik anzupassen. Gleichzeitig erklärte er, die zukünftige Amtshilfepolitik in Steuersachen werde den Individualrechtsschutz wahren und die Amtshilfe auf den Einzelfall begrenzen. In Fällen von Steuerbetrug besitzt die Schweiz aufgrund des strafrechtlichen Verfahrens im innerstaatlichen Recht die notwendigen Mittel zur Durchsetzung der Herausgabe der Informationen nach Art. 26 Abs. 5 des OECD-Musterabkommens. Der Austausch von Informationen, die sich bei einer Bank, einem sonstigen Finanzinstitut, einem Bevollmächtigten, Beauftragten oder Treuhänder befinden, setzt jedoch gemäss den Bestimmungen der revidierten Doppelbesteuerungsabkommen keinen Steuerbetrug mehr voraus. Damit die Umsetzung der abkommensrechtlichen Verpflichtungen durch die Vertragsstaaten gewährleistet werden kann, wurden in den Abkommen selber die notwendigen rechtlichen Grundlagen für die erforderlichen Verfahrensbefugnisse zur Erlangung der ersuchten Informationen geschaffen.

Das auf solche Informationsersuchen anwendbare Verfahren ist zurzeit in einer bundesrätlichen Verordnung geregelt, die durch ein Bundesgesetz abgelöst werden soll. L'Ordonnance relative à l'assistance administrative d'après les conventions contre les doubles impositions (OACDI)³³ est entrée en vigueur le 1.10.2010. Elle vise à régler, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une loi, la procédure applicable en Suisse aux demandes d'assistance administrative fondées sur des conventions contre les doubles impositions qui entrent en vigueur après cette ordonnance. Cette limitation du champ d'application vise à appréhender uniquement les conventions qui répondent aux dispositions standards de l'OCDE. Les demandes fondées sur des CDI antérieures sont régies par les ordonnances ad hoc.

Plusieurs interventions parlementaires³⁴ ont exigé que la procédure applicable en matière d'assistance administrative fondées sur des conventions contre les doubles impositions soit réglée dans la loi. Une réglementation de ces dispositions dans une loi s'avère nécessaire pour plusieurs raisons: les dispositions prévoient notamment des mesures de contrainte ainsi que la mise en oeuvre d'une procédure "sui generis" alliant des éléments du droit pénal administratif, de la procédure administrative et de l'entraide judiciaire en matière pénale. Le projet de loi s'inspire largement de l'ordonnance.

³² FINMA Jahresbericht 2009, S. 75. Siehe dazu auch RETO SANWALD/SABINE D'AMELIO FAVEZ, Internationale Zusammenarbeit zwischen Revisionsaufsichtsbehörden, Der Schweizer Treuhänder 2008 S. 872 ff., S. 876.

³³ SR 672.204.

³⁴ Siehe dazu unten Ziff. 1.7.

Il s'en distingue toutefois en plusieurs points, notamment:

- champ d'application de la loi: la loi est applicable à toutes les demandes d'assistance administrative déposées après l'entrée en vigueur de la loi. La loi est par ailleurs applicable tant aux demandes d'assistance administrative fondées sur les conventions de double imposition (CDI) qu'à celles qui se basent sur d'autres accords réglant l'assistance administrative en matière fiscale;
- exigences posées à la demande: la loi renonce à énumérer les éléments qui doivent figurer dans la demande, ces derniers étant réglés dans l'accord lui-même;
- droits et obligations des détenteurs d'informations: la loi distingue selon le type de détenteurs d'informations et applique les dispositions qui seraient applicables s'il s'agissait de la perception d'impôt en Suisse. En droit interne par exemple, le contribuable n'a pas les mêmes obligations qu'un tiers;
- utilisation des informations bancaires en Suisse: à titre de variante, le projet de loi propose de permettre aux autorités suisses d'utiliser les informations qu'elles ont obtenues dans le cadre du traitement de la demande d'assistance administrative, même si elles n'auraient pas pu obtenir ces informations selon le droit suisse.

Die Vernehmlassung über das Fiskalamtshilfegesetz wurde Mitte Januar eröffnet.

Mit der Übernahme von Art. 26 des OECD-Musterabkommens als Standard in revidierten Doppelbesteuerungsabkommen soll künftig Amtshilfe in Fällen geleistet werden, für die nach geltendem Recht keine Rechtshilfe erhältlich ist. Diese Entwicklungen können demnach aber nicht ohne Auswirkungen auf die Rechtshilfe in Strafsachen bleiben: Art. 3 Abs. 3 IRSG³⁵ bestimmt nämlich, dass einem Ersuchen nicht entsprochen wird, "wenn Gegenstand des Verfahrens eine Tat ist, die auf eine Verkürzung fiskalischer Abgaben gerichtet erscheint". Zugelassen werden nur Ersuchen um Rechtshilfe nach dem dritten Teil des IRSG dieses Gesetzes (also die sogenannte akzessorische Rechtshilfe wie insbesondere Beweiserhebungen), wenn ein Abgabebetrug Gegenstand des Verfahrens ist (Art. 3 Abs. 3 lit. a IRSG) oder "Ersuchen nach allen Teilen dieses Gesetzes, wenn ein qualifizierter Abgabebetrug im Sinne von Artikel 14 Absatz 4 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht Gegenstand des Verfahrens ist" (Art. 3 Abs. 3 lit. b IRSG). Mit dieser Rechtsauffassung ist die Schweiz hinter den europäischen und internationalen Entwicklungen zurück geblieben. Der Ausschluss von Rechtshilfe und Auslieferung bei Fiskaldelikten wurde nämlich auf europäischer Ebene mit dem Zusatzprotokoll des Europarats vom 17. März 1978 zum Rechtshilfeübereinkommen³⁶ (SEV 99) und mit dem Zweiten Zusatzprotokoll vom 17. März 1978 zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen³⁷ (SEV 98) fallen gelassen. Auch ausserhalb Europas ist ein Fiskalvorbehalt in Rechtshilfeverträgen heute nicht mehr Standard. Hinzu kommt, dass die Schweiz gegenüber EU-Mitgliedstaaten im Rahmen der Bilateralen II Verpflichtungen zur rechtshilfeweisen Kooperation eingegangen ist, die dem Vorbehalt von Art. 3 Abs. 3 IRSG vorgehen³⁸.

³⁵ Bundesgesetz vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz (IRSG; SR 351.1).

³⁶ In der AS nicht veröffentlicht.

³⁷ SR 0.353.12.

³⁸ Die Verpflichtungen gegenüber EU-Staaten betreffen die indirekte Fiskalität (Mehrwertsteuer, Zoll etc.). Neu vereinbart wurde die Rechtshilfe bei Hinterziehungsdelikten. Das Betrugsbekämpfungsabkommen (Abkommen vom 26. Oktober 2004 über die Zusammenarbeit zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und

Um zu vermeiden, dass Lücken oder Widersprüche entstehen, wenn Amtshilfe in Steuerfragen geleistet wird für Sachverhalte, für welche nach geltendem Recht keine Strafrechtshilfe möglich ist, hat der Bundesrat am 29. Mai 2009 beschlossen, dass die Rechtshilfe im Bereich der Fiskalkooperation mittels Staatsverträgen mit jenen Staaten weiter zu entwickeln sei, mit denen ein revidiertes Doppelbesteuerungsabkommen besteht, sofern sie entsprechende Vertragsverhandlungen wünschen³⁹. Die Frage der Behandlung der Fiskaldelikte wird sich auch bei jeder künftigen Vertragsverhandlung über einen neuen Rechtshilfevertrag stellen. Zusätzlich wurde eine entsprechende Anpassung des IRSG für einen späteren Zeitpunkt vorgesehen.

1.6 Staatsvertragliche und gesetzliche Regelung der polizeilichen Amtshilfe (Polizeizusammenarbeit)

Für die polizeiliche Amtshilfe hat sich die Schweiz im Rahmen des Schengen-Nachvollzugs zur Befolgung des Verfügbarkeitsprinzips verpflichtet. Dieses sieht vor, dass unter den Schengen-Staaten alle verfügbaren Informationen – innert knapper Fristen – auszutauschen sind⁴⁰. Das Verfügbarkeitsprinzip in der polizeilichen Amtshilfe führt zu gewissen verfahrensrechtlichen Einschränkungen für die von solchen Massnahmen Betroffenen. Diese Vorgaben sind mit dem Schengen-Informationsaustausch-Gesetz⁴¹ umgesetzt worden, das am 1. Januar 2010 in Kraft getreten ist. Das geplante Polizeiaufgabengesetz wird darüber hinaus eine Vereinheitlichung der polizeilichen Informationshilfe anstreben⁴².

ihren Mitgliedstaaten andererseits zur Bekämpfung von Betrug und sonstigen rechtswidrigen Handlungen, die ihre finanziellen Interessen beeinträchtigen, SR 0.351.926.81) enthält neue Möglichkeiten, so die Überwachung von Bankkonten, einen Rechtsanspruch der ersuchenden ausländischen Beamten auf Anwesenheit beim Vollzug, Zusammenarbeit bei Geldwäscherei bei Schmuggel und eine generelle Amtshilfepflicht. Das Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ, siehe dazu Ziff. 4.2.2.2) statuiert schliesslich die Auslieferung von verfolgten Personen für Delikte der indirekten Fiskalität.

³⁹ Zurzeit werden diesbezügliche Vorgespräche mit den USA geführt.

⁴⁰ Siehe etwa Botschaft des Bundesrates vom 19. November 2008, BBl 2008 9061, S. 9079: "Dieses Gesetz soll sicherstellen, dass die Bedingungen, unter denen mit Strafverfolgungsbehörden anderer Schengen-Staaten Informationen ausgetauscht werden, nicht strenger sind als diejenigen, die im innerstaatlichen Informationsaustausch gelten. Dazu legt das Gesetz die Modalitäten wie die Fristen und einige Formvorschriften fest und erhebt den spontanen Austausch zur Pflicht." Siehe dazu auch STEPHAN BREITENMOSER/ROBERT WEYENETH, Rechtsschutz bei der Polizeizusammenarbeit, in: BREITENMOSER/GLESS/LAGODNY (Hrsg.), Schengen und Dublin in der Praxis - Weiterentwicklung der Rechtsgrundlagen, Zürich/St. Gallen 2010, S. 155 ff., S. 166 f.

⁴¹ Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über den Informationsaustausch zwischen den Strafverfolgungsbehörden des Bundes und denjenigen der anderen Schengen-Staaten (SlAG, SR 362.2).

⁴² Zum Ganzen vgl. auch ADRIAN LOBSIGER, Die Umsetzung der Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstandes im schweizerischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der polizeilichen Amtshilfe, in: BREITENMOSER/GLESS/LAGODNY (Hrsg.), Schengen und Dublin in der Praxis - Weiterentwicklung der Rechtsgrundlagen, Zürich/St. Gallen 2010, S. 187 ff.

1.7 Parlamentarische Vorstösse zum Thema

Im Zusammenhang mit dem UBS-Abkommen⁴³ und mit den Doppelbesteuerungsabkommen haben verschiedene parlamentarische Vorstösse die Frage nach einem Amtshilfegesetz aufgegriffen⁴⁴. Damit wird der Sorge Ausdruck verliehen, dass die Souveränität der schweizerischen Rechtsordnung durch ausländische Verwaltungsverfahren in Mitleidenschaft gezogen wird, wenn Behörden und Private von den ausländischen Behörden zu einem Verhalten gezwungen werden, das mit den Rechtspflichten des schweizerischen Rechts nicht vereinbar wäre. Dort, wo ausländische Verfahren mit der schweizerischen Rechtsordnung potentiell kollidieren können, müsste die Zusammenarbeit zwischen den Behörden und den betroffenen Privaten nach gesetzlichen oder staatsvertraglichen Regeln erfolgen.

Zuletzt hat die nationalrätliche WAK mit einer Motion vom 12. April 2010 verlangt, dass die "Kernpunkte der Verordnung über die Amtshilfe nach Doppelbesteuerungsabkommen (...) auf Gesetzesstufe zu regeln" seien und dass der Bundesrat einen "entsprechenden Gesetzesentwurf zu Händen der eidgenössischen Räte vorzulegen" habe⁴⁵. Begründet wurde die Motion mit der grossen Tragweite der Regelung und dem erhöhten Legitimationsbedürfnis, weshalb "das Parlament diesen Bereich auf Gesetzesstufe" regeln soll. Die anderen Vorstösse konzentrieren sich auf den Fiskalbereich und fordern, dass die Verordnungslösung – die der Bundesrat gestützt auf die vom Bundesgericht abgesegnete weite Ermächtigung im Bundesbeschluss 1951⁴⁶ jüngst erlassen hat – durch eine formell-gesetzliche Regelung abgelöst werden soll⁴⁷. Wiederum andere Vorstösse – namentlich die Motion Bischof⁴⁸ – verlangen verfahrensrechtliche Optimierungen der grenzüberschreitenden Amtshilfe. Im Fokus stehen dabei Behandlungs- und Rechtsmittelfristen und die Frage der gerichtlichen Anfechtbarkeit von Amtshilfeverfügungen. Obschon diese Vorstösse allgemein formuliert sind, konzentrieren sie sich auf den Finanzmarkt- und Fiskalbereich; sie orientieren sich auch daran, dass im Börsengesetz⁴⁹ entsprechende (bescheidene) Beschleunigungen eingeführt worden sind⁵⁰.

Andere parlamentarische Vorstösse thematisieren Souveränitätsverluste, die der schweizerischen Rechtsordnung durch ausländisches Recht oder durch ausländische Verfahren dro-

⁴³ Siehe Fussnote 26.

⁴⁴ So etwa die Motion Baumann vom 11. Dezember 2009 "Die Amtshilfe bei Doppelbesteuerungsabkommen. Regelung auf Gesetzesstufe" (09.4335), die Motion Bischof vom 20. März 2009 "Amtshilfe rechtsstaatlicher und effizienter machen" (09.3319) sowie die Motion FDP-Liberale Fraktion vom 4. März 2009 "Raschere Amts- und Rechtshilfe" (09.3056).

⁴⁵ Motion WAK-N vom 12. April 2010 "Amtshilfegesetz" (10.3341).

⁴⁶ Bundesbeschluss vom 22. Juni 1951 über die Durchführung von zwischenstaatlichen Abkommen des Bundes zur Vermeidung der Doppelbesteuerung, SR 672.2.

⁴⁷ Siehe dazu oben Ziff. 1.5.

⁴⁸ Siehe Fussnote 44. Die Motion wurde am 12. Juni 2009 vom Nationalrat und am 10. Juni 2010 vom Ständerat angenommen.

⁴⁹ Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG), SR 954.1.

⁵⁰ Siehe insbesondere Art. 38 Abs. 4 BEHG: "Das Amtshilfeverfahren wird zügig durchgeführt. Die FINMA berücksichtigt den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Die Übermittlung von Informationen über Personen, die offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind, ist unzulässig." Sowie Art. 38 Abs. 5 BEHG: "Der Entscheid der FINMA über die Übermittlung der Informationen an die ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde kann von der Kundin oder dem Kunden innert zehn Tagen beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Artikel 22a des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren findet keine Anwendung."

hen. Diese Vorstösse verlangen entweder Massnahmen "zur wirksamen und nachhaltigen Verhinderung, Abwehr und Neutralisierung ausländischer Rechtsübergrieffe in schweizerische Hoheitsgebiete"⁵¹ oder fordern mehr Zurückhaltung bei der Anpassung des Landesrechts an ausländisches und namentlich europäisches Recht⁵². Vereinzelt werden konkrete Massnahmen gefordert, um schweizerischen Unternehmen die Einhaltung ausländischer Rechtsvorschriften zu ermöglichen⁵³.

2 Territoriale Gebietshoheit und Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden

2.1 Dogmatische Grundlagen und rechtspolitische Fragestellung

Die Bundesverfassung verwendet den Begriff der Souveränität nur im Zusammenhang mit den Kantonen (Art. 3 BV) und verwendet stattdessen die Formulierung der "Wahrung der Unabhängigkeit" (Art. 2 Abs. 1, Art. 54 Abs. 2, Art. 173 Abs. 2 lit. a und Art. 185 Abs. 1 BV). Diese Unabhängigkeit kann durch extraterritoriale Geltungsansprüche fremder Rechtsordnungen beeinträchtigt werden. Dabei stehen heute nicht (mehr) Gefährdungen oder Verletzungen des Staatsgebiets im Vordergrund. Es geht vor allem um Gefährdungen oder Verletzungen der grundsätzlich exklusiven hoheitlichen Herrschaftsgewalt in unterschiedlichster Form⁵⁴. Im vorliegenden Zusammenhang verweist die Bundesverfassung mit dem Begriff der Unabhängigkeit auf die Konzeption des – völkerrechtlich – souveränen Staates, dem die exklusive Zuständigkeit zur Rechtsetzung und zur Rechtsdurchsetzung auf seinem Hoheitsgebiet zusteht⁵⁵.

Zur zwischenstaatlichen und innerstaatlichen Durchsetzung dieses Herrschaftsanspruchs stehen der Eidgenossenschaft verschiedene Instrumente zur Verfügung; im Vordergrund stehen völkerrechtliche Einwendungen (nachfolgend Ziff. 2.1.1), strafrechtliche Vorschriften (nachfolgend Ziff. 2.1.2) und weitere Massnahmen zum Schutz der Unabhängigkeit (nachfolgend Ziff. 2.1.3).

⁵¹ Motion Freysinger vom 30. April 2009 "Lex Helvetica" (09.3452).

⁵² Interpellation Reymond vom 1. Oktober 2010 "Gesetzesflut und Souveränitätsverlust" (10.3810).

⁵³ Motion Briner vom 2. Dezember 2010 "Die Schweiz und die US-FATCA-Gesetzgebung" (10.3915). In der Begründung wird präzisiert, dass man "Massnahmen zum Schutz der Schweizer Finanzintermediäre, des inländischen Finanzplatzes und nicht zuletzt der Souveränität der Schweiz" erwarte.

⁵⁴ Zu denken ist etwa an folgende Phänomene: Eindringen in und Veränderung von elektronischen Systemen und Datenbanken ("Cyber War"); nachrichtendienstliche Tätigkeiten; Übernahme oder Beeinflussung wirtschaftlicher Unternehmen von strategischer Bedeutung für die Schweiz; Druck auf legislatorische Entscheidungsprozesse; Ausübung von Druck auf Private mit dem Ziel, diese zur Umgehung oder Nichtbefolgung des schweizerischen Rechts zu veranlassen, Ausübung von Überwachungs- und Kontrolltätigkeiten ohne Bewilligung; Umgehung vereinbarter Regeln der Zusammenarbeit zwischen Behörden im Bereich der Rechts- und der Amtshilfe; direkte Zustellung amtlicher Aufforderungen ausländischer Verwaltungsbehörden oder Gerichte an Personen oder Unternehmen in der Schweiz; politische Mobilisierung eigener Staatsangehöriger, die in der Schweiz wohnhaft sind.

⁵⁵ MÜLLER/WILDHABER (Fussnote 1), S. 373.

2.1.1 Souveränität und Gebietshoheit im Völkerrecht

Staaten sind unabhängig und existieren im Völkerrecht gleichberechtigt nebeneinander. Damit es in diesem Nebeneinander nicht zu Konflikten kommt, hat jeder Staat auf seinem Gebiet die territoriale Souveränität inne, d.h. die ausschliessliche Hoheit, faktische Gewalt auszuüben, Gesetze zu erlassen und zu vollziehen⁵⁶. Jeder Staat ist entsprechend verpflichtet, die Souveränität anderer Staaten zu beachten. Oder anders formuliert: Die Hoheit des einen Staates kann nach dem Grundsatz der Souveränität nicht von einem anderen Staat eingeschränkt werden⁵⁷. Konkret bedeutet dies, dass Handlungen eines Staates (z.B. Massnahmen zur Durchsetzung seiner Gesetze⁵⁸) auf fremdem Staatsgebiet ohne Zustimmung des betroffenen Staates unzulässig sind. Dieser völkerrechtliche Grundsatz wird in der Schweiz u.a. in den Art. 271 und 299 StGB reflektiert (dazu unten Ziff. 2.1.2).

In der heutigen vernetzten Welt, in welcher Sachverhalte mit internationalem Bezug regelmässig vorkommen, da Staatsangehörige und hier ansässige (natürliche oder juristische) Personen oftmals in verschiedenen Staaten handeln, kommt es vermehrt zu Berührungen zwischen einzelnen nationalen Rechtsordnungen – dies auch deshalb, weil angesichts dieser Ausgangslage die einzelnen Staaten ein zunehmendes Regulierungsbedürfnis in Bezug auf Auslandsachverhalte verspüren. Solche Berührungen sind nicht zwangsläufig problematisch, können aber unter gewissen Umständen die territoriale Souveränität eines fremden Staates tangieren. Massnahmen, welche in die territoriale Souveränität eingreifen, sind typischerweise etwa die Steuerfahndung, die Beweiserhebung oder die Strafverfolgung auf fremdem Boden. In Ermangelung einer Zustimmung verletzen solche Massnahmen die Souveränität des betroffenen Staates⁵⁹. So ist beispielsweise klar, dass eine strafrechtlich gesuchte Person, die sich im Ausland aufhält, den Strafverfolgungsbehörden nur „mittels eines hoheitlichen Aktes des Staates, auf dessen Gebiet sie sich befindet, überstellt werden“⁶⁰ kann. Umgekehrt ist ein Staat in zahlreichen Fällen zwar von fremden staatlichen Massnahmen betroffen, ohne dass dadurch jedoch seine territoriale Souveränität verletzt wäre. So kann ein nationales Gesetz indirekt Auswirkungen auf einen fremden Staat haben, beispielsweise indem es Handlungen im Ausland unter Strafe stellt (siehe Art. 4-7 StGB), ohne dass darin bereits eine Beschneidung seiner territorialen Souveränität zu sehen wäre. Neben solchen klaren Fällen von Verletzung sowie von Nicht-Beeinträchtigung der territorialen Souveränität können zahlreiche staatliche Massnahmen ausgemacht werden, bei welchen es schwierig festzustellen ist, inwiefern die staatliche Souveränität betroffen ist – so insbesondere bei Handlungen von Privaten, die aber innerschweizerisch einer Behörde zukommen würden, wie dies typischerweise bei Beweiserhebungen der Fall ist. Können solche Hand-

⁵⁶ Vgl. z.B. BGE 129 I 207 S. 212, E. 4. 2.

⁵⁷ BGE 104 Ia 367 S. 369, E. 2 b) (mit Verweis auf DIEZ, Arrest- und Zwangsvollstreckungsmassnahmen gegen Vermögen ausländischer Staaten, in SJZ 52/1956, S. 353).

⁵⁸ IAN BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 7th ed., Oxford, 2008, S. 309.

⁵⁹ Lotus-Fall, Ständiger Internationaler Gerichtshof, PCIJ Serie A, Nr. 10 (1927), S. 19f.; BGE 128 IV 277 S. 286, E. 4.2.: „Der moderne Staat ist ein Territorialstaat, an dessen Grenzen gemäss dem völkerrechtlichen Grundsatz der Souveränität und Gleichberechtigung grundsätzlich auch seine strafrechtliche Hoheitsgewalt endet.“ (BGE 118 Ia 137 S. 140, E. 2, mit zahlreichen Literaturhinweisen).

⁶⁰ BGE 133 I 234 S. 239, E. 2.5.1 (mit Verweis auf Urteile 6P.64/2000 vom 5. Dezember 2000, E. 3a; P.1201/ 1981 vom 15. Juli 1982, publ. in: EuGRZ 1983 S. 435 ff., E. 3a, mit Hinweisen).

lungen einem fremden Staat direkt oder einem seiner Organe zugerechnet werden, verletzen sie die territoriale Souveränität des betroffenen Staates⁶¹.

Durch seine Zustimmung zur Vornahme von Handlungen fremder Staaten auf dem eigenen Staatsgebiet schränkt der betroffene Staat sein Recht auf ausschliessliche Ausübung staatlicher Handlungen auf seinem Territorium ein. Eine solche Zustimmung kann in unterschiedlicher Form ergehen: Sie wird oft in einem Staatsvertrag vereinbart, kann aber auch im Einzelfall erfolgen. Letztlich ist auch die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile auf dem eigenen Staatsgebiet als Zustimmung zur Einschränkung der territorialen Souveränität zu betrachten⁶². Die Unterwerfung unter völkerrechtliche Verträge oder die faktische Abhängigkeit von internationalen Beziehungen bedeuten jedoch keineswegs den Verlust der territorialen Souveränität, d.h. der rechtlichen Unabhängigkeit des Staates⁶³. Ein Staat schränkt damit lediglich die ausschliessliche Ausübung seiner Souveränität im betroffenen Bereich ein. Verträge, welche die ausschliessliche Ausübung der Souveränität einschränken, bestehen namentlich im Bereich der Amts- oder Rechtshilfe. Zu unterstreichen ist hierbei, dass der Staat sich selbstredend jederzeit wieder seiner vollen Souveränität bemächtigen kann, indem er die entsprechenden Verträge kündigt.

2.1.2 Strafrechtlicher Schutz der Gebietshoheit

Der StGB-Katalog der Verbrechen und Vergehen gegen den Staat und die Landesverteidigung umfasst die Art. 265-278 StGB. Schutzobjekt ist der Staat in seiner Existenz sowie seinen politischen, wirtschaftlichen und militärischen Grundlagen. Angriffsobjekte sind u.a. die Bundesverfassung, die Unabhängigkeit der Eidgenossenschaft, Staatsgeheimnisse, die schweizerische Gebietshoheit, die schweizerische Souveränität⁶⁴, politische und militärische Nachrichten, Wirtschaftsgeheimnisse und jede Form des schweizerischen Militärdienstes. Die – nachfolgend vorgestellten – Tatbestände nach Art. 267, 271 und 273 StGB sind nicht erfüllt, wenn die Schweiz beispielsweise gestützt auf das IRSG, auf das Europäische Übereinkommen vom 20. April 1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen⁶⁵ oder auf bi- oder multilaterale Staatsverträge zur Aufklärung gemeinrechtlicher Verbrechen oder Vergehen Rechtshilfe leistet, da die Offenbarung eines durch diese Normen geschützten Geheimnisses oder von Handlungen für einen fremden Staat in diesem Fall gesetzlich erlaubte Handlungen nach Art. 14 StGB darstellen.

⁶¹ BGE 133 I 234 S. 239, E. 2.5.1.

⁶² The Wimbledon, Ständiger Internationaler Gerichtshof, Serie A, Nr. I (1920), 25; Vgl. auch BGE 120 II 83 S. 86: „Mit der Anerkennung eines ausländischen Urteils duldet der ersuchte Staat die Geltung fremder Rechtsakte auf seinem Hoheitsgebiet und begibt sich insoweit eines Teils seiner Souveränität.“

⁶³ Austro-German Customs Union Case, Ständiger Internationaler Gerichtshof, Serie A/B, Nr. 41, 57f.

⁶⁴ Souveränität wird hier verstanden als Anspruch der Schweiz, dass staatliches Handeln auf ihrem Gebiet allein durch ihre Institutionen vorgenommen wird; vgl. dazu: THOMAS HOPF, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.) BSK Strafrecht 2, 2. A., Basel 2007, N 6 zu Art. 271 StGB.

⁶⁵ SR 0.351.1.

2.1.2.1 Art. 267 StGB (Diplomatischer Landesverrat)

Die Bestimmung über den diplomatischen Landesverrat schützt die schweizerischen Interessen ausländischen Staaten gegenüber in der Weise, dass Verletzungen der staatlichen Geheimsphäre wie auch gewisse Handlungen an staatswichtigen Urkunden und Beweismitteln und eine der Eidgenossenschaft nachteilige Führung von Unterhandlungen mit einer fremden Regierung für strafbar erklärt werden. Art. 267 StGB unterscheidet drei Tatbestandsvarianten: Geheimnisverrat (Ziff. 1 Abs. 1 sowie Ziff. 2), Urkunden- oder Beweismittelverrat (Ziff. 1 Abs. 2) und das Diplomaten delikt oder landesverräterische Untreue (Ziff. 1 Abs. 3). Letzterer Tatbestand schützt die Interessen des Landes in Unterhandlungen mit ausländischen Staaten und wird von der Lehre⁶⁶ als ein Relikt der Historie bezeichnet, das heute keinerlei praktischem Bedürfnis mehr entspreche. Die Tathandlung der landesverräterischen Untreue wird vom Gesetz nicht näher umschrieben. Gefordert wird lediglich, dass die Verhaltensweise des Bevollmächtigten der Eidgenossenschaft den tatbestandsmässigen Erfolg des Nachteils der Eidgenossenschaft bewirkt. Was unter "Nachteil der Eidgenossenschaft" zu verstehen ist, wird vom Gesetz ebenfalls nicht definiert und somit dem Ermessen des Richters im Einzelfall überlassen.

2.1.2.2 Art. 271 StGB (Verbotene Handlungen für einen fremden Staat)

Gemäss Art. 271 Ziff. 1 StGB 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. Es geht um die Wahrung der Unverletzlichkeit des Gebietes und der Gebietshoheit⁶⁷. Angriffsobjekt ist die schweizerische Souveränität – konkret gesagt der Anspruch der Schweiz, dass staatliches Handeln auf ihrem Gebiet allein durch ihre Institutionen vorgenommen werde, es sei denn, es liege eine Ermächtigungsnorm zu Gunsten einer ausländischen Behörde vor (z.B. ein völkerrechtlicher Vertrag oder die Bewilligung einer Ausnahme durch eine schweizerische Behörde)⁶⁸. Strafbar sind Schweizer und Ausländer, Privatpersonen und Beamte⁶⁹.

Über Bewilligungen nach Art. 271 Ziff. 1 StGB entscheiden gemäss Art. 31 RVOV die Departemente und die Bundeskanzlei in ihrem Bereich bzw. der Bundesrat in Fällen von "politischer oder anderer grundsätzlicher Bedeutung". In Bezug auf Bewilligungen vertrat der Bundesrat grundsätzlich eine zurückhaltende Praxis⁷⁰. Tätigkeiten, die grundsätzlich nach Art. 271 StGB erfassbar sind, können aufgrund einer gesetzlichen Bestimmung (beispielsweise des IRSG), eines bilateralen Staatsvertrages oder eines multilateralen Übereinkommens generell bewilligt sein (siehe zum ganzen unten Ziff. 6.2.1).

⁶⁶ GÜNTER STRATENWERTH/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 6. A., Bern 2008, § 43 N 40.

⁶⁷ STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, Praxiskommentar, Zürich 2008, N. 1 zu Artikel 271 StGB.

⁶⁸ HOPF (Fussnote 64), N 6 zu Artikel 271 StGB.

⁶⁹ HOPF (Fussnote 64), N 7 zu Artikel 271 StGB.

⁷⁰ Entscheid des Bundesrates vom 25. Juni 1997, in VPB 61.82.

2.1.2.3 Art. 273 StGB (Wirtschaftlicher Nachrichtendienst)

Geschütztes Rechtsgut dieser Bestimmung ist ebenfalls die Gebietshoheit, daneben aber auch die schweizerische Volkswirtschaft. Diese wird nämlich durch Spionage- und Verrats-handlungen gegen einen hiesigen Geschäftsbetrieb mittelbar beeinträchtigt⁷¹. Der Begriff des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses wird hier sehr weit ausgedehnt. Als Geschäftsgeheimnis gelten grundsätzlich alle Tatsachen des wirtschaftlichen Lebens, an deren Geheimhaltung ein schützenswertes Interesse besteht. Ein Geheimhaltungsinteresse wird insbesondere bei der Anlage ausländischen Kapitals auf einem schweizerischen Bankkonto angenommen. Dies gilt selbst dann, wenn diese Tatsachen im Widerspruch zu ausländischen Fiskalgesetzen stehen. Es handelt sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt⁷². Abs. 2 umschreibt den Verratstatbestand. Zugänglichmachen bedeutet hier, dem Destinatär die Möglichkeit zu verschaffen, in das Geheimnis Einblick zu nehmen. Die Straftat ist demnach bereits vollendet, wenn dem Adressaten Gelegenheit verschafft wird, das Geheimnis zur Kenntnis zu nehmen – und nicht erst, wenn er tatsächlich davon Kenntnis nimmt. Wirtschaftlicher Nachrichtendienst nach Abs. 2 ist demnach ein Erfolgsdelikt. Dabei genügt selbst eine Teillieferung, die für sich allein genommen die Aufdeckung des Geheimnisses nicht erlauben würde. Die Spionagehandlung nach Abs. 2 kann durch den Täter oder einen Dritten vorgenommen werden⁷³.

2.1.3 Verfassungsunmittelbare Kompetenzen des Bundesrats zum Schutz der Gebietshoheit

Art. 184 Abs. 3 BV verleiht dem Bundesrat die Befugnis, Verfügungen und (befristete) Verordnungen zu erlassen, "wenn die Wahrung der Interessen des Landes es erfordert". Die gleichen Mittel – Verfügungen und befristete Verordnungen – stehen dem Bundesrat gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV zur Verfügung, "um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen". Von diesen Möglichkeiten hat der Bundesrat in den letzten Jahren wiederholt Gebrauch gemacht⁷⁴, was ihm allerdings den Vorwurf eines zu leichtfertigen Umgangs mit diesen Kompetenzen eingetragen hatte. Die Staatspolitische Kommission des Nationalrates hat daher mit einer parlamentarischen Initiative die Ausarbeitung von Gesetzesbestimmungen veranlasst, mit welchen der Bundesrat verpflichtet wird:

1. der Bundesversammlung innert einer bestimmten Frist entweder den Entwurf für eine gesetzliche Grundlage für eine von ihm erlassene Notverordnung (gemäss Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV) oder gegebenenfalls einen Entwurf für eine Notverordnung der Bundesversammlung (gemäss Art. 173 Abs. 1 Bst. c BV) zu unterbreiten;
2. die zuständigen Delegationen oder Kommissionen der Bundesversammlung vor dem Erlass einer Notverordnung, die keine gesetzliche Grundlage hat und auf Art. 184 Abs. 3

⁷¹ BGE 101 IV 312, 313; 98 IV 209, 210 und 108 IV 41, 47.

⁷² STRATENWERTH/BOMMER, (Fussnote 66), § 44 N 25.

⁷³ HOPF (Fussnote 64), N 17 zu Art. 273 StGB.

⁷⁴ Vgl. dazu die Übersicht im Bericht vom 5. Februar 2010 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates, BBI 2010 1563, S. 1570 ff.

und Art. 185 Abs. 3 der Bundesverfassung gestützt ist, zu konsultieren oder, wenn dies nicht möglich ist, nach Erlass der Verfügung unverzüglich zu informieren⁷⁵.

Der Bundesrat hat ein gewisses Verständnis dafür signalisiert, "dass bestimmte Aspekte der Ausübung dieser Befugnisse und deren Folgen geregelt werden sollen" und hat sich daher dem Kommissionsvorschlag nicht widersetzt⁷⁶. Die Kommission hat Ergänzungen des RVOG⁷⁷ erarbeitet, die unterschiedliche Mechanismen für Verordnungen nach Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV vorsehen. Der Bundesrat hat diese Unterscheidung ausdrücklich gutgeheissen, weil ihm im Bereich der Aussenpolitik ein grösserer Ermessensspielraum zu-steht als es für die innere und äussere Sicherheit der Fall ist⁷⁸. Die beiden Regimes sollen sich daher hinsichtlich der maximalen Geltungsdauer und des Zeitpunkts, ab dem die Verordnungen automatisch ausser Kraft treten würden, voneinander unterscheiden. Für verfassungsunmittelbare Verfügungen des Bundesrates sieht die Vorlage verschiedene neue Konsultations- und Informationsverfahren vor. Die beiden Kammern haben sich u.a. darauf einigen können, dass Verfügungen, die sich auf Art. 185 Abs. 3 BV stützen, nach sechs Monaten automatisch ausser Kraft treten, wenn der Bundesrat bis dahin den Räten nicht einen Entwurf für eine gesetzliche Grundlage unterbreitet hat⁷⁹.

Es ist in Lehre und Praxis der Bundesbehörden unbestritten, dass sich der Bundesrat insbesondere auf Art. 184 Abs. 3 BV berufen darf, um Beeinträchtigungen der schweizerischen Rechtsordnung durch drohende Übergriffe von ausländischen Rechtsordnungen abzuwehren. Ein solches Vorgehen hat er im Fall der "Blocking Order" (siehe oben Ziff. 1.3) gewählt. Art. 184 Abs. 3 BV kann aufgrund seines weiten Anwendungsbereichs auch dazu dienen, eine Kooperationshandlung mit ausländischen Behörden im Einzelfall als zulässig zu erklären. 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.

2.2 Konfliktpotential für Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden

Aus dem Bisherigen ergibt sich, dass es ausländischen Behörden grundsätzlich untersagt ist, auf schweizerischem Hoheitsgebiet Amtshandlungen vorzunehmen; die Art oder die Form der Amtshandlung ist dabei ebenso unerheblich, wie die (ausländische) Rechtsgrundlage, auf die sich die ausländische Behörde beruft. Fraglich kann höchstens sein, wodurch

⁷⁵ Parlamentarische Initiative SPK-N vom 19. Februar 2009 "Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen" (09.402). Ein dritter, im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter interessierender Punkt der Initiative verlangt, dass dringende Ausgabenbeschlüsse "von grosser Tragweite" der Bundesversammlung innert einer kurzen Frist zur Genehmigung zu unterbreiten sind.

⁷⁶ Stellungnahme des Bundesrates vom 21. April 2010 zum Bericht vom 5. Februar 2010 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates, BBI 2010 2803, S. 2805.

⁷⁷ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010)

⁷⁸ Siehe Fussnote 76, S. 2806.

⁷⁹ Bundesgesetz vom 17. Dezember 2010 über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen, BBI 2010 8963 (Referendumsvorlage).

sich eine Amtshandlung auszeichnet. Die Frage, ob beispielsweise Gesprächseinladungen einer ausländischen Behörde, Fragebögen oder andere Formen von verfahrensrechtlich nicht eindeutig qualifizierbaren Abklärungen Amtshandlungen darstellen, sorgt in der Praxis regelmässig für Verunsicherung⁸⁰.

Während Strafverfahren grundsätzlich in prozessrechtlich eher eng und klar abgesteckten Grenzen ablaufen, stellen sich diese Fragen im Verwaltungs- und im Zivilrecht vergleichsweise häufig. Die Wegleitung des Bundesamtes für Justiz zur internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen äussert sich dazu wie folgt: "Begeben sich ein ausländischer Richter oder eine von ihm beauftragte Person oder – in den "Common Law" Rechtssystemen – die Vertreter der Parteien in die Schweiz, um dort eine Verfahrenshandlung vorzunehmen, stellt dies immer eine Amtshandlung dar, die nur in Übereinstimmung mit den Rechtshilfeeregeln vorgenommen werden darf, da andernfalls die Hoheitsrechte der Schweiz verletzt werden. In diesen Fällen spielt es keine Rolle, ob die Personen, die von diesen Verfahrenshandlungen betroffen sind, zur Zusammenarbeit bereit sind. Falls (...) ein ausländischer Richter oder eine von ihm beauftragte Person (...) von einer der Parteien verlangen, dass sie ihnen Beweise herausgibt (...), schriftlich einen Fragebogen beantwortet oder sich auf ein Verfahren vor Gericht einlässt, ist es nicht in allen Fällen notwendig, die schweizerischen Behörden um Rechtshilfe zu ersuchen. So ist kein Rechtshilfeersuchen notwendig, wenn die Verweigerung der Zusammenarbeit rein zivilverfahrensrechtliche Folgen nach sich zieht (z.B. Zulassung der behaupteten Tatsache der anderen Partei mangels Gegenbeweis oder Verlust des Rechts, den Beweis für die behauptete Tatsache zu einem späteren Zeitpunkt zu erbringen). Die betreffende Partei kann in diesem Fall frei über die Zusammenarbeit entscheiden. (...) Falls die Verweigerung der Zusammenarbeit – stets unter der Annahme, dass die betroffene Person Prozesspartei ist – zu anderen als verfahrensrechtlichen Sanktionen führt (z.B. der strafrechtliche "contempt of court"), muss der Rechtshilfegeweg beschritten und somit ein Rechtshilfeersuchen verlangt werden. Denn auf schweizerischem Staatsgebiet dürfen nur die schweizerischen Behörden Zwangsmassnahmen durchführen. Handelt es sich bei der Person, die von der Aufforderung betroffen ist, nicht um eine Prozesspartei, sondern um eine Drittperson (Zeuge, Experte), gilt diese nicht als der Justizhoheit des mit der Sache befassten Richters unterstellt. In diesem Fall muss die Beweiserhebung auf dem Rechtshilfegeweg erfolgen. Einzig die Aufforderung, sich vor Ort zu begeben, muss nicht über ein Rechtshilfeersuchen erfolgen, sofern sie offensichtlich mit keiner Androhung von Zwangsmassnahmen verbunden ist oder eine Ablehnung nicht automatisch derartige Massnahmen auslöst."⁸¹

So berechtigt es also ist, dass sich die Schweiz gegen ausländische Amtshandlungen auf ihrem Gebiet zur Wehr setzen darf, so klar ist auch, dass die Schweiz die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden staatsvertraglich oder gesetzlich regeln darf und damit auf ihre souveränitätsrechtlichen Abwehransprüche verzichten kann. Allerdings ist das Konfliktpotential auch bei staatsvertraglichen oder gesetzlichen Regeln keineswegs neutralisiert. Die be-

⁸⁰ Siehe bereits Botschaft des Bundesrates vom 27. Mai 1998 über die Revision des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen, BBl 1998 3847, S. 3890: "Da diese Gespräche [scil. mit ausländischen Aufsichtsbehörden in der Schweiz] für die Banken aber freiwillig sind und der ausländischen Behörde kein Recht auf Einsicht in Dokumente und Bücher geben, stellen solche Treffen keine hoheitlichen Handlungen dar und unterliegen keiner Bewilligungspflicht." Bewilligungsbedürftige Vor-Ort-Kontrollen stellen aber dann hoheitliche Handlungen dar und sind daher bewilligungspflichtig, wenn nicht auf Freiwilligkeit beruhen oder von der Zustimmung und Kooperation der betroffenen Niederlassung abhängen, welche "zur Herausgabe von Informationen und Dokumenten sowie zur Offenlegung von Büchern verpflichtet werden" kann.

⁸¹ Bundesamt für Justiz, Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen – Wegleitung, 3. A. 2003 (Stand 2005), S. 22 f.

stehenden Risiken für die schweizerische Gebietshoheit lassen sich in zwei Gruppen einteilen:

- Ein besonderes Konfliktpotenzial ergibt sich erstens überall dort, wo nicht nur zwei Rechtsordnungen, sondern verschiedene Rechtssysteme aufeinander treffen. Dies trifft – wie bereits dargelegt – im Verhältnis zu "common law"-Staaten und insbesondere zu den USA zu. Dass etwa die Beweiserhebung in "common law"-Zivilverfahren Sache der Parteien im Rahmen der "pretrial discovery" ist oder dass amerikanische Verwaltungsbehörden sogenannte "subpoenas" kennen, mit denen für die Herausgabe von Beweismitteln einschneidende Sanktionen (z.B. drastische Geldbussen) angedroht werden können, stellt ein dramatisches Kollisionsrisiko mit der schweizerischen Rechtsordnung dar.
- Probleme im Spannungsfeld zwischen Kooperation und Gebietshoheits- bzw. Souveränitätsschutz ergeben sich zweitens dann, wenn Inhalt und Tragweite der bestehenden staatsvertraglichen oder landesrechtlichen Regelungen in hohem Masse auslegungsbedürftig sind oder wenn sich die betroffenen Staaten über den Bestand von Rechtsgrundlagen für die Zusammenarbeit uneinig sind. Unsicherheiten über mögliche Rechtsmittelwege im In- und Ausland erhöhen das Konfliktpotential.

Hat man die möglichen Kollisionsrisiken mit ausländischen Rechtsordnungen identifiziert und sucht man nach Möglichkeiten zur Konfliktvermeidung und -minimierung, dann muss die schweizerische Rechtsordnung folgende vier Grundfragen beantworten:

1. Will die Schweiz überhaupt mit den ausländischen Behörden kooperieren? Gibt es Sachgebiete, in denen eine Zusammenarbeit kategorisch ausgeschlossen sein soll?
2. Welche Formen soll die Zusammenarbeit annehmen (allgemeiner Erfahrungsaustausch, spezifischer Informationsaustausch und wechselseitige Datenbekanntgabe, gemeinsame Erhebungen und Untersuchungen, Vor-Ort-Kontrollen etc.)?
3. Unter welchen Voraussetzungen ist die Schweiz zur Zusammenarbeit im konkreten Einzelfall gewillt? Aus welchen Gründen soll man die Zusammenarbeit, um die ein ausländischer Staat ersucht, verweigern oder ablehnen können?
4. Inwiefern berührt die Zusammenarbeit grundrechtlich geschützte Rechtspositionen Privater und wie können die Risiken für diese Rechtspositionen minimiert oder ausgeräumt werden?

Antworten auf diese Fragen können in den einzelnen Sachgebieten des schweizerischen Rechts unterschiedlich ausfallen: Während die Kooperationsbereitschaft auf dem Gebiet der Seuchenbekämpfung – aus offensichtlichen Gründen – gross ist, zeichnen sich etwa der Bereich der inneren Sicherheit, der Armee oder einzelne Wirtschaftssektoren durch eine deutliche gehemmte Kooperationsbereitschaft aus. Jedes Sachgebiet weist inhaltliche, verfahrensrechtliche und rechtspolitische Eigenheiten auf. Je nach Sachgebiet und je nach Kooperationsvorgang braucht es unterschiedliche und unterschiedlich detaillierte Antworten. Was beispielsweise im Embargorecht wenig problematisch ist, kann im Sozialversicherungsrecht besonders heikel sein. Um indessen dem ebenso gewichtigen Bedürfnis nach optimaler Kohärenz der Rechtsordnung Rechnung zu tragen, können sich formelle Vereinheitlichungen, Querschnittsregelungen oder für das gesamte Bundesrecht gültige subsidiäre Aufangregelungen als nötig erweisen.

Die Antworten auf die vier Grundfragen müssen schliesslich den Ansprüchen des Legalitätsprinzips genügen. Ob für sie formell-gesetzliche Festlegungen nötig sind oder ob Verordnungsregelungen genügen können, lässt sich nicht abstrakt beantworten; je grösser das Risiko ist, dass eine Kooperationsmassnahme grundrechtlich geschützte Positionen beeinträchtigt⁸² oder dass sie empfindliche Souveränitätseinbussen bewirken kann, desto gewichtiger ist das Erfordernis einer formell-gesetzlichen Regelung und desto höher sind die Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm.

3 Potentiell problematische Zusammenarbeitsformen

Für die Problemlösung erweist es sich als sinnvoll, wenn einerseits zwischen zulässigen und unzulässigen Formen der Zusammenarbeit unterschieden wird und andererseits die direkte Zusammenarbeit unter den Behörden von indirekten Zusammenarbeitsformen (Ermächtigung von Privaten zur Kooperation) getrennt beurteilt wird. Dieser Struktur wird der nachfolgende Abschnitt folgen.

3.1 Direkte Amtshandlungen ausländischer Behörden in der Schweiz

3.1.1 Zulässige Formen

Amtshandlungen von ausländischen Behörden wie grenzüberschreitende Prüfungshandlungen ("Vor-Ort-Kontrollen", "joint inspections") oder bestimmte Formen der polizeilichen Kooperation stellen eine etablierte Form der internationalen Zusammenarbeit dar. Zulässig sind diese aber nur aufgrund von gesetzlichen oder staatsvertraglichen Ermächtigungen⁸³ oder bei Vorliegen einer Bewilligung nach Art. 271 StGB⁸⁴. Im Bundesrecht finden sich vor allem im Finanzmarktrecht, aber auch im Aussenwirtschaftsrecht⁸⁵ ausdrückliche Regelungen für solche Kooperationsformen (dazu sogleich). Eine erstmalige positivrechtliche Regelung erfolgte mit der Teilrevision des Bankengesetzes von 1999⁸⁶.

⁸² Die Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen hängen insbesondere davon ab, ob die amtshilfweise Weitergabe von Informationen mit Abweichungen von formell-gesetzlichen Geheimhaltungspflichten (Amtsgeheimnis, Berufs-, Fabrikations- oder andere Geheimnisschutznormen) oder von den datenschutzrechtlichen Anforderungen verbunden ist. Für jene Formen der Amtshilfe, die im Rahmen der Bedarfsverwaltung geleistet wird und zu welcher wohl auch der einfache Informations- und Erfahrungsaustausch zwischen Behörden gezählt werden darf, können materiell-gesetzliche Grundlagen genügen. Allerdings kann im Einzelfall streitig sein, ob der fragliche Austausch nicht mindestens indirekt auch rechtlich geschützte Positionen von Privaten beschlägt.

⁸³ Siehe dazu HOPF (Fussnote 64), N 18 zu Art. 271.

⁸⁴ Zum Ganzen ausführlich Botschaft des Bundesrates vom 27. Mai 1998 über die Revision des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen, BBI 1998 3847, S. 3890 ff.

⁸⁵ Siehe Art. 38 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über das schweizerische Akkreditierungssystem und die Bezeichnung von Prüf-, Konformitäts-, Anmelde- und Zulassungsstellen (AkkBV; SR 946.512).

⁸⁶ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (BankG), Änderung vom 22. April 1999, AS 1999 2405. Der damals eingefügte Art. 23^{septies} BankG wurde mit dem FINMAG aufgehoben; der Inhalt der früheren Regelung findet sich lediglich redaktionell optimiert in Art. 43 FINMAG wieder (siehe dazu die Botschaft vom 1. Februar 2006 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG), BBI 2006 2829, S. 2887).

Für den Bankenbereich haben sich solche Kooperationen mittlerweile etabliert, wie etwa dem Jahresbericht der EBK 2007 entnommen werden kann: "Zwei ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden führten bereits zum zweiten Mal im Rahmen ihrer Zuständigkeit für die konsolidierte Aufsicht Vor-Ort-Kontrollen bei Banken in der Schweiz, die zu ausländischen Konzernen gehören, durch. Es handelte sich dabei um die Banka Slovenije und die kuwaitische Zentralbank. In einem Fall bezog sich die Prüfung auf eine Gesellschaft, die nicht der Aufsicht in der Schweiz unterliegt, für welche die Bankenkommision jedoch auf der Grundlage von Art. 23^{septies} Abs. 6 lit. b BankG eine Prüfung genehmigt hatte."⁸⁷

Auch im Rahmen der Bilateralen II sind für die Finanzkontrolle Verfahren für Vor-Ort-Kontrollen mit ausländischen Behörden entwickelt und staatsvertraglich fixiert worden⁸⁸; solche Vereinbarungen gelten als generell erteilte Bewilligung nach Art. 271 StGB⁸⁹.

Das Bundesrecht erlaubt Vor-Ort-Kontrollen ausländischer Behörden unter verschiedenen Voraussetzungen: So sieht das Revisionsaufsichtsgesetz (RAG)⁹⁰ vor, dass ausländische Revisionsaufsichtsbehörden in der Schweiz Prüfungshandlungen selber vornehmen dürfen, wenn dafür eine staatsvertragliche Ermächtigung oder die vorgängige Zustimmung der RAB vorliegt (Art. 27 Abs. 3 RAG). Die zu untersuchenden Unternehmen oder Personen können verlangen, dass die RAB die ausländische Behörde bei den Vor-Ort-Untersuchungen beglei-

⁸⁷ EBK Jahresbericht 2007, S. 97. Der Jahresbericht 2006 erwähnt vier Vor-Ort-Kontrollen. Es fällt auf, dass weder der letzte Jahresbericht der EBK (2008) noch der erste Jahresbericht der FINMA das Thema der Vor-Ort-Kontrollen erwähnt oder über solche Kontrollen rapportiert.

⁸⁸ Beispielhaft und illustrativ ist dafür die Regelung in Anhang IV, Art. 3 des Umweltabkommens Schweiz-EU (Fussnote 17), die sich in gleicher oder ähnlicher Form in anderen bilateralen Abkommen der Schweiz mit der EU findet: "1. Im Rahmen dieses Abkommens ist die Kommission (OLAF) berechtigt, auf schweizerischem Hoheitsgebiet Kontrollen an Ort und Stelle nach Massgabe der Verordnung (Euratom, EG) Nr. 2185/96 des Rates vom 11. November 1996 durchzuführen. 2. Die Kommission bereitet die an Ort und Stelle durchgeführten Kontrollen in enger Zusammenarbeit mit der schweizerischen Bundesfinanzkontrolle oder mit den anderen zuständigen, von der schweizerischen Bundesfinanzkontrolle bestimmten Behörden vor, die zu gegebener Zeit über den Gegenstand, den Zweck und die Rechtsgrundlage der Kontrollen unterrichtet werden, so dass sie die notwendige Unterstützung gewähren können. Zu diesem Zweck können die Bediensteten der zuständigen schweizerischen Behörden an den Kontrollen an Ort und Stelle teilnehmen. 3. Auf Wunsch der betreffenden schweizerischen Behörden werden die Kontrollen an Ort und Stelle gemeinsam von der Kommission und ihnen durchgeführt. 4. Sollten sich die Teilnehmer des Programms einer Kontrolle an Ort und Stelle widersetzen, leisten die schweizerischen Behörden den Kommissionskontrolleuren gemäss den innerstaatlichen Bestimmungen die notwendige Hilfe, damit diese ihre Kontrollaufgaben an Ort und Stelle durchführen können. 5. Die Kommission teilt der schweizerischen Bundesfinanzkontrolle so schnell wie möglich alle Fakten und jeden Verdacht im Zusammenhang mit einer Unregelmässigkeit mit, von der sie bei der Kontrolle an Ort und Stelle Kenntnis erhalten hat. Die Kommission hat die genannte Behörde in jedem Fall über das Ergebnis dieser Kontrollen zu unterrichten."

⁸⁹ "Die staatsvertraglich vereinbarten Bestimmungen von Anhang IV ersetzen das Bewilligungsverfahren, wie es in Artikel 271 Absatz 1 des Strafgesetzbuches (StGB) für die betreffenden Amtshandlungen auf schweizerischem Gebiet vorgesehen ist; die gemäss StGB erforderliche Bewilligung für die Kontrollen durch die Gemeinschaftsorgane gilt somit als generell erteilt", (Botschaft vom 1. Oktober 2004 zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen («Bilaterale II»), BBl 2004 5965, S. 6049. Siehe für die Schengen-Weiterentwicklung BBl 2010 1665, S. 1685.

⁹⁰ Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG; SR 221.302).

tet (Art. 27 Abs. 4 zweiter Satz RAG). Solche Kontrollhandlungen sollen nur zulässig sein, wenn der andere Staat Gegenrecht hält und wenn die Voraussetzungen für die Datenbekanntgabe ans Ausland gemäss Art. 26 Abs. 2 und 3 RAG erfüllt sind. Das Gesetz definiert nicht, welche Prüfungshandlungen die ausländischen Behörden vornehmen dürfen; insbesondere ist nicht ohne Weiteres klar, ob nur jene Handlungen zulässig sein dürfen, die auch der RAB gestattet wären, oder ob sich die ausländische Behörde nach ihrem eigenen (ausländischen) Recht richten darf, das gegebenenfalls über die Regelung des RAG – insbesondere über Art. 13 RAG – hinausgehen könnte. Weil der RAB auch im von Art. 27 Abs. 2 RAG geregelten Fall, dass sie auf Ersuchen einer ausländischen Behörde in der Schweiz Prüfungen vornimmt, zweifelsohne nur die ihr vom schweizerischen Gesetz eingeräumten Untersuchungs- und Kontrollbefugnisse zustehen, wird man folgern müssen, dass auch ausländische Behörden im Rahmen von Vor-Ort-Kontrollen nur jene Prüfungshandlungen vornehmen dürfen, die das schweizerische Recht vorsieht, ausser ein Staatsvertrag würde ihr weitergehende Befugnisse erlauben. Die Regelung des RAG unterscheidet sich in Nuancen von der Lösung, die der Gesetzgeber im Bereich der Finanzmarktaufsicht gewählt hat. Auffällig ist, dass es gemäss Art. 43 Abs. 2 FINMAG⁹¹ Aufgabe der FINMA ist zu entscheiden, ob sie ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden "direkte Prüfungen bei schweizerischen Niederlassungen von ausländischen Instituten" erlauben will; dass grenzüberschreitende Prüfungen auch staatsvertraglich vereinbart werden könnten, ist im FINMAG nicht ausdrücklich vorgesehen. Ebenfalls im Unterschied zum RAG verpflichtet Art. 43 Abs. 5 FINMAG die Betroffenen dazu, auch der ausländischen Behörde die "notwendigen Auskünfte zu erteilen und Einsicht in ihre Bücher zu gewähren". Ähnlich wiederum wie das RAG schreibt das FINMAG vor, welche Informationen bei solchen Prüfungen überhaupt erhoben und den ausländischen Behörden zugänglich gemacht werden dürfen. Für die der Finanzmarktaufsicht zugewiesenen Teilgebiete der Aufsicht über das Börsenwesen und die Kollektivanlagen ist spezialgesetzlich vorgesehen, dass kundennahe Informationen zuhanden der ausländischen Behörde von der FINMA alleine beschafft und übermittelt werden; die direkte Erhebung durch die ausländische Aufsichtsbehörde im Rahmen einer Vor-Ort-Kontrolle ist mithin nicht statthaft⁹². Obschon die gesetzliche Regelung ausdrücklich das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) als für die Erhebung und die Übermittlung der Informationen anwendbar erklärt, wird man davon ausgehen müssen, dass sich das Rechtsverhältnis zwischen der ersuchenden ausländischen Behörde und der FINMA nicht nach dem VwVG richtet⁹³.

Soweit ersichtlich gibt es (noch) keine Gerichtspraxis über die Zulässigkeit und die Durchführung von Vor-Ort-Kontrollen durch ausländische Behörden nach den hier diskutierten Bundesgesetzen.

⁹¹ Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1)

⁹² So ausdrücklich Art. 38a Abs. 1 BEHG (SR 954.1), Art. 143 des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (KAG; SR 951.31) und Art. 23^{septies} Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (BankenG, SR 952.0).

⁹³ In seiner Botschaft hat der Bundesrat deutlich gemacht, dass die ersuchende ausländische Behörde keine Parteistellung habe; siehe Botschaft des Bundesrates vom 27. Mai 1998 über die Revision des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen, BBl 1998 3847, S. 3895 und S. 3901. Zudem soll kein Rechtsanspruch darauf bestehen, dass eine Vor-Ort-Kontrolle erlaubt wird, und zwar selbst dann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind; a.a.O. S. 3895.

3.1.2 Unzulässige Formen

Unzulässig sind alle Amtshandlungen ausländischer Behörden, für die keine gesetzliche oder staatsvertragliche Erlaubnis vorliegt und für die keine Bewilligung nach Art. 271 StGB erteilt worden ist. In einzelnen Sachgebieten des Bundesrechts tritt dieser Grundsatz besonders deutlich zu Tage. So werden für den Nachrichtendienst die beschriebenen strafrechtlichen Verbote noch zusätzlich verstärkt.

Die Abwehr des verbotenen Nachrichtendienstes gehört nach Art. 2 Abs. 1 BWIS⁹⁴ in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 lit. b Ziffer 2 V-NDB⁹⁵ zu den Arbeitsfeldern des Inlandnachrichtendienstes. Das BWIS enthält keine Legaldefinition zum Begriff „verbotener Nachrichtendienst“. Der Botschaft zum BWIS ist in diesem Zusammenhang der Hinweis zu entnehmen, dass sich eine Begriffsbestimmung erübrige, zumal der verbotene Nachrichtendienst im Strafgesetzbuch umschrieben sei (Art. 272-274 und 301 StGB)⁹⁶. Massgebend für Inhalt und Tragweite der nachrichtendienstlichen Norm ist somit der strafrechtliche Tatbestand des verbotenen Nachrichtendienstes. Nach Art. 273 StGB gehört zu dessen Erscheinungsformen auch der wirtschaftliche Nachrichtendienst. Der Tatbestand des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes ist darauf ausgerichtet, der im Interesse ausländischer Staaten, Organisationen oder privaten Unternehmungen betriebenen Wirtschaftsspionage entgegenzuwirken. Das Bundesgericht führt dazu aus: „Art. 273 StGB bezweckt den Schutz der Gebietshoheit und die Abwehr der Spitzeltätigkeit zur Erhaltung der nationalen Wirtschaft.“⁹⁷

3.2 Zusammenwirken Privater mit ausländischen Behörden

Wie bereits mehrfach erläutert, stellt das schweizerische Strafrecht Amtshandlungen auf schweizerischem Territorium unter Strafe, wenn sie nicht durch schweizerische Behörden oder von Personen, die dazu anderweitig legitimiert sind, vorgenommen wurden. Da Art. 271 StGB kein Sonderdelikt ist, ist es also nicht erforderlich, dass ein ausländischer Beamter die Tat ausführt oder in irgendeiner Weise beteiligt ist⁹⁸. Strafbar machen können sich demnach auch Privatpersonen, wenn sie hierzulande Handlungen vornehmen, die nach schweizerischem Recht einer Behörde zukommen. Damit rückt die Frage in den Vordergrund, welche Handlungen unter dem Gesichtswinkel von Art. 271 StGB grundsätzlich unproblematisch sind, und welche nur dann statthaft sind, wenn eine entsprechende Bewilligung vorliegt.

3.2.1 Zulässige Formen

Private können in sehr unterschiedlicher Form mit ausländischen Zivil-, Straf- oder Verwaltungsverfahren konfrontiert sein. Für die Eröffnung einer Zweigstelle im Ausland wird ein schweizerisches Unternehmen einer ausländischen Behörde Unterlagen und Belege einreichen müssen und der Behörde gegebenenfalls Überprüfungsmöglichkeiten einräumen; die Anerkennung eines schweizerischen Diploms oder ähnlicher Titel und Berechtigungen im Ausland kann mit ähnlichen Folgen verbunden sein. Es scheint offensichtlich, dass nicht jede

⁹⁴ Bundesgesetz vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS; SR 120)

⁹⁵ Verordnung vom 4. Dezember 2009 über den Nachrichtendienst des Bundes (V-NDB; SR 121.1)

⁹⁶ BBl 1994 II 1169.

⁹⁷ BGE 108 IV 47.

⁹⁸ HOPF (Fussnote 64), Rz. 7.

Form der Mitwirkung an einem Verfahren vor einer ausländischen Behörde oder einem ausländischen Gericht mit Art. 271 StGB kollidiert.

Handlungen, die ihrer Natur nach nicht einer Behörde zukommen, fallen nicht unter den Tatbestand von Art. 271 StGB. Wer freiwillig im Ausland ein Gesuch stellt – beispielsweise auf Erteilung einer Berufsausübungsbewilligung, aber auch zur Vorbereitung einer Eheschließung im Ausland oder ähnliches mehr – nimmt keine Amtshandlung vor. Selbst das bloße Einreichen von Urkunden im Ausland – auch in Zivilverfahren – stellt eine Parteivorkehr dar, die keiner Mitwirkung durch eine schweizerische Behörde bedarf und daher unter dem Gesichtswinkel von Art. 271 StGB straflos ist⁹⁹. Gleiches gilt für informelle Kontakte, die der Klärung der Prozesschancen oder der Prozessvorbereitung dienen¹⁰⁰. Hier ergeben sich in der Praxis allerdings schwierig zu beantwortende Abgrenzungsfragen zu prozessualen Handlungen, welche einer Behörde zukommen (siehe dazu sogleich).

3.2.2 Unzulässige Formen

Unter den Tatbestand von Art. 271 StGB fallen Handlungen von Privaten, die nach schweizerischer Auffassung einer Untersuchungs- oder Rechtshilfebehörde oder einem Gericht vorbehalten sind¹⁰¹. Entscheidend ist demnach, dass es sich um Handlungen handelt, "die ihrem Wesen und Zweck nach und unter Zugrundelegung der schweizerischen Rechtsordnung amtlichen Charakter tragen"¹⁰².

Wo die Trennlinie verläuft zwischen strafrechtlich unbedenklichem informellem Handeln gegenüber einer ausländischen Behörde und strafrechtlich sanktionierter amtsähnlicher Handlung, lässt sich kaum abstrakt beurteilen¹⁰³. Ähnliches gilt für Beweiserhebungen durch Private, wie sie in "common law"-Rechtsordnungen etabliert sind: Während informelle Kontakte zur Klärung von Prozesschancen oder zur Prozessvorbereitung strafrechtlich unbedenklich sind, erfüllen Vorgänge, die der Erstellung oder Beschaffung von Unterlagen dienen mit dem Zweck, sie in einem ausländischen Prozess zu verwenden, die tatbestandlichen Voraussetzungen von Art. 271 StGB¹⁰⁴. Die Bundesbehörden sind in der Praxis oft mit Fällen konfrontiert, die sich nicht auf Anhieb eindeutig qualifizieren lassen. Dazu gehört etwa die Beantwortung von Fragebögen oder die Vornahme von Kontrollen für Warenlieferungen ins Ausland. Wo den Behörden die Erteilung einer Bewilligung sachgerecht und souveränitätspolitisch unbedenklich erscheint, werden entsprechende Bewilligungen erteilt.

So hatte beispielsweise das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) mit Verfügung vom 31. März 2009 der Panalpina Welttransport Holding AG erlaubt, für verschiedene ausländische Kartellbehörden im Rahmen mit kartellrechtlichen Ermittlungsverfahren im Ausland bestimmte Beweiserhebungen (Befragungen von Mitarbeitenden, Spiegelung elektronischer Daten, Akteneditionen) vorzunehmen. Das Unternehmen hat

⁹⁹ HOPF (Fussnote 64), Rz. 15.

¹⁰⁰ HOPF (Fussnote 64), Rz. 15.

¹⁰¹ HOPF (Fussnote 64), Rz. 15.

¹⁰² STRATENWERTH/WOHLERS (Fussnote 66), Art. 271, Rz. 2.

¹⁰³ In der Lehre wird die Frage der Unterscheidung teilweise kontrovers diskutiert, siehe beispielsweise DOROTHEE SCHRAMM, Entwicklungen bei der Strafbarkeit von privaten Zeugenbefragungen in der Schweiz durch Anwälte für ausländische Verfahren, AJP 2006 S. 491 ff., S. 494 m.w.H.

¹⁰⁴ Siehe HOPF (Fussnote 64), Rz. 15.

sich u.a. auf die verfassungsrechtlich und von der EMRK¹⁰⁵ garantierten Verteidigungsrechte berufen, um einen Anspruch auf Erteilung der Bewilligung ableiten zu können.

3.2.3 Problembeurteilung und rechtsetzerischer Handlungsbedarf

Die Arbeitsgruppe, die das BJ im Zusammenhang mit dem Postulat der GPK zu den Ereignissen um die UBS einberufen hatte, konnte ein zuverlässiges Bild über die weit gefächerten Probleme bei der Anwendung von Art. 271 StGB vermitteln: Einerseits gibt es Bundesstellen, die noch nie mit der Thematik von Art. 271 StGB konfrontiert wurden oder nicht über die erforderlichen Kompetenzen zum Erlass von Bewilligungen verfügen. Andererseits gibt es Bundesstellen, die auf Grundlage von Delegationsnormen selbstständig Bewilligungen ausstellen dürfen. Dann gibt es solche, die prophylaktisch auf Anfrage hin Bewilligungen ausstellen, auch wenn nicht mit Sicherheit feststeht, dass Art. 271 StGB tangiert sein könnte. Schliesslich gibt es auch Bundesämter und Departemente, die über die Anwendung von staatsvertraglichen Bestimmungen wachen, mit denen explizit die Vornahme von Amtshandlungen auf schweizerischem Territorium durch ausländische Staaten geduldet wird, ohne dass noch eine Einzelbewilligung nötig wäre.

Die Bundesanwaltschaft, der die erteilten Bewilligungen gemäss Art. 31 Abs. 3 RVOV zu melden sind, hat festgestellt, dass sie seit 2002 325 erteilte Bewilligungen in Kopie zugestellt erhalten hat, wobei davon 238 aus dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) stammen.

Für die Bundesstellen, die sich an den Arbeiten des BJ beteiligt haben, stehen folgende Probleme im Vordergrund, für die geeignete gesetzgeberische oder andere Lösungen zu finden wären: Wie sind die Bewilligungen rechtlich zu qualifizieren oder wie gestaltet sich der Rechtsmittelweg gegen erteilte oder – wofür allerdings keine Beispiele genannt werden konnten – gegen verweigerte Bewilligungen? Nach welchen Kriterien lässt sich möglichst schlüssig beurteilen, ob der Tatbestand von Art. 271 StGB erfüllt ist oder nicht? Welche Interessen und Anliegen sind bei der Frage zu berücksichtigen, ob die Bewilligung erteilt werden soll? Wann liegt ein Fall vor, der dem Bundesrat zur Entscheidung vorgelegt werden muss?

3.3 Problematische Zusammenarbeitsformen in der Rechtshilfe für Strafsachen

Unter dem Gesichtspunkt der Souveränität erweisen sich auf dem Gebiet der Strafrechtshilfe die folgenden Modalitäten und Instrumente der Zusammenarbeit als besonders heikel:

- Die Anwesenheit von am ausländischen Verfahren beteiligten Personen kann gestattet werden, wenn der ersuchende Staat es gestützt auf seine Rechtsordnung verlangt oder wenn die Anwesenheit die Ausführung des Ersuchens oder die Strafverfolgung im ersuchenden Staat erheblich erleichtern könnte¹⁰⁶.
- Die selbständige Vornahme einer Amtshandlung durch ausländische Behörden in der Schweiz braucht eine Bewilligung nach Art. 31 RVOV und ist nur zulässig, wenn die

¹⁰⁵ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).

¹⁰⁶ Art. 65a IRSG; weitere Grundlagen sind Art. 4 des Europäischen Übereinkommens vom 20. April 1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.1) (EUeR) und Art. IX des bilateralen Staatsvertrags mit Italien (SR 0.351.945.41) (ZV-I/EUeR) und Art. 16 des Betrugsbekämpfungsabkommens mit der EU (BBA; SR 0.351.926.81).

Rechtshilfeleistung durch Zwischenschaltung eines schweizerischen Beamten unmöglich oder sinnlos ist.

Weil sie unter souveränitätsrechtlichen und -politischen Gesichtspunkten problematisch sein können, sind für folgende Formen und Verfahren gesetzliche oder staatsvertragliche Regelungen geschaffen worden: Anwendung ausländischen Rechts bei der Ausführung der Ersuchen¹⁰⁷; Einvernahme per Videokonferenz¹⁰⁸ oder per Telefonkonferenz¹⁰⁹; Telefonkontrolle und andere technische Überwachungsmassnahmen¹¹⁰; die grenzüberschreitende Observation¹¹¹, verdeckte Ermittlungen¹¹² und gemeinsame Ermittlungsgruppen¹¹³.

4 Handlungsbedarf im Bereich Rechtshilfe

Die Rechtshilfe in Strafsachen wird in der Schweiz durch Bundesgesetze und durch ein Netz von bi- und multilateralen Staatsverträgen geregelt (siehe Ziff. 4.2). Die staatsvertragliche Regelung der Zusammenarbeit mit anderen Staaten erfüllt eine doppelte Funktion: Einerseits wird die Souveränität der Schweiz durch die vertragliche Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit dem Ausland eingeschränkt, andererseits führt die Regelung dazu, dass Souveränitätskonflikte vermieden werden. Indem die Schweiz selber bestimmt, mit welchen Staaten sie bilaterale Staatsverträge abschliesst, und welchen multilateralen Übereinkommen sie beitrifft, behält sie die Kontrolle über die Einschränkung ihrer Souveränität. Diese Staatsverträge unterstehen in der Regel der Genehmigung durch die Bundesversammlung und werden von ihr dem fakultativen Referendum unterstellt. Damit ist die mit der Zusammenarbeit einhergehende Einschränkung der Souveränität auch demokratisch besonders legitimiert. Ist die Schweiz mit einem anderen Staat staatsvertraglich aber nicht zur Zusammenarbeit verpflichtet, so muss sie auf ein Rechtshilfegesuch dieses Staates nicht eintreten. Tut sie es dennoch, so sind die Bedingungen und Modalitäten der Rechtshilfe durch das Rechtshilfegesetz vorgegeben. Der mit der Gewährung von Rechtshilfe einhergehende Eingriff in die schweizerische Souveränität ist damit demokratisch legitimiert. Zu berücksichtigen ist aber auch, dass sich durch die Reziprozität in Staatsverträgen über Rechts- (und Amts-)Hilfe die schweizerische Souveränität auch erweitert.

4.1 Definition

Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen umfasst alle Massnahmen, die ein Staat (ersuchter Staat) auf Anfrage eines anderen Staates (ersuchender Staat) zur Erleichterung der Verfolgung und Bestrafung von Straftaten im ersuchenden Staat ergreift. Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen betrifft die zwischenstaatlichen Beziehungen; sie fällt daher unter

¹⁰⁷ Art. 65 IRSG, Art. 8 ZPII EUeR und Art. 9 Ziff. 2 des bilateralen Staatsvertrags mit den USA (SR 0.351.933.6) (RVUS).

¹⁰⁸ Art. 9 ZPII EUeR sowie z.B. im bilateralen Staatsvertrag mit Brasilien (SR 0.351.919.81) und mit Mexiko (SR 0.351.956.3).

¹⁰⁹ Art. 10 ZPII EUeR.

¹¹⁰ Art. 18a IRSG mit Verweis auf Art. 269-279 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO; SR 312.0) und auf das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF; SR 780.1).

¹¹¹ Art. 17 ZPII EUeR.

¹¹² Art. 19 ZPII EUeR.

¹¹³ Art. 20 ZPII EUeR.

das Völkerrecht, besitzt administrativen Charakter, auch wenn häufig Begriffe aus dem Strafrecht verwendet werden, und wird vorwiegend von den Strafverfolgungsbehörden umgesetzt.

4.2 Rechtsgrundlagen

4.2.1 Landesrecht

Das Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG)¹¹⁴ gliedert die Materie in vier Teile: Auslieferung strafrechtlich verfolgter oder verurteilter Personen, Rechtshilfe zur Unterstützung eines Strafverfahrens im Ausland, die stellvertretende Verfolgung und Ahndung strafbarer Handlungen sowie Vollstreckung ausländischer Strafsentscheide. Die Details werden in der Ausführungsverordnung¹¹⁵ geregelt. Für die Zusammenarbeit mit internationalen Gerichten zur Verfolgung schwerwiegender Verletzungen des humanitären Völkerrechts bestehen besondere gesetzliche Grundlagen¹¹⁶.

Die Handlungen, welche aus souveränitätsrechtlicher Optik im Vordergrund stehen, betreffen vor allem die so genannte "andere", "kleine" oder "akzessorische" Rechtshilfe, wie sie insbesondere im dritten Teil des Rechtshilfegesetzes geregelt ist. Die akzessorische Rechtshilfe umfasst die Unterstützung der Rechtspflege des ersuchenden Staates, welche die Behörden des ersuchten Staates dadurch gewähren, dass sie auf ihrem Gebiete Prozess- oder andere Amtshandlungen vornehmen und deren Ergebnis den ersuchenden ausländischen Behörden zur Verwendung in einem bestimmten Verfahren übermitteln. In diesem Sinne umfasst die Rechtshilfe namentlich die Befragung von Zeugen, Auskunftspersonen oder Beschuldigten, die Herausgabe oder Sicherstellung von Beweis- oder Schriftstücken, Hausdurchsuchung oder Beschlagnahme, die Gegenüberstellung, die Herausgabe von Vermögenswerten und die Zustellung von Vorladungen, Urteilen und anderen Gerichtsakten.

Die Rechtshilfe kann verweigert werden, wenn die Erledigung des Ersuchens geeignet wäre, Souveränität, Sicherheit oder andere wesentliche Interessen der Schweiz zu beeinträchtigen¹¹⁷. Keine Rechtshilfe wird geleistet für Ermittlungen oder Verfahren wegen einer Straftat, welche die Schweiz als politische oder damit zusammenhängende Tat ansieht¹¹⁸. Handelt es sich bei der im Ersuchen geschilderten Tat um ein Fiskaldelikt, so ist die Rechtshilfe heute mit wenigen Ausnahmen (vor allem in Fällen, in denen der im Rechtshilfeersuchen beschriebene Sachverhalt einen Abgabebetrag nach schweizerischem Recht bilden würde) grundsätzlich ausgeschlossen¹¹⁹. Art. 3 Abs. 3 IRSG schliesst die Leistung von Rechtshilfe zur

¹¹⁴ SR 351.1. Das Gesetz gilt, soweit internationale Vereinbarungen nichts anderes bestimmen (Art. 1 Abs. 1 IRSG).

¹¹⁵ Verordnung vom 24. Februar 1982 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfeverordnung, IRSV; SR 351.11).

¹¹⁶ Bundesgesetz vom 21. Dezember 1995 über die Zusammenarbeit mit den internationalen Gerichten zur Verfolgung schwerwiegender Verletzungen des humanitären Völkerrechts (SR 351.20).

¹¹⁷ Art. 1a IRSG; siehe auch Art. 2 Bst. b EUeR; Art. 3 Ziff. 1 Bst. a RVUS.

¹¹⁸ Art. 3 Abs. 1 IRSG; siehe auch Art. 2 Bst. a EUeR; Art. 2 Ziff. 1 Bst. c (2) RVUS. Das IRSG schliesst von der Qualifizierung als politische Taten alle Verbrechen aus, welche auf die Ausrottung einer Bevölkerungsgruppe (Genozid) gerichtet sind oder welche sonstwie als besonders verwerflich betrachtet werden, weil der Täter zur Erpressung oder Nötigung Freiheit, Leib oder Leben in Gefahr brachte oder zu bringen drohte (Flugzeugentführungen, Geiselnahmen), oder welche eine schwere Verletzung des humanitären Völkerrechts darstellen.

¹¹⁹ Art. 3 Abs. 3 IRSG.

Unterstützung von ausländischen Verfahren, welche die Verfolgung von währungs-, handels- und wirtschaftspolitischen Straftaten betreffen, grundsätzlich aus.

4.2.2 Staatsvertragsrecht

4.2.2.1 Multilateral

Auf europäischer Ebene wendet die Schweiz am häufigsten das Europäische Übereinkommen vom 20. April 1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen (EUeR)¹²⁰ an. Dessen Bestimmungen werden durch das Zweite Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 ergänzt (ZPII EUeR)¹²¹. Im Gegensatz zum EUeR, das heute für sämtliche Mitgliedstaaten des Europarates (sowie für Israel) in Kraft ist, ist das Zweite Zusatzprotokoll bis heute erst in 19 Europaratsstaaten sowie in Israel in Kraft getreten. Der Europarat hat darüber hinaus mehrere Übereinkommen über die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen ausgearbeitet. In der Praxis häufig verwendet wird das Übereinkommen vom 8. November 1990 über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten¹²²; erwähnenswert ist aber auch das Strafrechtsübereinkommen vom 27. Januar 1999 über Korruption¹²³.

Im Rahmen der UNO wurden mehrere Übereinkommen zu spezifischen Straftaten verabschiedet. In der Terrorismusbekämpfung z.B. wurden seit 1963 über 14 Übereinkommen abgeschlossen, die spezifische Bestimmungen über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen enthalten. Als jüngere Instrumente sind das Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 15. November 2000 über die grenzüberschreitende Kriminalität¹²⁴ sowie das Übereinkommen vom 31. Oktober 2003 der Vereinten Nationen gegen die Korruption¹²⁵ zu nennen.

Zu ergänzen ist, dass einige bilaterale oder multilaterale Abkommen, denen die Schweiz beigetreten ist, auch Bestimmungen über die gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen enthalten¹²⁶.

4.2.2.2 Sonderfall Schengener Durchführungsübereinkommen

Das Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ)¹²⁷, welches die Schweiz im Rahmen ihrer Assoziierung an den Schengener Besitzstand übernommen hat¹²⁸, stellt in seinen As-

¹²⁰ SR 0.351.1.

¹²¹ SR 0.351.12.

¹²² SR 0.311.53.

¹²³ SR 0.311.55.

¹²⁴ SR 311.54 (UNTOC).

¹²⁵ SR 0.311.56; für die Schweiz in Kraft getreten am 24. Oktober 2009.

¹²⁶ Zum Beispiel die internationalen Übereinkommen zur Unterdrückung des Mädchen-, Frauen- und Kinderhandels (SR 0.311.31-34), das Sklavereiabkommen (SR 0.311.37), das Abkommen zur Bekämpfung der Falschmünzerei (SR 0.311.51) und die Übereinkommen über die Betäubungsmittel (SR 0.812.121.1-6). Einige Rechtshilfebestimmungen wurden zudem mit Abkommen im Polizeibereich zwischen der Schweiz und ihren Nachbarstaaten eingeführt. Ausserdem enthalten alte Auslieferungsverträge neben den spezifischen Bestimmungen für die Auslieferung auch Vorschriften zu "weiteren Rechtshilfemassnahmen" in Strafsachen.

¹²⁷ Übereinkommen vom 14. Juni 1985 zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrol-

pekten der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen einen "normalen" Rechtshilfevertrag dar. Sein Art. 48 sieht denn auch explizit vor, dass die Rechtshilfebestimmungen des SDÜ das Europäische Rechtshilfeübereinkommen¹²⁹ ergänzen sollen. Sein Anwendungsbereich ist deshalb nicht auf die klassischen, durch den Schengen-Besitzstand geregelten Bereiche (Visum, Aufenthalt, Waffen, Betäubungsmittel) beschränkt.

In Ergänzung zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen lässt es Rechtshilfe auch in Verfahren betreffend die Zuwiderhandlung gegen Ordnungsvorschriften zu, soweit gegen den Entscheid der Verwaltungsbehörde "ein auch in Strafsachen zuständiges Gericht ange-rufen werden kann" (Art. 49 Bst. a SDÜ). Die Bestimmung erfasst damit auch strafbare Handlungen, die von einer Verwaltungsbehörde untersucht werden und zwar unabhängig davon, ob sie einen Straftatbestand oder einen Übertretungstatbestand zum Gegenstand haben. Die Gewährung von Rechtshilfe ist damit nicht davon abhängig, ob eine strafbare Handlung (z.B. eine Strassenverkehrsübertretung) in einem Schengen-Staat von einer Straf-behörde oder Verwaltungsbehörde verfolgt wird. Dies ist insbesondere bei Wirtschaftsdelik-ten von Bedeutung, wo sich gezeigt hat, dass häufig spezialisierte Verwaltungsbehörden an Stelle der klassischen Ermittlungsbehörden die Voruntersuchungen führen.¹³⁰

Das SDÜ sieht in Art. 52 die direkte postalische Zustellung von Urkunden und in Art. 53 den direkten Behördenverkehr vor.¹³¹ Auf Verfahren vor der Europäischen Kommission findet das SDÜ allerdings keine Anwendung.

4.2.2.3 Bilateral

Die Schweiz hat auf bilateraler Ebene mehrere Rechtshilfeverträge abgeschlossen – zu-nächst mit den USA¹³² und anderen Staaten¹³³ und das Netz der Verträge wird kontinuierlich

len an den gemeinsamen Grenzen, ABI. L 239 vom 22.9.2000, S. 19; zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 1931/2006, ABI. L 405 vom 30.12.2006, S. 1 (nicht in der Amtlichen Sammlung publiziert; abrufbar auf <http://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/straf/recht/multilateral/sdue.html>)

¹²⁸ Anhang A des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäi-schen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung der Schweiz bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (SAA, SR 0.362.31).

¹²⁹ Europäisches Übereinkommen vom 20. April 1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.1).

¹³⁰ Eine analoge Ausdehnung des Geltungsbereichs enthält zwar auch das Zweite Zusatzproto-koll vom 8. November 2001 zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Straf-sachen (SR 0.351.12). Jedoch ist dieses bisher erst von 11 Mitgliedstaaten der EU ratifiziert worden, von den "alten" Mitgliedstaaten insbesondere lediglich von Belgien, Dänemark und Portugal; ab dem 1. April 2011 gilt das Zweite Zusatzprotokoll neu auch für Armenien und die Niederlande. Vgl. zur selben Thematik die Ausführungen zu Art. 1 Abs. 3 des Zweiten Zusatz-protokolls zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommens in der Botschaft vom 26. März 2003 betreffend das Zweite Zusatzprotokoll zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshil-fe in Strafsachen, BBl 2003 3267, S. 3272f.

¹³¹ Ähnliche Bestimmungen enthält das Zweite Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 zum Eu-ro-päischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.12).

¹³² RVUS (SR 0.351.933.6).

¹³³ Australien 1991 (SR 0.351.915.8), Kanada 1993 (SR 0.351.932.1), Ecuador 1997 (SR 0.351.932.7), Peru 1997 (SR 0.351.964.1), Hongkong 1999 (SR 0.351.941.6), Ägypten 2000 (SR 0.351.932.1), Philippinen 2002 (SR 0.351.964.5), Mexiko 2005 (SR 0.351.956.3) und Brasilien 2009 (SR 0.351.919.81).

ausgebaut¹³⁴. Mit ihren Nachbarstaaten hat die Schweiz günstige Formen der Zusammenarbeit in Zusatzverträgen zum EUeR geregelt. Solche Verträge wurden 1969 mit Deutschland¹³⁵, 1972 mit Österreich¹³⁶, 1996 mit Frankreich¹³⁷ und 1998 mit Italien¹³⁸ abgeschlossen. In diesen Vereinbarungen wurden schrittweise neue Bestimmungen eingeführt, um zum einen die Bearbeitung von Rechtshilfeersuchen zu vereinfachen und zu beschleunigen und zum anderen den Geltungsbereich der Rechtshilfe zwischen den Vertragsparteien auszuweiten.

4.3 Spezifische Grundsätze und Individualrechtsschutz

4.3.1 Gegenrecht, beidseitige Strafbarkeit und Spezialität

Drei Grundsätze prägen die Strafrechtshilfe. So wird einem Ersuchen erstens in der Regel nur entsprochen, wenn der ersuchende Staat Gegenrecht gewährt¹³⁹. Zweitens dürfen bei der Durchführung eines Ersuchens Zwangsmassnahmen nur dann angewendet werden, wenn die im Ersuchen geschilderte Tat nach schweizerischem Recht einem Straftatbestand entspricht¹⁴⁰. Schliesslich folgt die Rechtshilfe dem Grundsatz der Spezialität: Die im Rahmen der Rechtshilfe in Strafsachen gelieferten Informationen dürfen in der Regel nur im Strafverfahren, welches dem Ersuchen zugrunde liegt, verwendet werden. Jegliche andere Verwendung im ersuchenden Staat ist zwar nicht ipso facto verboten, unterliegt aber der Bewilligung des ersuchten Staates. Diese Grundsätze sind im IRSG und in den Übereinkommen über die Rechtshilfe oder in den bilateralen Abkommen, die die Schweiz abgeschlossen hat, in unterschiedlicher Art enthalten¹⁴¹.

Die drei Grundsätze finden vielfach auch bei der grenzüberschreitenden Amtshilfe eine mindestens sinngemässe Anwendung¹⁴²: So sehen einzelne Bundesgesetze vor, dass im Rahmen der grenzüberschreitenden Amtshilfe Daten nur bekannt gegeben werden dürfen, wenn der ausländische Staat Gegenrecht hält, die Daten nur für Zwecke nach dem schweizerischen Gesetz verwendet werden und dass sie nicht für Strafverfahren verwendet werden, für die die Rechtshilfe in Strafsachen wegen der Art der Tat ausgeschlossen wäre¹⁴³.

¹³⁴ Unterschiedlich weit fortgeschritten sind beispielsweise die Verträge mit Argentinien, Chile und Kolumbien.

¹³⁵ SR 0.351.913.61.

¹³⁶ SR 0.351.916.32.

¹³⁷ SR 0.351.934.92.

¹³⁸ SR 0.351.945.41.

¹³⁹ Art. 8 Abs. 1 Satz 1 IRSG.

¹⁴⁰ Art. 64 Abs. 1 IRSG, Art. 5 Bst. a EUeR und schweizerische Erklärung dazu, Art. 4 RVUS.

¹⁴¹ Art. 67 IRSG; z.B. Art. 26 ZPII EUeR; im EUeR fehlt das Spezialitätsprinzip hingegen, weshalb die Schweiz zu Art. 2 EUeR einen Vorbehalt angebracht hat.

¹⁴² Siehe dazu auch Botschaft vom 10. November 2004 zur Änderung der Bestimmung über die internationale Amtshilfe im Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, BBl 2004 6747, S. 6764f.

¹⁴³ Beispielsweise Art. 7 Abs. 3 EmbG und Art. 22 Abs. 22 EmbG.

4.3.2 Grundsätze des Individualrechtsschutzes

Individuelle Rechtspositionen werden im Rechtshilferecht mit verschiedenen Instrumenten geschützt. So kann die Rechtshilfe verweigert werden, wenn das ausländische Verfahren, für das Rechtshilfe begehrt wird, schwerwiegende Mängel aufweist, wobei insbesondere Verstöße gegen die EMRK oder gegen den internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte¹⁴⁴ als solche Mängel gelten¹⁴⁵. Dem Grundsatz der *res iudicata* folgend, der ebenfalls dem Individualrechtsschutz dient, ist die Rechtshilfe nicht möglich, wenn eine ausländische Behörde um Rechtshilfe in einer Angelegenheit ersucht, in der die schweizerischen Behörden bereits ein Strafverfahren geführt haben. Ist der Verfolgte freigesprochen worden, in den Genuss einer materiellen Verfahrenseinstellung gelangt oder hat er seine Strafe in der Schweiz oder im Tatortstaat (der sich nicht mit dem ersuchenden Staat decken muss) verbüsst, so ist keine Rechtshilfe möglich¹⁴⁶. Ähnliches gilt für den Grundsatz *ne bis in idem*¹⁴⁷.

4.4 Rechtssetzender Handlungsbedarf?

Aus der Sicht des Souveränitätsschutzes ist auf dem Gebiet der Rechtshilfe in Strafsachen die Zusammenarbeit mit dem Ausland, angesichts der Regelungsform und -dichte, unproblematisch; das bestehende Geflecht von gesetzlichen und staatsvertraglichen Regelungen der Zusammenarbeit dient vielmehr gerade dem Schutz der Souveränität, indem es die Kooperation in präzise Bahnen lenkt. Es kann festgehalten werden, dass im Bereich der Strafrechtshilfe der Umfang der Zusammenarbeit mit ausländischen Staaten, sei es durch das IRSG, sei es durch bilaterale oder multilaterale Staatsverträge, umfassend geregelt ist. Dementsprechend besteht im Bereich der Strafrechtshilfe, soweit es um den Schutz der schweizerischen Souveränität geht, kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf, da die schweizerische Souveränität in dem Sinne gewahrt bleibt, als die Formen der internationalen Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Strafrechtshilfe entweder in einem formellen Gesetz oder in einem bi- oder multilateralen Staatsvertrag geregelt und damit demokratisch legitimiert sind.

5 Handlungsbedarf im Bereich Amtshilfe

5.1 Definition

Die Begriffe Amtshilfe und Rechtshilfe in Verwaltungssachen sind deckungsgleich. Amtshilfe weist folgende Merkmale auf:

- Leistet eine Verwaltungsstelle Amtshilfe, so handelt sie auf der Grundlage des Verwaltungsrechts. Vorgänge, bei denen Behörden auf der Grundlage des Zivil- oder Strafrechts handeln, werden von der Amtshilfe nicht erfasst.
- Die Amtshilfe leistende Verwaltungsstelle kann aus eigenem Antrieb („spontane Amtshilfe“) oder auf Ersuchen einer anderen Verwaltungsstelle aktiv werden. Als Variante kann

¹⁴⁴ Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2)

¹⁴⁵ Art. 2 Bst. a IRSG.

¹⁴⁶ Bst. a des schweizerischen Vorbehalts zu Art. 2 EUeR; restriktiver als Art. 5 Abs. 1 Bst. a und b IRSG.

¹⁴⁷ Art. 66 Abs. 1 IRSG.

der automatische Informationsaustausch verstanden werden, der sich durch die Pflicht zur unaufgeforderten Informationsübermittlung kennzeichnet.

- Zur Erfüllung ausländischer Amtshilfeersuchen darf die schweizerische Behörde alle (aber auch nur jene) Handlungen vornehmen, welche sie nach Massgabe der auf ihre Tätigkeit anwendbaren Rechtsvorschriften durchführen darf. Die Bandbreite reicht von der Weitergabe von amtseigenen Informationen (Datenbestände, Berichte, Dokumente etc.) bis zur Vornahme gegebenenfalls verfügungsbedürftiger und zwangsbewehrter Amtshandlungen gegenüber Privaten. Keine Amtshilfe stellt es dar, wenn eine Verwaltungsstelle eine andere Verwaltungsstelle mit eigenen logistischen oder infrastrukturellen Ressourcen (Personalausleihe, Vermietung von Räumlichkeiten, Expertenwissen etc.) unterstützt.
- Unter Amtshilfe werden nur Vorgänge subsumiert, die sich zwischen mindestens zwei Behörden abspielen; die Mitwirkung von Privaten an solchen Verfahren kann begriffsmässig höchstens dann Amtshilfe darstellen, wenn die Private zur Vornahme von hoheitlichen Tätigkeiten ermächtigt worden sind¹⁴⁸. Der Versuch einer ausländischen Behörde, direkt von einem Privaten im Inland Informationen für ein Verwaltungsverfahren im Ausland zu erhalten, stellt demgegenüber keine Amtshilfe dar. Solche Strategien können aber als Umgehung des Amtshilfeweges qualifiziert werden.

Von grenzüberschreitender Amtshilfe spricht man, wenn die Hilfe einer ausländischen oder internationalen Behörde geleistet wird, die ihrerseits keine Amtshandlungen auf fremdem Staatsgebiet vornehmen darf oder die keinen Zugriff auf Daten und Informationen hat, über welche die ersuchte Behörden verfügen. Als Vorgang zwischen verschiedenen Verwaltungsstellen – einschliesslich Stellen der Justizverwaltung – erfasst die Amtshilfe Kooperationen zwischen Verwaltungsstellen und Privaten grundsätzlich nicht. Da aber Amtshilfeporgänge fast immer Private betreffen, von der eine ausländische Behörde auf dem Weg der Amtshilfe Informationen erhoben haben will oder der gegenüber Massnahmen beantragt werden, stellt sich die verfahrensrechtliche Frage, ob und wie diese Personen in das Amtshilfverfahren eingebunden sind¹⁴⁹.

5.2 Rechtsgrundlagen

Eine für die interdepartementale Arbeitsgruppe grenzüberschreitende Amtshilfe (IDA-AHi) erstellte Übersicht führt rund 30 Bundesgesetze¹⁵⁰ (und verschiedene Verordnungen) auf,

¹⁴⁸ Im Bundesrecht finden sich zahlreiche Bestimmungen, die es den Behörden erlauben, für den Vollzug Private beizuziehen oder Private mit öffentlichen Aufgaben zu betrauen; siehe illustrationshalber Art. 180 des Bundesgesetzes vom 29. April 1998 über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LwG; SR 910.1) oder Art. 43 des Bundesgesetzes vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01).

¹⁴⁹ Im Finanzmarktbereich hat sich dafür der Begriff des "Kundenverfahrens" eingebürgert, weil die einschlägigen Gesetzesbestimmungen ausdrücklich vorsehen, dass Kundinnen und Kunden einen "Entscheid der FINMA über die Übermittlung der Informationen an die ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde" anfechten können (Art. 38 Abs. 5 BEHG). Allgemein bestimmt sich nach Art. 5 und 6 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021), ob und inwiefern Private in Amtshilfverfahren Parteistellung geniessen und ob die entsprechenden behördlichen Anordnungen in Form anfechtbarer Verfügungen zu ergehen haben.

¹⁵⁰ Sowie aktuell hängige Entwürfe zu Gesetzesänderungen.

die – auf teils sehr heterogene Weise – Regelungen zur grenzüberschreitenden Amtshilfe enthalten. Versucht man die Bestimmungen zu kategorisieren, so lassen sich grob drei Typen von Amtshilfenormen unterscheiden (die indessen nicht identischen Formulierungsmustern folgen):

- "Klassische" Amtshilfeklauseln, die dem Muster der Finanzmarktgesetzgebung folgen und vereinzelt grenzüberschreitende Prüfungshandlungen thematisieren;
- Normen, welche die Bekanntgabe von Personendaten an das Ausland regeln und die sich an den datenschutzrechtlichen Vorgaben orientieren; sowie
- Normen, welche sich generell zur internationalen Zusammenarbeit äussern und bei denen fraglich sein kann, ob sie überhaupt zur Amtshilfe und zu entsprechenden Verfahrensschritten ermächtigen.

Die grenzüberschreitende Amtshilfe ist allerdings oft Gegenstand von staatsvertraglichen Regelungen¹⁵¹. Bei der Ausgestaltung solcher Regelungen lassen sich kaum über den jeweiligen Sachbereich hinausgehende einheitliche Muster oder Typisierungen ausmachen; entsprechend unterschiedlich können Bestimmtheit, Terminologie und Detaillierungsgrad solcher Regelungen ausfallen.

5.3 Grenzüberschreitende Amtshilfe und Individualrechtsschutz

Wiederholt hat sich für die Bundesbehörden die Frage gestellt, ob und welchen Rechtsschutz Private geniessen, die direkt oder indirekt von Amtshilfeleistungen betroffen sind, welche die Schweiz einer ausländischen Behörde erbringt. Des Öfteren hat sich den Bundesbehörden daher die Frage gestellt, ob für Amtshilfehandlungen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG¹⁵² zu ergehen haben; dank dem 2007 eingeführten Art. 25a VwVG wird der Rechtsmittelweg aber auch in den Fällen des faktischen (verfügungsfreien) Verwaltungshandelns grundsätzlich zugänglich. Daran knüpfen sich nun aber die Fragen, wem solche Verfügungen zu eröffnen wären, wem in welchem Zeitpunkt welche Beteiligungsmöglichkeiten (rechtliches Gehör) einzuräumen wären und wie der Rechtsschutz gegen solche Verfügungen gewährt wird. Gerade im grenzüberschreitenden Verhältnis wird befürchtet, dass die Amtshilfe erschwert und die Kooperationsbereitschaft der Schweiz in Mitleidenschaft gezogen werden könnte, wenn für einzelne oder mehrere¹⁵³ Amtshilfehandlungen Verfügungen verlangt würden. Vielfach scheint auch eine stark verwaltungszentrierte Optik vorzuherr-

¹⁵¹ Zahlreiche Freihandelsabkommen der EFTA-Staaten mit Drittstaaten enthalten beispielsweise eigene Anhänge oder Protokolle, welche die Zusammenarbeit unter den Zollbehörden regeln. Auch auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit haben sich gewisse Standards der Behördenzusammenarbeit und des Datenschutzes etabliert; siehe zur Illustration etwa Art. 21 und 23 des Abkommens vom 9. Oktober 2006 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Australien über Soziale Sicherheit, SR 0.831.109.158.1.

¹⁵² Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

¹⁵³ Mit Blick auf die oben geschilderten drei Phasen kann man behaupten, dass mindestens die Entgegennahme eines Gesuchs nicht verfügungsbedürftig ist. Die Lehre zu einer vergleichbaren Bestimmung des bernischen Rechts nimmt jedenfalls an, dass das „Amtshilfeersuchen“ kein anfechtbarer Hoheitsakt darstellt, dass aber die „Rechtshilfeanordnung“ der ersuchten Behörde anfechtbar sein muss, wobei sich Abweichungen für die Vollzugshilfe durch die Polizei ergeben sollen; siehe THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Rz. 10 f.

schen, welche die potentielle Beeinträchtigung privater Rechtsschutzinteressen zu vernachlässigen oder gar zu ignorieren neigt. So ist es – entgegen der Auffassung einzelner Bundesstellen – keineswegs selbstverständlich, dass eine Verfügung dann nicht nötig sein soll, wenn die Behörde bereits im Besitz jener Informationen ist, die eine ausländische Behörde amtshilfweise zu erhalten erbittet, kann doch die Weitergabe an eine ausländische Behörde die Rechtsstellung des Betroffenen nachhaltig (und nachteilig) beeinflussen. In der Praxis weitgehend unbestritten ist aber auch, dass die verbindliche Anordnung zur Herausgabe von Informationen, die amtshilfweise ins Ausland weitergegeben werden sollen, nur in Verfügungsform geschehen kann und zudem nur dort zulässig ist, wo ein Bundesgesetz einer Behörde ausreichende Kontroll-, Überwachungs- oder Zutrittsrechte einräumt. Das Beschwerderecht gegen eine solche Verfügung steht im Rahmen von Art. 48 VwVG auch Dritten (insb. Bankkunden) zu.

Die Frage, ob und wie den von der Amtshilfe Betroffenen Rechtsschutz zu gewähren sei, hat in verschiedenen Sachgebieten an Bedeutung gewonnen. Die Aufnahme der Rechtsweggarantie in die Bundesverfassung, die Praxis des Bundesgerichts zum Kundenverfahren nach Art. 38 Börsengesetz (BEHG)¹⁵⁴ und Unsicherheiten im Umgang mit Art. 83 lit. a Bundesgerichtsgesetz (BGG)¹⁵⁵ (vorher Art. 100 lit. a Organisationsgesetz) haben rechtlichen Klärungsbedarf ausgelöst. Der Umstand, dass die grenzüberschreitende Amtshilfe als direkte Folge eines aussenpolitischen Engagements oder einer staatsvertraglichen Verpflichtung der Schweiz stattfindet, schliesst den Rechtsweg nicht von vorneherein aus¹⁵⁶. Die Frage nach dem Rechtsschutz bzw. nach dem korrekten Rechtsmittelweg knüpft am Verfügungserfordernis an: Wo immer eine Amtshilfehandlung formell verfügt werden muss, dort öffnet sich im Grundsatz der Rechtsmittelweg. Auch wenn (oder gerade weil) Art. 83 lit. h BGG für Fragen der internationalen Amtshilfe die Beschwerde an das Bundesgericht ausschliesst¹⁵⁷, können sich bedeutsame Fragen des Rechtsschutzes stellen. Das Problem spitzt sich insofern noch zu, weil – anders als für die Amtshilfe – Art. 84 BGG für die Rechtshilfe in Strafsachen wenigstens dann den Rechtsmittelweg an das Bundesgericht öffnet, wenn es um besonders dramatisch wirkende Massnahmen geht (Auslieferung, Beschlagnahme etc.) und ein besonders bedeutender Fall vorliegt, wobei als bedeutender Fall insbesondere schwere Verfahrensmängel im Ausland gelten.

Bei einer rechtspolitischen Beurteilung der Frage, ob und in welchem Umfang den von der Amtshilfe Betroffenen Rechtsschutz zu gewähren sei, sind folgende Erwägungen in die Überlegungen einzubeziehen:

¹⁵⁴ Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG; SR 954.1).

¹⁵⁵ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).

¹⁵⁶ Urteil des Bundesgerichts vom 10. Oktober 2005 (1A.173/2005 und 1A.203/2005), E. 3.3.: „Certes, toute transmission de renseignement à une autorité étrangère ne saurait relever de l'acte de gouvernement; dans la majorité des cas d'entraide – judiciaire ou administrative –, les relations extérieures sont sans doute en jeu, mais les décisions prises à ce propos s'inscrivent dans le cadre de relations conventionnelles préétablies, et ne revêtent pas de caractère politique marqué justifiant la soustraction à tout contrôle judiciaire.“

¹⁵⁷ Siehe dazu BBI 2001 4202, S. 4323. Mit diesem neuen Ausschlussgrund soll eine rasche Vollstreckung von Rechtshilfemassnahmen gewährleistet werden, was der Bundesrat wie folgt motivierte: „Dabei handelt es sich um einen wichtigen Trumpf der Schweiz in einem Bereich, in dem unser Land einem immensen internationalen Druck ausgesetzt ist“.

- Amts- und Rechtshilfe beschlagen grundsätzlich zwei Rechtsverhältnisse, nämlich einerseits die völkerrechtliche Beziehung zwischen ersuchendem und ersuchtem Staat und andererseits das Verhältnis zwischen dem ersuchten Staat und dem Betroffenen. Für das erste Verhältnis stehen etwa die Fragen im Vordergrund, ob mit einem bestimmten Staat überhaupt zusammen gearbeitet wird und ob Gegenrecht verlangt werden soll; für das Verhältnis zum Betroffenen ist die Frage nach dem Rechtsschutz zentral. Beide Fragestellungen können in ein Spannungsverhältnis zueinander geraten. In einem solchen Fall wird man nicht umhin kommen, die beiden Interessen je nach Sach- oder Rechtsgebiet zu gewichten und gegeneinander abzuwägen. Das Ergebnis dieser Gewichtung muss in eine normative Festlegung münden.
- Für die Rechtsschutzbedürftigkeit im Bereich der Amtshilfe kann allenfalls danach unterschieden werden, ob es um Aktivitäten der Leistungsverwaltung geht, die für den Betroffenen positiv sind (wie Erteilung von Bewilligungen, Zusprechen von Leistungen o.ä.) oder ob die Amtshilfe Kontrollaktivitäten und damit potentiell grundrechtsrelevante Eingriffe in private Rechtspositionen auslöst. Die Grenze mag unscharf sein, doch sollten zumindest für den Bereich der Leistungsverwaltung keine höheren Hürden für die Zusammenarbeit errichtet werden als für die Zivilrechtshilfe¹⁵⁸.

5.4 Aktuelle Problemfelder und Herausforderungen

Für das BJ und die in der IDA-AHi versammelten Dienststellen ist klar, dass die grenzüberschreitende Amtshilfe keinen Selbstzweck darstellt, sondern dazu dient, vier unterschiedliche und möglicherweise gegenläufige Ziele zu erreichen:

- Die grenzüberschreitende Amtshilfe dient erstens der Kooperation zwischen Verwaltungsbehörden, die ihrerseits die ihnen zur Erledigung übertragenen öffentlichen Aufgaben erfüllen müssen und die dafür auf die Unterstützung durch ausländische Behörden angewiesen sein können, weil das eigene Recht bzw. die inländischen Vollzugsregelung transnationale Sachverhalte nur begrenzt erfassen kann. Je mehr die Bewertungen der vom Verwaltungsrecht erfassten öffentlichen Interessen zwischen den betroffenen Staaten übereinstimmen, desto grösser ist die Bereitschaft zur Verwaltungskooperation¹⁵⁹.
- Die grenzüberschreitende Amtshilfe ist zweitens nicht ohne Weiteres statthaft, sondern unterliegt mehr oder weniger restriktiven Bedingungen, weil die Zusammenarbeit von in- und ausländischen Behörden die Rechtspositionen und den Rechtsschutz von Privaten nachhaltig und unwiderruflich beeinträchtigen kann. Die gesetzliche oder staatsvertragliche Regulierung der grenzüberschreitenden Amtshilfe soll daher ausreichenden Rechtsschutz garantieren und Rechtsstaatlichkeit gewährleisten. Dabei ist zu bedenken, dass die grenzüberschreitende Amtshilfe auch oder vorwiegend den Anliegen von Privaten

¹⁵⁸ Auch die Definition von „Zivil- und Handelssachen“ gemäss den Haager Übereinkommen wird etwas breiter gefasst und kann z.B. Sozialversicherungsfälle mit umfassen (vgl. Wegleitung des BJ betr. Rechtshilfe in Zivilsachen (Fussnote 81), S. 9f.).

¹⁵⁹ Ein aussagekräftiges Beispiel dafür ist Art. 64 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21), wonach von den inländischen Behörden erhobene vertrauliche Daten an ausländische Behörden oder internationale Organisationen bekannt geben werden dürfen, "sofern dadurch schwerwiegende Gesundheitsrisiken abgewendet werden können oder die Möglichkeit besteht, dass illegaler Handel oder andere schwerwiegende Verstösse gegen dieses Gesetz aufgedeckt werden."

dienen kann, die für Vorgänge im Ausland (z.B. die Anerkennung von Diplomen o. dgl.) auf die Unterstützung durch die inländischen Behörden angewiesen sind.

- Die grenzüberschreitende Amtshilfe kann drittens Souveränitätsverletzungen bewirken, wenn sie ohne einen oder ausserhalb eines staatsvertraglichen oder gesetzlichen Rahmens abgewickelt wird. Diese Souveränitätsverletzungen können je nach Sachgebiet unterschiedlich gravierend sein. Auch hier wird man davon ausgehen, dass Souveränitätsvorbehalte umso unbedeutender werden, je mehr die materiellen Legalitätsmassstäbe in einem ausgewählten Bereich des öffentlichen Rechts übereinstimmen. Landesrechtliche oder – wahrscheinlich noch wirkungsvoller – staatsvertragliche Regelungen der grenzüberschreitenden Amtshilfe dienen der Wahrung der Souveränität, weil damit ausländische Behörden von allfälligen eigenmächtigen extraterritorialen (Untersuchungs-)Massnahmen abgehalten und auf den Amtshilfeweg "gezwungen" werden können¹⁶⁰.
- Viertens soll die gesetzliche Regulierung der grenzüberschreitenden Amtshilfe die Kohärenz der grenzüberschreitenden Verwaltungspraxis sichern und die bisweilen unscharfe Grenze zwischen privaten und amtlichen Tätigkeiten klären¹⁶¹.

5.5 Rechtssetzerischer Handlungsbedarf

Obschon man bei einer Analyse des Bundesrechts nicht ausschliessen kann, dass für die Regelung der grenzüberschreitenden Amtshilfe Texte oder Textteile aus anderen Bundesgesetzen wenig reflektiert übernommen oder unkritisch modifiziert werden, kann man eine zunehmende Sensibilisierung für die legislatorische Erfassung der Amtshilfefragen erkennen. So orientieren sich neue gesetzliche Regelungen – etwa des Postgesetzes¹⁶² – an bekannten Vorlagen, die aber den organisatorischen, verfahrensrechtlichen und inhaltlichen Besonderheiten des Sachbereichs angepasst werden. Ein ähnlicher Befund ergab auch der Quervergleich zwischen den Entwürfen zu Amtshilfebestimmungen im UWG¹⁶³ und im KG¹⁶⁴: Obschon es sich hier um verwandte Sachgebiete handelt und sich für beide Gesetzgebungen ähnliche Fragen stellen¹⁶⁵, hat sich gezeigt, dass die grenzüberschreitende Amtshilfe pro Sachgebiet je nuanciert zu regeln ist. Die thematischen Herausforderungen scheinen allgemein allzu unterschiedlich, als dass eine umfassende und einheitliche Regelung für alle Sachbereiche des Bundesverwaltungsrechts gefunden werden könnte¹⁶⁶. Dennoch erwies es

¹⁶⁰ In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob zusätzliches legislatorisches Handeln nötig ist, um ausländische Behörden auf den – gegebenenfalls staatsvertraglich zu regelnden – Amtshilfeweg zu zwingen.

¹⁶¹ Siehe dazu ausführlich HOPF (Fussnote 64), N10 ff. zu Art. 271.

¹⁶² Siehe Art. 26 des (totalrevidierten) Postgesetzes vom 17. Dezember 2010, BBl 2010 8997 (Referendumsvorlage).

¹⁶³ Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241).

¹⁶⁴ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

¹⁶⁵ Insbesondere ob Massnahmen nach UWG oder nach KG "Vorschriften über (...) handels- oder wirtschaftspolitische Massnahmen" nach Art. 3 Abs. 3 IRSG darstellen.

¹⁶⁶ Die Forderung nach einem Amtshilfegesetz bzw. nach einem Amtshilfe-Teil im IRSG wird in der Lehre von STEFAN BREITENMOSER, Neuerungen in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, in: Breitenmoser/Ehrenzeller (Hrsg.), Aktuelle Fragen der internationalen Amtshilfe, St. Gallen 2009, S. 9 ff., S. 14, vertreten.

sich als angezeigt, für einzelne, sachlich zusammenhängende Gebiete vereinheitlichte Amtshilferegelungen zu erwägen¹⁶⁷. Zudem haben sich in der Praxis insbesondere drei Teilprobleme – Zustellungen von Verfügungen in das und aus dem Ausland, Zulässigkeit von Zwangsmassnahmen beim Vollzug von Amtshilfeersuchen und Tragweite des Verbots von Handlungen für einen fremden Staat (Art. 271 StGB) – als klärungs- und regelungsbedürftig erwiesen; diese sollen nachfolgend kurz dargestellt werden.

Diese Probleme können entschärft werden, wenn das Bundesrecht¹⁶⁸ erstens Mindeststandards kennen würde, die bei der Regulierung und beim Vollzug der grenzüberschreitenden Amtshilfe zu beachten sind. Ähnlich wie dies das DSG¹⁶⁹ oder das Subventionsgesetz¹⁷⁰ machen, ist querschnittsartig und lückenfüllend zu regeln, wie die oben geschilderten normativen Kernfragen und die besonders regelungsbedürftigen Aspekte (Zustellungen und Zwangsmassnahmen) in den jeweiligen Spezialgesetzen zu regeln sind. Zweitens sollen für diese Punkte subsidiäre Auffangregelungen geschaffen werden, die jeweils dann zum Tragen kommen, wenn das in der Sache anwendbare Spezialgesetz keine oder eine unvollständige Antwort auf die Frage liefert, ob und wie gegenüber dem Ausland Amtshilfe geleistet werden kann bzw. ob die schweizerische Behörde das Ausland um Amtshilfe ersuchen darf. Angesichts der Brisanz des Themas der grenzüberschreitenden Amtshilfe und der auf dem Spiel stehenden Interessen und Rechtsgüter ist ein harmonisierender Standard im Bundesrecht erstrebenswert. Diese Minimalregeln sind jeweils dann anwendbar, wenn es um Amtshilfeleistungen von Bundesbehörden geht und wenn die Spezialgesetzgebung keine ausreichende Regelung anbieten kann. Einheitliche Minimalstandards für die Amtshilfe unterstützen eine klare Haltung gegenüber dem Ausland und ermöglichen eine bessere Wahrung der schweizerischen Interessen.

Es wird noch zu untersuchen sein, ob sich solche Regelungen auf das gesamte Verwaltungsrecht erstrecken können oder ob möglichst breit gefasste sektorielle (Teil-)Harmonisierungen angestrebt werden müssten. Mit dem in Ausarbeitung befindlichen Fiskalamtshilfegesetz wird beispielsweise eine verfahrensrechtliche Harmonisierung für weite Bereiche des internationalen Steuerrechts erreicht werden können. Auf dem Gebiet der technischen Handelshemmnisse sieht Art. 22 THG¹⁷¹ einen alle Waren- und Produktkategorien übergreifenden Standard für die internationale Amtshilfe vor, der indessen für Teilbereiche staatsvertraglich oder landesrechtlich näher geregelt werden kann.

¹⁶⁷ Dieser Weg wird mit der bundesrätlichen Verordnung über die Amtshilfe im Rahmen der Doppelbesteuerungsabkommen besprochen, die möglichst bald in ein Bundesgesetz überführt werden soll. Im Finanzmarktrecht hat der Gesetzgeber mit dem Erlass des FINMAG die früheren unterschiedlichen Regelungen der einzelnen Sachgebiete weitgehend harmonisiert; mit Art. 38 BEHG findet sich aber auch in diesem Sachgebiet nach wie vor eine lex specialis-Regelung, die gemäss Art. 2 FINMAG den allgemeinen Bestimmungen des FINMAG vorgeht.

¹⁶⁸ Als "Standort" kämen in erster Linie wohl das RVOG und das VwVG in Frage.

¹⁶⁹ Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1).

¹⁷⁰ Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG; SR 616.1).

¹⁷¹ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse (THG; SR 946.51).

5.5.1 Bundesrechtlicher Mindeststandard für die grenzüberschreitende Amtshilfe

5.5.1.1 Teilproblem Zustellungen

Behörden des Bundes (und der Kantone) sind vergleichsweise oft mit der Frage konfrontiert, ob und wie amtliche Schriftstücke ins Ausland zuzustellen sind bzw. unter welchen Voraussetzung Ausnahmen vom diplomatischen Weg zulässig sind¹⁷². Damit eine Verfügung wirksam werden kann, muss sie gehörig eröffnet werden (Art. 34 Abs. 1 VwVG). Mit der Eröffnung wird dem Adressaten ermöglicht, den Verfügungsinhalt zur Kenntnis zu nehmen¹⁷³. Im Unterschied dazu stellt die Zustellung "einen 'technischen' Vorgang, bei welchem den Adressatinnen und Adressaten die Verfügung übermittelt wird"; sie stellt also eine "Teilhandlung im Rahmen des Eröffnungsvorgangs" dar¹⁷⁴. An Personen im Ausland müssen Verfügungen und Entscheidungen grundsätzlich auf dem diplomatischen oder konsularischen Weg zugestellt werden¹⁷⁵; die direkte postalische Zustellung ist lediglich für "blosse Mitteilungen ohne rechtsgestaltende Wirkung" zulässig¹⁷⁶. Die schriftliche Aufforderung, ein Zustelldomizil zu bezeichnen (Art. 11b VwVG)¹⁷⁷, gilt nicht mehr als rein informelles Schreiben und muss daher – staatsvertragliche oder spezialgesetzliche Sonderregelungen vorbehalten – auf dem diplomatischen oder konsularischen Weg zugestellt werden¹⁷⁸; solche Schreiben müssen ausdrücklich auf die Folgen der Nichtbeachtung hinweisen. Wird dann trotz der Aufforderung kein Zustelldomizil in der Schweiz bezeichnet, kann die Behörde Verfügungen und Entscheidungen durch Publikation in einem amtlichen Blatt eröffnen¹⁷⁹. Fraglich ist allerdings, ob in den Fällen, in denen eine postalische Zustellung nicht möglich ist, noch zu prüfen wäre, ob die

¹⁷² Namentlich die Direktion für Völkerrecht und gelegentlich das BJ werden von Privaten angefragt, ob die direkte postalische Zustellung eines Schriftstückes einer ausländischen Behörde legal und rechtswirksam sei.

¹⁷³ FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHWANK, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 34, Rz. 2.

¹⁷⁴ UHLMANN/SCHWANK (Fussnote 173), Rz. 9.

¹⁷⁵ Siehe statt vieler Urteil des Bundesgerichts vom 13. Mai 2009 (2C_182/2009), E. 3: "Eine amtliche Zustellung (scil. des bundesgerichtlichen Urteils) an seine ausländische Adresse durch das Bundesgericht wäre völkerrechtswidrig. Das Urteil ist dem Beschwerdeführer daher durch Publikation im Bundesblatt zu eröffnen."

¹⁷⁶ VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 11b Rz. 6. Siehe auch Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 18. Juli 2006 (K 18/04), E. 1.2.

¹⁷⁷ Spezialgesetzlich kann davon abgewichen werden. So sieht beispielsweise Art. 12 Abs. 3 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31) vor, dass Personen, die aus dem Ausland ein Asylgesuch stellen, keine Zustelladresse in der Schweiz bezeichnen müssen.

¹⁷⁸ So Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 18. Juli 2006 (K 18/04), E. 3: "Da die in Art. 29 Abs. 4 OG vorgesehene Rechtsfolge der Nichtzustellung oder der Ediktalzustellung somit erst nach erfolgter Aufforderung eintritt, zieht die Aufforderung zur Bezeichnung eines Zustelldomizils Rechtswirkungen nach sich und stellt demgemäss keine Mitteilung rein informativen Inhalts dar. Folglich durfte sie dem Beschwerdeführer nicht direkt per Post nach Frankreich zugestellt werden." Siehe auch MARANTELLI-SONANINI/HUBER (Fussnote 176), Rz. 12.

¹⁷⁹ RES NYFFENEGGER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 11b Rz. 4; LORENZ KNEUBÜHLER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 36 Rz. 7.

Verfügung auf diplomatischem oder konsularischem Weg zugestellt werden kann, bevor der Weg der amtlichen Publikation beschriftet wird¹⁸⁰.

Im Bundesrecht und namentlich im Staatsvertragsrecht finden sich eine zunehmende Zahl von Bestimmungen, welche eine direkte postalische Zustellung von verwaltungsrechtlichen Schriftstücken¹⁸¹ erlauben¹⁸². Zudem sieht das schweizerische Rechtshilferecht (einseitig) vor, dass für bestimmte Sachgebiete direkte postalische Zustellungen aus dem Ausland zulässig sind¹⁸³.

Stellvertretend für die gesamte Bundesverwaltung wurde für die IDA-AHi die Datenlage im BJ analysiert: Die Statistik zur internationalen Rechtshilfe in Strafsachen weist für das Jahr 2008 gesamthaft rund 172 ausländische Zustellersuchen auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts aus; 41 Zustellersuchen in Verwaltungssachen wurden von einer schweizerischen Behörde über das BJ an das Ausland gerichtet¹⁸⁴. Im Bereich der Sozialhilfe für Auslandschweizerinnen und Auslandschweizer, der vom BJ betreut wird, ergehen jährlich deutlich über 300 Verfügungen an Personen im Ausland. Wird ein Gesuch um Unterstützung gutgeheissen, wird die Verfügung umgehend vollstreckt, indem die fraglichen Beträge ausbezahlt werden. Rund 100 Verfügungen betreffen negative Entscheide (2008)¹⁸⁵. Im Rahmen der IDA-AHi sind das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht um indikative Angaben über die Anzahl Zustellungen ins Ausland gebeten worden. Die erhaltenen Auskünfte ergeben zwar ein sehr heterogenes Bild¹⁸⁶, machen aber deutlich, dass auch die beiden Gerichte in der Praxis regelmässig und in beachtlicher Zahl mit Zustellungen ins Ausland befasst sind.

5.5.1.2 Teilproblem Zwangsmassnahmen beim Vollzug von Amtshilfeersuchen

In der Praxis der grenzüberschreitenden Amtshilfe hat sich wiederholt die Frage gestellt, wie eine inländische Behörde Informationen beschaffen kann, um die eine ausländische Behörde amtshilfweise ersucht hat, und über die sie selber nicht verfügt¹⁸⁷. Grundsätzlich kann sich

¹⁸⁰ UHLMANN/SCHWANK (Fussnote 173), Rz. 19.

¹⁸¹ Von der Frage nach der Zustellungsart ist jeweils die Frage zu unterscheiden, ob Schriftstücke in der Originalsprache des Absenders zugestellt werden dürfen oder ob Übersetzungen in die (Amts-)Sprache des Empfängers zu erstellen sind.

¹⁸² So wurde beispielsweise mit dem Zusatzabkommen zum Doppelbesteuerungsabkommen mit Frankreich die direkte postalische Zustellung für die Eröffnung von Steuerforderungen vereinbart; siehe dazu BBI 2009 1631, S. 1642.

¹⁸³ Siehe Art. 68 IRSG und Art. 30 IRSV, sowie Art. 53 SDÜ. Vgl. weiter Art. 23 des Bundesgesetzes vom 21. Dezember 1995 über die Zusammenarbeit mit den internationalen Gerichten zur Verfolgung schwerwiegender Verletzungen des humanitären Völkerrechts (SR 351.20): "Prozessakten und Entscheide der Internationalen Gerichte können dem Empfänger in der Schweiz mit der Post zugestellt werden."

¹⁸⁴ Die Zahlen scheinen von Jahr zu Jahr teils erheblich zu schwanken: 2006 wurden 237 Ersuchen aus dem Ausland entgegen genommen und 103 Ersuchen an das Ausland gestellt.

¹⁸⁵ Siehe auch Zahlen im Aussenpolitischen Bericht 2009, BBI 2009 6291 S. 6492.

¹⁸⁶ Für das Bundesverwaltungsgericht schwanken die Zahlen zwischen den einzelnen Abteilungen zwischen einigen wenigen Fällen pro Jahr und rund 600 Zustellungen/Publikationen. Das Bundesgericht geht von rund 74 Zustellungen ins Ausland aus.

¹⁸⁷ Nur ausnahmsweise finden sich im Bundesrecht Bestimmungen wie Art. 115 Abs. 2 des Zollgesetzes vom 18. März 2005 (ZG; SR 631.0), welche besagt, dass die Zollverwaltung zur Erfüllung von ausländischen Amtshilfeersuchen "Personen, auf die sich das Ersuchen bezieht, zur Mitwirkung verpflichten [kann], namentlich zur Erteilung von Auskünften und zur Herausgabe von Daten und Dokumenten"; diesen Personen steht das Zeugnisverweigerungsrecht im

die inländische Behörde auch bei der Bearbeitung eines ausländischen Amtshilfegesuches ohne Weiteres auf die gesetzlichen Mitwirkungspflichten¹⁸⁸ berufen, wie sie – neben der allgemeinen Mitwirkungspflicht nach Art. 13 VwVG – in zahlreichen Erlassen vorgesehen sind¹⁸⁹ und die die Behörde verfügungsweise aktivieren kann. Fraglich ist indessen, wie die Behörde die Missachtung der Mitwirkungspflichten sanktionieren darf bzw. ob und wie die Behörde die gewünschten, vom Betroffenen aber verweigerten Informationen zwangsweise beschaffen kann. Für die Sanktionierung stehen neben der allgemeinen Regelung von Art. 292 StGB häufig Bestrafungen als Ordnungswidrigkeit zur Verfügung¹⁹⁰. Ohne besondere Regelung, wie sie etwa das Kartellgesetz für den Vollzug des Luftverkehrsabkommens mit der EU kennt (Art. 42a KG), kann aber fraglich sein, ob die Behörden Verwaltungszwang¹⁹¹ anwenden darf und welche Zwangsmittel überhaupt zum Zuge kommen dürfen. Lehre und Praxis sind sich daher auch nicht schlüssig, ob und wie die allgemeine Mitwirkungspflicht oder die spezialgesetzlichen Mitwirkungspflichten zwangsweise – beispielsweise auf der Grundlage von Art. 41 VwVG – vollstreckt werden dürfen.¹⁹² Gegebenenfalls kann dem renitenten Betroffenen der Entzug der Bewilligung/Konzession angedroht werden; handelt es sich um einen Dritten, würden die Regeln über die Zeugnispflicht (Art. 16ff. VwVG) zur Anwendung kommen. Je stärker der nötige Verwaltungszwang in grundrechtlich geschützte Positionen eingreift, wie dies insbesondere bei Hausdurchsuchungen der Fall ist, desto eher wird man eine formell-gesetzliche Ermächtigung verlangen müssen, wie sie etwa in Art. 42 und 42a KG vorgesehen ist. Hinzu kommt, dass die Durchsetzung von Mitwirkungspflichten in extremis mit dem grundrechtlich gesicherten Selbstbelastungsverbot kollidieren kann¹⁹³.

Rahmen des Berufsgeheimnisses zu. Eine ähnliche Regelung ist auch für das Alkoholsteuergesetz vorgeschlagen worden, das sich zurzeit in der Vernehmlassung befindet. Eine weitere prominente Sonderregelung findet sich im Kartellgesetz: Art. 42a Abs. 2 sieht vor, dass Untersuchungsmassnahmen nach Art. 42 dann ergriffen werden können, wenn sich in der Schweiz ein Unternehmen einer von der Europäischen Kommission gestützt auf das Luftverkehrsabkommen Schweiz-EU verlangten Nachprüfung widersetzt; Art. 42 wiederum sieht Zeugeneinvernahmen, Hausdurchsuchungen und die Sicherstellung von Beweisgegenständen vor.

¹⁸⁸ Siehe Gutachten des BJ vom 31. Januar 2005 (VPB 70.46).

¹⁸⁹ So etwa Art. 3 EmbG (SR 946.231), Art. 29 Abs. 1 FINMAG (SR 956.1), Art. 13 RAG (SR 221.302), aber auch – anders und offener – Art 58 Abs. 4 HMG (SR 812.21), Art. 17 RTVG (SR 784.40), Art. 19 BG Messwesen (SR 941.20), oder, der wohl typische Fall von Melde- und Auskunftspflichten, Art. 24 Abs. 2 Seilbahngesetz (SR 743.01).

¹⁹⁰ So zum Beispiel Art. 127 ZG.

¹⁹¹ Zum Verwaltungszwang siehe PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2009, 3. A. S. 301.

¹⁹² PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), VwVG - Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Art. 13 Rz. 51 sprechen sich gegen die unmittelbare Vollstreckbarkeit aus, weisen aber auf anderslautende Stimmen hin, welche die Anwendung von Verwaltungszwang nach Art. 41 akzeptieren. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (siehe Fussnote 191), S. 310, nehmen an, dass für "mit Zwang verbundene Vollzugshandlungen zur Durchsetzung vorgängig verfügbarer Rechte und Pflichten" keine besondere gesetzliche Grundlage nötig wäre, sondern dass eine Pauschalermächtigung, wie sie in Art. 41 VwVG vorliegt, genügen kann; sie weisen aber auch darauf hin, dass diese "wohl noch herrschende Auffassung" nicht über jeden Zweifel erhaben sei; TOBIAS JAAG/RETO HÄGGI, Praxiskommentar VwVG, Art. 41 Rz. 8, erachten eine besondere gesetzliche Grundlage für exekutorische Zwangsmittel auch als entbehrlich.

¹⁹³ Dazu ausführlich KRAUSKOPF/EMMENEGGER, (Fussnote 192), Rz. 67 ff.

5.5.2 Beitritt der Schweiz zu den Europaratskonventionen Nr. 94 und Nr. 100

Die IDA-AHi hat schliesslich den Beitritt der Schweiz zum Europäischen Übereinkommen über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen ins Ausland (SEV 94) und zum Europäischen Übereinkommen über die Erlangung von Auskünften und Beweisen in Verwaltungssachen im Ausland (SEV Nr. 100) als erstrebenswert qualifiziert¹⁹⁴: Die beiden Konventionen des Europarates stammen aus dem Jahr 1977 und 1978 und sind von der Schweiz unterzeichnet, aber nicht ratifiziert worden¹⁹⁵. Im seinem letzten Bericht zu den Konventionen des Europarates hat der Bundesrat die beiden Übereinkommen mit der Priorität B ("Konventionen, deren Ratifikation in naher Zukunft möglich und wünschbar wäre, die jedoch für unser Land von der Bedeutung her nicht als prioritär zu bewerten sind") versehen und erklärt, dass die laufende Prüfung von Gesetzgebungsfragen zur grenzüberschreitenden Amtshilfe auch diese beiden Übereinkommen mit einbeziehen wird¹⁹⁶.

Das Europäische Übereinkommen über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen ins Ausland (SEV 94)¹⁹⁷ verpflichtet die Vertragsstaaten, einander bei der Zustellung von Urkunden in Verwaltungssachen Amtshilfe zu leisten. Es sieht vor, dass jeder Vertragsstaat eine zentrale Behörde¹⁹⁸ bezeichnet, welche Zustellungersuchen aus dem Ausland entgegennimmt und ihnen stattgibt. Das Übereinkommen ist auf alle Verwaltungssachen anwendbar, mit Ausnahme der Steuer- und Strafsachen. Die Staaten können den Anwendungsbereich mittels einer Erklärung ausdehnen oder ein-

¹⁹⁴ Bisher nicht näher geprüft wurde die Frage, ob ein Beitritt der Schweiz zu diesen Übereinkommen dem (fakultativen) Staatsvertragsreferendum zu unterstellen wäre. Eine Delegationsgrundlage, die es dem Bundesrat erlauben würde, selbständig den Beitritt zu erklären, ist allerdings nicht erkennbar. Angesichts der Tatsache, dass die von den Übereinkommen geregelten Themen innerstaatlich hauptsächlich im VwVG erfasst sind, wird wohl die Unterstellung unter das fakultative Referendum anvisiert werden müssen.

¹⁹⁵ An der Justizministerkonferenz des Europarates in Tromsø vom Juni 2009 wurde der Ministerat des Europarats beauftragt, die Verwaltungszusammenarbeit zu stärken und allenfalls die bestehenden Europaratsinstrumente zu revidieren (Resolution Nr. 3 vom 19. Juni 2009, MJU-29 [2009] RESOL. 3 E, Ziff. 16). Im Oktober 2009 hat das European Committee on Legal Cooperation (CDCJ) die Notwendigkeit einer Überprüfung der beiden Konvention 94 und 100 unterstrichen (Rapport abrégé de la 84e réunion plénière, Ziff. 2). Das Sekretariat des CDCJ hat Ende Mai 2010 bei den Vertragsstaaten mit einem Fragebogen die heutige Bedeutung der beiden Vertragswerke zu ermitteln begonnen. Der Fragebogen wurde vom italienischen Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione (IRPA) entworfen. Der Fragebogen richtet sich primär an die bisherigen Vertragsstaaten und soll folgendes Ziel erreichen: "L'IRPA cherche à recueillir auprès des autorités désignées dans chaque Etat partie, conformément aux dispositions conventionnelles, les informations relatives aux règles, normes, procédures et pratiques employées en vue du respect des obligations prévues par les conventions susmentionnées." Einen grösseren Aktivismus haben Europarat und die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) für die ebenfalls Ende der 70er Jahre gemeinsam lancierte "Fiskalamtshilfekonvention" Nr. 127 entwickelt. Zu diesem Abkommen liegen mittlerweile Entwürfe und Kommentare für eine Totalrevision vor. Auf diese Arbeiten hat Nationalrätin Maury Pasquier anlässlich der Beratung der ersten "neuen" Doppelbesteuerungsabkommen hingewiesen und indirekt einen Beitritt der Schweiz zur Diskussion gestellt (AB 2010 S. 275).

¹⁹⁶ BBI 2008 4555.

¹⁹⁷ Es fällt auf, dass der Bundesrat bisher bei der Titelangabe des Übereinkommens den Begriff "Urkunden" verwendet, während die nicht amtliche deutsche Fassung des Europarates von "Schriftstücken" spricht. Die amtlichen englischen und französischen Sprachfassungen verwenden den Begriff der "Documents". Das Übereinkommen definiert den Begriff nicht näher.

¹⁹⁸ Bundesstaaten können mehrere zentrale Behörden bezeichnen – eine Möglichkeit, von der beispielsweise Deutschland und Österreich Gebrauch gemacht haben.

schränken. Eine Definition der Verwaltungssachen ist im Übereinkommen nicht enthalten. Neben der Zustellung über die zentrale Behörde lässt das Übereinkommen auch andere Formen der Zustellung zu, wenn die Staaten keine einschränkende Erklärung abgeben. So kann ein Schriftstück von einem Konsularbeamten des ersuchenden Staates zugestellt werden. Besonders wichtig im Sinn einer Vereinfachung der Übermittlungswege ist zudem die Möglichkeit, die Zustellung unmittelbar durch die Post vorzunehmen. Das Übereinkommen sieht verschiedene Optionen und "Menus" vor, aus denen die Staaten die ihnen passenden Lösungen auswählen können. Dazu gehören die bereits erwähnte optionale Ausweitung bzw. Beschränkung des sachlichen Geltungsbereichs, die Möglichkeit, direkte postalische Zustellungen für bestimmte Bereiche abzulehnen, und die Zustellung durch Konsularbeamte zuzulassen. Für die Schweiz bestehen noch keine konkreten Vorstellungen, ob und wie von diesen Optionen Gebrauch gemacht werden soll. In Kraft getreten ist das Übereinkommen im Jahr 1982; ratifiziert haben es bisher Deutschland, Österreich, Belgien, Frankreich, Italien, Luxemburg, Spanien und Estland.

Das Europäische Übereinkommen über die Erlangung von Auskünften und Beweisen in Verwaltungssachen im Ausland (SEV Nr. 100)¹⁹⁹ hat denselben Anwendungsbereich, wie dasjenige über die Zustellung, ist also auf alle Verwaltungssachen anwendbar, mit Ausnahme von Steuer- und Strafsachen. Im Übereinkommen wird unterschieden zwischen Amts- und Rechtshilfe. Unter Rechtshilfe wird die Zusammenarbeit verstanden, welche auf Gesuch einer richterlichen Behörde im Rahmen eines Gerichtsverfahrens vorgenommen wird. Im Bereich der Amtshilfe – also der Zusammenarbeit auf Ersuchen einer Amtsstelle in einer Verwaltungsangelegenheit – informieren die Staaten einander über Vorschriften und Übungen, erteilen Auskünfte über Tatsachen und übermitteln Schriftstücke. Sie können für die Beantwortung des Gesuchs Ermittlungen anstellen, nicht aber Zwangsmittel anwenden. Im Bereich der Rechtshilfe sind für die Beantwortung des Gesuchs hingegen auch Zwangsmittel zulässig. Wie beim Übereinkommen über die Zustellung bestimmten die Vertragsstaaten eine oder mehrere Zentralbehörden, die in der Regel die Gesuche (um Amts- oder Rechtshilfe) bearbeiten. Der diplomatische oder konsularische Weg bleibt weiterhin zulässig. Das Übereinkommen geht relativ weit, indem es überdies vorsieht, dass die Vertragsstaaten Erhebungen im Bereich der Rechtshilfe unmittelbar durch diplomatische oder konsularische Vertreter vornehmen lassen können. Die Vertragsstaaten können dieses Vorgehen jedoch grundsätzlich oder im Einzelfall ausschliessen. Auch zu diesen Fragen sind noch keine genauen Vorstellungen entwickelt worden, ob und wie die Schweiz von den Optionen Gebrauch machen soll. Das Übereinkommen ist 1983 in Kraft getreten; ratifiziert wurde es von Aserbaidschan, Belgien, Deutschland²⁰⁰, Italien, Luxemburg und Portugal.

In der Verwaltungspraxis und in der Lehre finden die beiden Übereinkommen kaum Erwähnung. Es ist daher schwierig zu beurteilen, welchen praktischen Nutzen ein Beitritt der Schweiz generieren könnte. Aus diesem Grund hat die IDA-AHi die Direktion für Völkerrecht gebeten, in den Nachbarstaaten, die die Konventionen ratifiziert haben, in Erfahrung zu bringen, welchen praktischen Stellenwert sie geniessen. Die Rückmeldungen haben gezeigt, dass insbesondere die Konvention Nr. 94 in der Praxis regelmässig angewendet wird und dass über sie eine nicht vernachlässigbare Fülle an Zustellungen zufriedenstellend abgewickelt werden kann. Die zuständigen Amtsstellen in Deutschland, Österreich und Frankreich

¹⁹⁹ Auch für dieses Übereinkommen hat der Bundesrat bisher eine andere deutsche Bezeichnung gewählt als der Europarat; im Konventionenbericht wird es als "Europäisches Übereinkommen über die Beschaffung von Informationen und Beweisen in administrativen Angelegenheiten im Ausland" geführt (Neunter Bericht vom 21. Mai 2008 über die Schweiz und die Konventionen des Europarates, BBl 2008 4533).

²⁰⁰ Deutschland hat ein Gesetz zur Ausführung der beiden Übereinkommen erlassen (BGBl. 1981 I S. 665).

würden denn auch einen Beitritt der Schweiz begrüßen, weil damit auch im jeweils bilateralen Verhältnis die Zustellungen in Verwaltungsangelegenheiten vereinfacht werden könnten.

Heute stellt sich die Bundesverwaltung mehrheitlich auf dem Standpunkt, dass die Schweiz beide Konventionen ratifizieren sollte. Für den Beitritt ist indessen noch genau abzuklären, mit welchen praktischen Folgen zu rechnen ist und ob noch gesetzliche Anpassungen nötig sein könnten. Geklärt werden muss auch, wie von den verschiedenen Optionen, welche die beiden Konventionen anbieten, Gebrauch gemacht werden soll.

6 Schutz der schweizerischen Gebietshoheit

6.1 Problembewertung

Wie dargestellt kennt das Bundesrecht einzelne Instrumente, mit denen die Bundesbehörden drohenden Beeinträchtigungen der Gebietshoheit begegnen oder festgestellte Verletzungen der Gebietshoheit sanktionieren können. Allerdings haben diese Instrumente – im Vordergrund stehen Art. 271 StGB und Verfügungen oder Verordnungen, die der Bundesrat gestützt auf Art. 184 oder Art. 185 BV ergreifen kann – einen begrenzten Einsatzbereich und eine nur beschränkte Durchschlagskraft. Für Herausgabeverbote, wie sie anlässlich der "Blocking Order" für die UBS erwogen wurden, bestehen keine besonderen gesetzlichen Grundlagen, die Anwendungsbereich, Inhalt und Verfahren von solchen Massnahmen beschreiben und begrenzen würden, was unter dem Gesichtswinkel des Legalitätsprinzips nicht befriedigen kann. Geht man von der Annahme aus, dass Konflikte mit ausländischen Rechtsordnungen – insbesondere mit jenen der sogenannten "common law"-Staaten – und die damit verbundenen Risiken für die Gebietshoheit der Eidgenossenschaft keine singulären Ereignisse, sondern eine Tendenz zu expansiven Geltungsansprüchen ausländischer Rechtsordnungen ausdrücken, dann sind gesetzliche Regelungen des Abwehrdispositivs nötig.

Für das vergleichbare Problem – die langfristige Blockierung und die Rückgabe von unrechtmässig erworbenen Vermögenswerten politisch exponierter Personen – hatte u.a. das Bundesgericht die Frage einer dauerhaften gesetzlichen Grundlage aufgeworfen²⁰¹; Bundesrat²⁰² und Bundesversammlung haben sich dem Thema angenommen ein Gesetz erarbeitet, welches die für solche Massnahmen nötigen Voraussetzungen und Verfahren im Detail regelt²⁰³. Dieses Gesetz ist am 1. Februar 2011 in Kraft getreten.

²⁰¹ BGE 136 IV 4, E. 7.

²⁰² BBI 2010 3309, S. 3314. Der Bundesrat hat in der Botschaft seinen Gesetzesentwurf u.a. wie folgt begründet: "Wenn (...) ein Rechtshilfeverfahren ergebnislos verläuft, muss die Schweiz die Sperrung von Vermögenswerten selbst dann aufheben, wenn bekannt ist, dass sie krimineller Herkunft sind - geschehen im Fall der Mobutu-Gelder. Diese Tatsache kann dem Finanzplatz Schweiz und dem Ansehen unseres Landes, wie das Echo in den ausländischen Medien regelmässig zeigt, erheblichen Schaden zufügen: Die Schweiz wird weniger dafür wahrgenommen, dass sie die Korruption und deren Straflosigkeit bekämpft, als vielmehr als Land, das Diktatoren oder deren Erben begünstigt."

²⁰³ Bundesgesetz vom 1. Oktober 2010 über die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte politisch exponierter Personen (RuVG; SR 196.1).

6.2 Rechtssetzerischer Handlungsbedarf

Um die schweizerische Gebietshoheit gegen unrechtmässige Übergriffe ausländischer Rechtsordnungen wirksam zu schützen, besteht ein doppelter legislativer Handlungsbedarf:

Einerseits sind die Mängel zu beheben, die in der Praxis bei der Anwendung von Art. 271 StGB festgestellt werden mussten (nachfolgend Ziff. 6.2.1). Bei der rechtlichen Aufarbeitung der im Jahre 2000 vom EFD erteilten Bewilligung für den Vollzug des zwischen der amerikanischen Bundessteuerbehörde Internal Revenue Service (IRS) und schweizerischen Banken oder Effekthändlern abgeschlossenen "Qualified Intermediary Withholding Agreement" (QIA) hat sich insbesondere gezeigt, dass das Instrument der (Einzel-)Bewilligung dann ungeeignet und rechtlich bedenklich ist, wenn es um die längerfristige Erledigung einer unbestimmten Vielzahl von im Einzelnen nicht näher konkretisierten Handlungen zu Gunsten einer ausländischen Behörde geht. In solchen Fällen verlangt das Legalitätsprinzip nach einer generell-abstrakten Regelung auf der geeigneten Normstufe. Das Gebot der Rechtsstaatlichkeit verlangt für immer wiederkehrende Fragen nach generell-abstrakten Antworten des Gesetz- oder Verordnungsgebers. Nur so können die rechtsgleiche und transparente Erledigung der Ersuchen gewährleistet und die Souveränitätsbeschränkung demokratisch ausreichend legitimiert werden. Die anzustrebende rechtsetzerische Klärung müsste den Bundesbehörden und Privaten erlauben, zuverlässig zwischen zulässigen und unzulässigen Formen der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden zu unterscheiden.

Das bestehende (sektorielle) Amts- und Rechtshilferegime muss mit Handlungsinstrumenten ergänzt werden, mit denen Rechts- und Souveränitätskonflikten vorgebeugt werden kann (nachfolgend Ziff. 6.2.2). Die Kompetenz des Bundesrates zum Erlass von Herausgabeverboten und ähnlichen Massnahmen zum Schutz der Souveränität wäre gesetzlich ausreichend bestimmt zu verankern.

6.2.1 Bewilligungen für Handlungen für ausländische Behörden

In der vom BJ geleiteten Arbeitsgruppe sind verschiedene Aspekte identifiziert worden, die nach Möglichkeit legislatorisch geklärt und vereinheitlicht werden sollten:

6.2.1.1 Rechtsnatur der Bewilligung

Mit knapper Begründung hat der Bundesrat in seinem Entscheid im Fall der Vermögenswerte des ehemaligen philippinischen Präsidenten Marcos festgehalten, dass eine Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB die Gesuchsteller unmittelbar in ihrer Rechtsstellung berühre, weshalb es sich dabei um eine Verfügung nach Art. 5 Abs. 1 VwVG handle²⁰⁴. In der Praxis der Bundesbehörden herrscht indessen eine gewisse Unsicherheit darüber, ob in allen Fällen eine Verfügung zu erlassen sei. Einerseits kann fraglich sein, ob es sich bei einer Verfügung nach Art. 271 StGB tatsächlich um eine Verfügung handelt, die sich auf "öffentliches Recht des Bundes" stützt – so aber die Voraussetzung von Art. 5 VwVG –, obschon das StGB die (mindestens vordergründige) Rechtsgrundlage darstellt²⁰⁵. Andererseits eignet sich

²⁰⁴ Entscheid des Bundesrates vom 25. Juni 1997, VPB 61.82, E. II. 4.

²⁰⁵ Das VwVG meint damit in erster Linie Bundesverwaltungsrecht. Zum Verwaltungsrecht gehören aber auch zahlreiche Gebiete, die beispielsweise in privatrechtlichen Erlassen geregelt sind, deren Rechtsmittelweg aber über das Bundesverwaltungsgericht führt; siehe dazu

die Verfügungsform nicht für die Fälle, in denen eine ausländische Behörde um eine Bewilligung zur Vornahme von Amtshandlungen ersucht²⁰⁶. In dieser Hinsicht besteht gesetzgeberischer Klärungsbedarf²⁰⁷.

Mit der Frage der Rechtsnatur der "Bewilligung" nach Art. 271 StGB eng verbunden ist die Entscheidung, wie der allfällige Rechtsmittelweg verlaufen soll. Nimmt man an, dass es sich bei der Bewilligung um eine Verfügung handelt, dann eröffnet Art. 44 VwVG grundsätzlich eine Beschwerdemöglichkeit. Gemäss Art. 72 lit. a VwVG i.V.m. Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG²⁰⁸ ist der Bundesrat – und nicht das Bundesverwaltungsgericht – zuständig für die Beurteilung von Verfügungen auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt. Ob diese Voraussetzungen im konkreten Fall tatsächlich erfüllt wären bzw. ob mit einer solchen Lösung den Rechtsschutzbedürfnissen ausreichend Rechnung getragen wird und den verfassungsrechtlichen Anforderungen der Rechtsweggarantie Genüge getan wäre, muss noch sorgfältig untersucht werden.

6.2.1.2 Zuständigkeitsordnung

Gemäss Art. 31 Abs. 2 RVOV soll der Bundesrat nur in jenen Fällen die Bewilligung nach Art. 271 StGB erteilen, die von "politischer oder anderer grundsätzlicher Bedeutung" sind. Diese Voraussetzung ist auslegungsbedürftig und sorgt in der Praxis für zusätzliche Unsicherheiten. Es wäre wohl genauer zu untersuchen, ob nicht mit grösserer Bestimmtheit geregelt werden könnte, welche Fälle dem Bundesrat zur Entscheidung vorzulegen wären; ob dafür eine beispielhafte Aufzählung sinnvoll wäre oder ob eine abstrakte Umschreibung der möglichen Tatbestände tauglich ist, wird zu prüfen sein.

6.2.1.3 Bewilligungskriterien

Art. 271 Ziff. 1 StGB enthält keine Anhaltspunkte oder Vorgaben für die Entscheidung, ob die Bewilligung zu erteilen oder zu verweigern ist²⁰⁹. Die zuständige Behörde muss das Interes-

UHLMANN/ SCHWANK (Fussnote 173), Art. 5 Rz. 68, der u.a. die Stiftungsaufsicht oder die markenrechtlichen Widerspruchsverfahren erwähnt. Weitere Beispiele finden sich bei MARKUS MÜLLER, Art. 5 Rz. 37 in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008. Obschon Strafrecht auch zum öffentlichen Recht des Bundes gezählt wird, fällt es nicht unter den Begriff von Art. 5 VwVG; siehe dazu FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 87 f.

²⁰⁶ Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die Verordnung vom 1. September 2010 über die Amtshilfe nach Doppelbesteuerungsabkommen (ADV; SR 672.204) und das zukünftige Fiskalamtshilfegesetz davon ausgehen, dass gegenüber ausländischen Behörden, welche Amtshilfeersuchen stellen, keine Verfügungen getroffen werden.

²⁰⁷ Zur Frage, ob der Gesetzgeber überhaupt eine Handlung, die keine Verfügung nach Art. 5 VwVG darstellt, zu einer solchen erklären kann, siehe MÜLLER (Fussnote 205), Rz. 8.

²⁰⁸ Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 172.32).

²⁰⁹ Unter anderem deswegen und wegen dem offenen Tatbestand wird an Art. 271 StGB bemängelt, dass er den Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes und des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht genügen würde; siehe ANDREAS EICKER, Ist die im Ausland geäusserte Bereitschaft, in der Schweiz illegal erlangte Daten anzukaufen, wirklich als Staatsschutzdelikt verfolgbar?, in: Jusletter 10. Januar 2011, Rz. 6

se an der Wahrung der schweizerischen Gebietshoheit und Souveränität einerseits und das Interesse an der Kooperation mit ausländischen Behörden gewichten und dabei das Interesse der betroffenen Privaten in die Abwägung einbeziehen. Das Fehlen von konkreteren Handlungs- und Abwägungsanweisungen wird von den Bundesbehörden mehrheitlich als Mangel empfunden, der gesetzgeberisch zu korrigieren wäre. Als mögliche (zusätzliche) Kriterien wurden dafür etwa folgende Aspekte angeregt: Welches (ausserpolitische) Konfliktpotential kann die Bewilligungsverweigerung auslösen bzw. welche innen- und souveränitätspolitischen Interessen würden für eine Verweigerung sprechen? Inwiefern sind Private und ihre allfällige Grundsrechtsansprüche²¹⁰ vom Entscheid direkt oder indirekt betroffen? Welche Eingriffsintensität²¹¹ hat die Amtshandlung, für die eine Bewilligung verlangt wird? Unter Umständen könnte die Rechtssicherheit aber auch dadurch erhöht werden, dass gesetzlich klargelegt würde, welche Handlungen grundsätzlich bewilligungsfrei vorgenommen werden dürfen. Es wird noch zu prüfen sein, wo und wie allfällige Bewilligungskriterien gesetzlich zu verankern wären.

6.2.1.4 Verhältnis von Art. 271 StGB zu bundesrechtlichen Vorschriften der Amts- und Rechtshilfe

In seinem bereits erwähnten "Marcos"-Entscheid (siehe Ziff. 6.2.1.1) hatte der Bundesrat betont, dass darauf zu achten sei, dass "der Zweck der verschlossenen Rechtshilfe (...) nicht auf dem Umweg über eine Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB erreicht werden" könne²¹². Man ist sich in der Bundesverwaltung darüber einig, dass eine Zusammenarbeit mit einer ausländischen Behörde demnach über eine Bewilligung nach Art. 271 StGB dann nicht statthaft wäre, wenn sie einen Bereich beschlagen würde, in dem die internationale Zusammenarbeit bundesrechtlich oder staatsvertraglich abschliessend geregelt wäre. Eine Klärung der Frage, wann eine Bewilligung nach Art. 271 StGB neben oder ausserhalb bestehender gesetzlicher oder staatsvertraglicher Kooperationsverfahren zulässig sein könnte, wird von verschiedenen Stellen gewünscht.

6.2.2 Gesetzliche Grundlagen für Massnahmen zur Vermeidung und Bewältigung von Rechts- und Souveränitätskonflikten

Während der gesetzgeberische Handlungsbedarf bezüglich Art. 271 StGB – wie soeben dargestellt – bereits ersten kritischen Analysen unterzogen worden ist, existieren für gesetzliche Grundlagen für Massnahmen, mit denen drohenden Beeinträchtigungen der schweizerischen Souveränität begegnet werden könnte, nur vorläufige Orientierungspunkte. Einerseits soll der Bundesrat in die Lage versetzt werden, mit geeigneten Massnahmen auf Souveränitätskonflikte zu reagieren, ohne dafür direkt die Bundesverfassung bemühen zu müssen. Die gesetzlichen Grundlagen müssten folglich einen Katalog möglicher Massnahmen – im Vordergrund stehen die schon mehrfach thematisierten Herausgabeverbote – vorsehen und das

²¹⁰ Siehe dazu auch SCHRAMM (Fussnote 103), S. 494.

²¹¹ Ob sich ausländische Amtshandlungen hinsichtlich der Eingriffsintensität überhaupt unterscheiden lassen, wäre ebenso noch zu prüfen wie die Frage, ob die Intensität etwa dadurch gemildert werden könnte, dass eine schweizerische Behörde die ausländische Behörde bei der Vornahme der Amtshandlung begleitet.

²¹² Entscheid des Bundesrates vom 25. Juni 1997, VPB 61.82, E. III. 4.

Verfahren regeln²¹³. Gesetzlich zu bestimmen wäre andererseits aber auch, unter welchen Voraussetzungen – Dringlichkeit? Schwere der drohenden Souveränitätseinbusse? – der Bundesrat zu diesen Massnahmen greifen können soll²¹⁴.

7 Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Aus der Analyse des geltenden Rechts und der diskutierten Regelungslücken und Rechtsunsicherheiten ergibt sich ein mehrfacher gesetzgeberischer Handlungsbedarf: Für die grenzüberschreitende Amtshilfe ist eine Querschnittregelung zu schaffen, die sich mindestens zu folgenden Aspekten äussert: zulässige Formen der Amtshilfe; zulässige Zwangsmittel, welche die schweizerischen Behörden in Erfüllung ausländischer Amtshilfeersuchen einsetzen dürfen; Verweigerungsgründe für die Gewährung der Amtshilfe; verfahrensrechtliche Erledigung ausländischer Amtshilfeersuchen sowie Mitwirkungspflichten und der Rechtsschutz der an diesen Verfahren beteiligten Privaten. Weiter ist die Rechtslage bezüglich der Bewilligungen für Amtshandlungen zugunsten eines ausländischen Staates so zu ändern, dass die festgestellten Rechtsunsicherheiten in der Praxis ausgeräumt werden können. Schliesslich sind gesetzliche Rahmenbedingungen für Massnahmen des Bundesrates zu schaffen, mit denen drohenden Souveränitätskonflikten mit ausländischen Staaten begegnet werden kann. In welche Form diese gesetzlichen Massnahmen gegossen werden sollen – neues Gesetz, Mantelerlass, Teilrevisionen verschiedener Gesetze – ist heute noch nicht geklärt.

²¹³ Eine bedeutende und klärungsbedürftige Verfahrensfrage wird sein, ob und wie die Bundesversammlung bzw. die parlamentarischen Kommissionen einzubeziehen sein werden.

²¹⁴ Eine vergleichbare Ausgangslage bot sich für eine – vom Parlament nicht weiter verfolgte – Teilrevision des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 1996 über die Kontrolle zivil und militärisch verwendbarer Güter sowie besonderer militärischer Güter (Güterkontrollgesetz, GKG; SR 946.202), mit der dem Bundesrat die Möglichkeit eingeräumt werden sollte, Bewilligungen zu verweigern, wenn "die Wahrung wesentlicher Interessen des Landes es erfordern". Siehe dazu BBl 2009 4317, insbesondere S. 4323 und S. 4328 f.