

Konflikt um Kundendaten: Die Situation der UBS vor dem Abkommen 09

MARTIN SCHAUB *

Schlagworte: UBS, Abkommen 09, Bankgeheimnis, Justizkonflikt, Steuerhinterziehung, John Doe Summons, Editionsbefehl

A. Einleitung

Am 19. August 2009 verpflichtete der Bundesrat die Schweiz im sogenannten «Abkommen 09» oder «UBS-Abkommen»¹, den USA im UBS-Fall Amtshilfe nicht nur bei Steuerbetrug, sondern auch bei gewissen Fällen der Steuerhinterziehung zu leisten. Er begründete die Notwendigkeit des Abkommens damit, dass so ein akuter Justiz- und Souveränitätskonflikt mit den USA gelöst werden könne.² Die UBS sehe sich unvereinbaren Rechtspflichten von Seiten der USA und der Schweiz ausgesetzt, deren Folgen für sie existenzbedrohend sein könnten. Ein Untergang der Bank wiederum würde der schweizerischen Volkswirtschaft erheblichen Schaden zufügen.³

Am 21. Januar 2010 erklärte das Bundesverwaltungsgericht das UBS-Abkommen in Bezug auf Amtshilfe für Steuerhinterziehung für ungültig, da es diesbezüglich dem schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA)⁴ widerspreche und diesem untergeordnet sei.⁵ Dieser Mangel

* Dr. iur., Visiting Researcher an der Harvard Law School. – Ich danke Bradley Bondi, Lukas Häsig, Christine Kaufmann, Andreas Kolb, Marcel Küchler, Andreas Lowenfeld und Markus Reich für ihre Hinweise.

1 SR 0.672.933.612.

2 S. die Botschaft des Bundesrats vom 14. April 2010 zur Genehmigung des UBS-Abkommens (im Folgenden «Botschaft»), BBl 2010 2965, S. 2972 f.

3 Ebd., S. 2971 f.

4 SR 0.672.933.61.

5 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7789/2009 vom 21. Januar 2010, auszugsweise publiziert als BVGE 2010/7. – In seinem Urteil A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5. März 2009 hatte dasselbe Gericht in einem obiter dictum noch die gegenteilige Ansicht vertreten, dass unter dem DBA auch Steuerhinterziehung amthilfefähig sein könne (Ziff. 5.4). Im Urteil vom 21. Januar 2010 vernebelte es diese frühere Aussage und behauptete kurzerhand, diese hätte sich auf eine andere Frage bezogen (Ziff. 6.5.1).

wurde mit der Genehmigung des Abkommens durch die Bundesversammlung am 27. Juni 2010 beseitigt.

Der vorliegende Artikel untersucht, ob ohne das Abkommen tatsächlich ein Justizkonflikt zu erwarten war und was dessen mutmassliche Folgen für die UBS gewesen wären. Er kommt zum Schluss, dass namentlich bei einer Beschlagnahme der umstrittenen Kundendaten durch die Schweizer Behörden der UBS vermutlich keine Sanktionen in den USA gedroht hätten, der Konflikt also wohl zu Gunsten der Schweiz ausgegangen wäre. Es bestand aber auch das Risiko eines anderen Ausgangs, und es ist nachvollziehbar, dass der Bundesrat (und später das Parlament) dieses nicht eingehen wollte – allerdings zu einem hohen staatspolitischen Preis.

B. Entwicklung bis zum 19. Februar 2009

I. Strafuntersuchung des Department of Justice gegen die UBS ab 2007

2007 legte der ehemalige UBS-Privatkundenberater Bradley Birkenfeld dem US-Justizdepartement (DoJ) Material vor, das unerlaubte Steuerhinterziehungsgeschäfte seiner Bank mit US-Kunden belegte. Im selben Jahr bekannte sich sein ehemaliger Kunde Igor Olenicoff der Steuerhinterziehung für schuldig und lieferte dem DoJ weitere Informationen über die illegalen UBS-Praktiken. Die darauf eingeleiteten Untersuchungen drohten im Februar 2009 in eine förmliche Anklage (indictment) gegen die UBS wegen Verschwörung zum Betrug der USA⁶ zu münden.⁷ Der mit einem indictment verbundene Vertrauens-

6 18 U.S.C. § 371.

7 S. den Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen des National- und des Ständerats vom 30. Mai 2010 «Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA» (im Folgenden: GPK-Bericht), S. 212 f., 215, 229, 248, 255, 262 (sog. «Drohbrief» des DoJ an die UBS vom 17. Februar 2009 mit der Aussage «If UBS fails to enter into this deferred prosecution agreement with the Department of Justice by February 18, 2009, the trial team will immediately seek authorization to obtain a criminal indictment against the bank»), 263–265, sowie die Stellungnahme der FINMA vom 26. November 2010 zum GPK-Bericht, <www.finma.ch/d/aktuell/Documents/gpk-stellungnahme_finma_20101126_d.pdf>, S. 5 f. (das amerikanische Fed habe die Gefahr einer Anklage mehrfach bestätigt). S. demgegenüber aber auch S. 254 des GPK-Berichts: «Der General Counsel der UBS [Markus Diethelm] habe [um den 10. Februar 2009] die Meinung vertreten, eine Anklage gegen die Bank könne wohl ausgeschlossen werden, da die USA eine derartige Destabilisierung der Finanzwelt nicht verschulden wollten. Es könnte jedoch zu einer Anklageerhebung gegen die Herren Kurer und Rohner kommen.» Auch LUKAS HÄSSIG, *Paradies perdu*. Wie die Schweiz ihr Bankgeheimnis verlor, Hamburg 2010, S. 160–164, hegt grosse Zweifel an der Gefahr einer Anklage der Bank und sieht es als wahrscheinlicher an, dass die FINMA-Aktion dem Schutz der genannten beiden Personen diene; gleicher Meinung ist Nationalrat Paul Rechsteiner (AB NR 2010 838). Dies ist brisant, da demnach die Aktion der FINMA vom 18. Februar 2009 (s.u. Abschnitt B.II) nicht nur einer juristischen, sondern auch einer faktisch-wirtschaftlichen Rechtfertigung entbehrte und ev. nur aus personeller Rücksichtnahme geschah (oder um der UBS Unannehmlichkeiten zu ersparen, die aber nicht existenzbedrohend gewesen wären). Es ist bedauerlich, dass im GPK-Bericht dieser zentralen Frage nicht näher nachgegangen und diese auch nicht

verlust hätte für die UBS, die aufgrund der Finanzkrise sowieso schon stark geschwächt war, das Ende bedeuten können.⁸

In der Schweiz wurde damals die Vermutung geäußert, die USA hätten sich ganz gezielt die UBS als schweizerische Bank ausgesucht, um eine Konkurrentin ihrer eigenen Finanzinstitute sowie allgemein den Finanzstandort Schweiz zu schwächen.⁹ Das ist unplausibel. Die US-Behörden wären gegenüber einem amerikanischen oder anderen ausländischen Unternehmen, welches vergleichbare – und vergleichbar gut beweisbare – Verfehlungen wie die UBS begangen hätte, genauso hart vorgegangen. Dies zeigt z.B. das Verfahren gegen die amerikanische¹⁰ KPMG LLP, welche einige Jahre zuvor ebenfalls der Beihilfe zur Steuerhinterziehung beschuldigt worden war. Ganz ähnlich wie die UBS sah sich die KPMG LLP gezwungen, in einem Deferred Prosecution Agreement (DPA) u.a. einer Zahlung von 456 Mio. USD zuzustimmen und die fehlbaren Geschäftsbereiche zu schliessen.¹¹ Auch zahlreiche andere US-Unternehmen mussten in den letzten Jahren hohe Busen und Schadenersatzzahlungen hinnehmen bzw. diesen in Vergleichen¹² oder

durch eine PUK (s. AB NR 2010 868–874) oder eine nachträgliche Zusatzuntersuchung der GPK (s. AB SR 2010 609 f. [Reimann], 612 [Janiak], 614 [Berset], und insbesondere – im vorliegenden Kontext – 621 [Sommaruga]) abgeklärt wurde. Auch Bundesrätin Widmer-Schlumpf blieb im Parlament eine Antwort auf eine entsprechende Frage schuldig (AB NR 2010 828).

- 8 GPK-Bericht, S. 215, 229, 258, 263, 265.
- 9 So führte Christoph Blocher in der Sendung Teleblocher vom 21. Februar 2009 aus, dass ein Strafverfahren gegen die UBS wahrscheinlich nicht durchgeführt worden wäre, wenn es sich um eine nur in den USA tätige Bank gehandelt hätte. «Die UBS ist natürlich eine Konkurrentin in den USA. Und die sagen natürlich, wir schauen jetzt, die ist geschwächt, wir wollen die zerstören. Also da geht's, da kommt der Wirtschaftskrieg ... Im Grunde genommen ist es natürlich klar, sie wollen eine Konkurrentin treffen, massiv treffen» (ab Minute 4:30). Und CVP-Nationalrat Pirmin Bischof sagte im Tagesgespräch auf DRS 1 vom 27. Februar 2009: «Die UBS ist für die amerikanische Administration und Finanzaufsicht ein sehr dankbares Opfer gewesen, indem sie die grösste Vermögensverwaltungsbank der Welt ist. Und was im Moment stattfindet, ist, vielleicht etwas übertrieben gesagt, ein Wirtschaftskrieg, indem die drei grossen übriggebliebenen Finanzstandorte, London, New York und Zürich/Genf einen gewissen Fight austragen. Die beiden anderen haben den Vorteil, dass sie ein grösseres Land hinter sich haben. Es ist sehr naheliegend, dass man gegen den grössten Konkurrenten vorgeht und dort ein gutes Argument sucht ... Beim Finanzplatz Schweiz hat man jetzt wegen der Unterscheidung Steuerbetrug und Steuerhinterziehung in den USA eine rechte Affäre veranstaltet. Aber mit einem Hintergedanken: Das Ziel ist, den Finanzplatz Schweiz möglichst stark zu schwächen» (ab Minute 5:45).
- 10 Die KPMG LLP ist, wie alle KPMG-Ländergesellschaften, dem losen internationalen Netzwerk der KPMG-Gesellschaften angeschlossen, ist aber faktisch und rechtlich ein eigenständiges amerikanisches Unternehmen.
- 11 S. das DPA vom 26. August 2005, <www.justice.gov/usao/nys/pressreleases/August/kpmgdpagmt.pdf>; dazu auch CHRISTOPHER A. WRAY/ROBERT K. HUR, Corporate Criminal Prosecution in a Post-Enron World: The Thompson Memo in Theory and Practice, Am. Crim. L. Rev. 43 (2006), S. 1095–1188, 1141.
- 12 Z.B. zahlte Pfizer 2009 auf Grundlage eines Vergleichs wegen rechtswidriger Werbe- und Verkaufspraktiken für Medikamente die Rekordsumme von 2,3 Mrd. USD an Bund und Staaten der USA (s. <www.stopmedicarefraud.gov/pfizerfactsheet.html>). Der Gesundheitsdienstleister HCA Inc. hatte 2000 und 2003 wegen Betrugs an Bundes-Krankenversicherungen ebenfalls aufgrund von Vergleichen insgesamt 1,7 Mrd. USD an den Bund zu zahlen (s. die Pressemitteilung des DoJ vom 26. Juni 2003, <www.justice.gov/opa/pr/2003/June/03_civ_386.htm>).

DPA¹³ zustimmen. Als ein Beispiel für eine Strafverfolgung eines amerikanischen Unternehmens mit noch weit drastischeren Folgen sei schliesslich auf die Arthur Andersen LLP hingewiesen. Diese wurde 2002 im Zusammenhang mit dem Enron-Skandal wegen Behinderung der Justiz angeklagt, obwohl hier nur sehr wenige und relativ untergeordnete Mitarbeiter angeblich Verfehlungen begangen hatten. Das Unternehmen ging nach der Anklage unter. Später wurde es verurteilt, die Verurteilung aber schliesslich vom Supreme Court wegen Verfahrensmängeln wieder aufgehoben.¹⁴

Dies alles zeigt deutlich, dass von einer nationalistisch oder protektionistisch motivierten Strafverfolgung oder Benachteiligung der UBS keine Rede sein kann.¹⁵ Das DoJ und vor allem die sehr unabhängige und integre US-Justiz gäben sich auch nicht zu solchen Missbräuchen hin. Das soll nicht heissen, es sei der US-Regierung nicht sehr gelegen gekommen, dass sie gerade in dieser Zeit eines explodierenden Haushaltsdefizits Beweise für Steuerhinterziehung in grossem Umfang in die Hände bekam und auf hohe Steuernachzahlungen und Bussen hoffen konnte. Auch ihrem generellen Kampf gegen Steuerschlupflöcher im Ausland war dies überaus dienlich. Aber die Strafverfolgung der UBS hätte auch ohne diese besonderen Umstände stattgefunden.

II. Deferred Prosecution Agreement vom 18. Februar 2009

Das DoJ erklärte sich ab Ende 2008 bereit, mit der UBS ein DPA abzuschliessen und damit vorläufig auf ein Strafverfahren zu verzichten. Vorbedingung war, dass die Dossiers von rund 250 amerikanischen UBS-Kunden an die USA übermittelt würden. Um den Weg zu einem DPA freizumachen, ordnete die FINMA am 18. Februar 2009 gestützt auf Art. 25 und 26 BankG eine solche Datenübergabe an, worauf das DPA¹⁶ am selben Tag abgeschlossen werden konnte.

13 S. z.B. die DPAs der Bank Wachovia vom 16. März 2010, abrufbar unter <www.justice.gov/usao/fls/PressReleases/100317-02.html> (Zahlung von 160 Mio. USD wegen der Verletzung von Geldwäschepräventions-Vorschriften); der American Express Bank International vom 3. August 2007, <www.law.virginia.edu/pdf/faculty/garrett/americanexpress.pdf> (Zahlung von 55 Mio. USD ebenfalls wegen der Verletzung von Geldwäschepräventions-Vorschriften); von Bristol-Myers Squibb vom 13. Juni 2005, abrufbar unter <www.justice.gov/usao/nj/press/2005releases.html> (im Rahmen des DPA und früherer Vereinbarungen Zahlung von ca. einer Milliarde USD – hauptsächlich an geschädigte Anleger – wegen Kursmanipulation); und von AOL vom 14. Dezember 2004, <www.law.virginia.edu/pdf/faculty/garrett/aol.pdf> (Zahlung von 150 Mio. USD an Anleger und 60 Mio. USD als Busse wegen Kursmanipulation). Zahlreiche weitere Beispiele von DPAs und Nonprosecution Agreements bei WRAY/HUR (Fn. 11), S. 1138–1170.

14 Arthur Andersen LLP v. United States, 544 U.S. 696 (2005).

15 Ebenso LUKAS HÄSSIG, «Verschwörung gegen die USA», TA-Magazin vom 3. April 2010, der sogar von einer «Schonung für die UBS» (etwa im Vergleich mit Arthur Andersen) spricht.

16 Deferred Prosecution Agreement, United States v. UBS AG, No. 09–60033-CR-COHN (S.D. Fla. Feb. 18, 2009).

Die UBS hatte unter dem DPA u.a. die Verschwörung zum Betrug der USA anzuerkennen, 780 Mio. USD (als Gewinnrückzahlung, Steuernachzahlung und Busse) zu zahlen, das grenzüberschreitende US-Geschäft einzustellen und mit den weiteren Untersuchungen zu kooperieren. Im Gegenzug wurde die Strafverfolgung für vorerst 18 Monate aufs Eis gelegt, konnte aber bei einer wesentlichen Verletzung (material violation) des DPA wieder aufgenommen werden.¹⁷ Die Feststellung einer «material violation» lag im alleinigen Ermessen der USA.¹⁸

Später erklärte das Bundesverwaltungsgericht die FINMA-Anordnung für rechtswidrig,¹⁹ was aber an der damals sofort vollzogenen Datenübergabe nichts mehr ändern konnte und auch das DPA nicht mehr in Frage stellte.

III. Ermittlungen des IRS und John Doe Summons vom 21. Juli 2008

Gestützt auf dieselben Informationen wie das DoJ ermittelte ab 2007 die US-Steuerbehörde IRS wegen Steuerhinterziehung gegen amerikanische UBS-Kunden. Um deren Identität aufzudecken, beantragte der IRS beim Bundesbezirksgericht für den südlichen Bezirk Floridas, der UBS eine «John Doe Summons» (JDS)²⁰ zustellen zu dürfen.²¹ Mit dieser sollte die Bank verpflichtet werden, die Unterlagen aller US-Steuerpflichtigen mit undeklarierten Konten oder Depots bei der UBS in der Schweiz herauszugeben.²² Am 1. Juli 2008 gab das Gericht dem Antrag statt.²³ Am 21. Juli 2008 stellte der IRS der UBS die Summons zu und forderte sie auf, ihr Informationen über bestimmte

17 S. DPA, Ziff. 14 und 16.

18 S. DPA, Ziff. 16–18.

19 Urteil B-1092/2009 vom 5. Januar 2010.

20 Abgedruckt in «Tax Haven Banks and U.S. Tax Compliance: Obtaining the Names of U.S. Clients with Swiss Accounts», Senate Hearing No. 111–30 Before the Permanent Subcomm. on Investigations of the Comm. on Homeland Security and Gov. Affairs, 111th Cong. (2009), S. 274–278, 353–358.

21 Grundlage war 26 U.S.C. § 7609(f).

22 Über die Zahl dieser Kunden und die Höhe ihrer undeklarierten Vermögen bei der UBS sind unterschiedliche Angaben gemacht worden. In einer Medienmitteilung vom 19. Februar 2009 sprach das DoJ von 52 000 Konten mit 14.8 Mrd. USD (<www.justice.gov/tax/txdv.htm>). Zum selben Zeitpunkt nannte jedoch die US-Regierung in der Anklageschrift gegen die UBS die Zahl von 17 000 Private-Banking-Kunden mit Vermögen von 20 Mrd. USD (information [Fn. 48], Ziff. 4). Und die UBS selber hatte 2008 von 19 000 derartigen Kunden mit 18 Mrd. USD gesprochen (s. Declaration of Daniel Reeves, United States v. UBS AG, No. 09–20423 (Gold/McAliley) (S.D. Fla. Feb. 19, 2009), S. 7). – Hier wird von der Zahl von 52 000 Konten ausgegangen.

23 In re Tax Liabilities of John Does, No. 08–21864-MC (Lenard/Garber) (S.D. Fla., July 1, 2008). – Es war offenbar das erste Mal, dass eine JDS gegen eine ausländische Bank verfügt wurde (LAWRENCE S. FIELD, Undeclared Foreign Accounts, Tax Fraud and the UBS Investigations: Is a Voluntary Disclosure to the IRS the Right Approach?, BNA Tax Mgmt. Mem. 50 [2009] 227, nach Fn. 12).

US-Kunden vorzulegen. Die UBS kam dieser Aufforderung jedoch nicht nach.²⁴ Der IRS hatte dies auch nicht erwartet, sondern war damit einverstanden, dass vorerst der Ausgang des sogleich zu beschreibenden Amtshilfepflichtverfahrens abgewartet würde.²⁵ Später wurde vereinbart, dass die UBS den Teil der Kundendaten vorlegen solle, der in den USA lag und deshalb dem schweizerischen Bankgeheimnis nicht unterstand; dies geschah dann auch.²⁶

IV. Amtshilfegesuch des IRS vom 16. Juli 2008

Parallel zum JDS-Verfahren hatte der IRS am 16. Juli 2008 bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung EStV ein Amtshilfegesuch eingereicht, um auf diesem Weg an einen Teil der gewünschten Informationen zu gelangen.²⁷ Das Gesuch stützte sich auf Art. 26 DBA, welcher Amtshilfe nur in den Fällen von «Betrugsdelikten und dergleichen» erlaubt. Aus diesem Grund beschränkte der IRS das Gesuch auf US-Steuerpflichtige, die mittels offshore-Gesellschaften Steuern hinterzogen hatten, gilt doch die Verschleierung der Vermögens- und Einkommensverhältnisse mittels Zweckgesellschaften jedenfalls im Kontext des Qualified-Intermediary-Systems und bei Missachtung der gesellschaftsrechtlichen Formalien als betrügerische Machenschaft.²⁸ Dieses Gesuch erfasste wohl gegen 2000 Fälle.²⁹ Wie mittlerweile bekannt ist, hatten Bundesbehörden und UBS den USA bei der Ausarbeitung dieses Gesuchs stark geholfen, ja dieses – in Zusammenarbeit mit Professor Waldburger, selbst ehemaliger EStV-Mitarbeiter – praktisch vorformuliert. Den USA wurden sogar Kopien der Akten, auf deren Herausgabe das Gesuch gerade abzielte, herausgegeben,

24 S. Petition to enforce John Doe Summons, United States v. UBS AG, No. 09–20423 (Gold/McAliley) (S.D. Fla. Feb. 19, 2009), Ziff. 11.

25 S. Brief of UBS AG in Opposition to the Petition to Enforce the John Doe Summons, United States v. UBS AG, No. 09–20423 (Gold/McAliley) (S.D. Fla. Apr. 30, 2009), S. 14 f.; United States Department of Justice, Memorandum of Law in Support of Petition to Enforce «John Doe» Summons, United States v. UBS AG, No. 09–20423 (Gold/McAliley) (S.D. Fla. June 30, 2009), S. 5 Fn. 3.

26 S. Brief of UBS (Fn. 25), S. 3, 18 f., 47; Tax Haven Hearing (Fn. 20), S. 28 f., 39, 59, 60 (Aussagen von Mark Branson von der UBS). S.a. DoJ Memorandum (Fn. 25), S. 6 Fn. 3, und DPA, Ziff. 10 («UBS undertook substantial efforts to provide information to assist United States investigators while complying with established Swiss legal restrictions governing information exchange»).

27 S. GPK-Bericht, S. 169 f.

28 S. das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5. März 2009, wo das Amtshilfegesuch des IRS deshalb – in Bezug auf den konkreten Fall – als zulässig beurteilt wurde (zustimmend auch das Urteil A-7789/2009 vom 21. Januar 2010, E. 6.5.3; s. weiter PETER HONEGGER/ANDREAS KOLB, Amts- und Rechtshilfe: 10 aktuelle Fragen, ASA 77 [2009], S. 789–823, 810 Fn. 136, und HÄSSIG [Fn. 7], S. 134). Auch der Umstand, dass das Gesuch die Namen der betreffenden Steuerpflichtigen nicht nannte, wurde nicht als Hindernis angesehen (was unter anderen HONEGGER/KOLB, S. 800, zu Recht kritisieren).

29 S. GPK-Bericht, S. 212, 223.

wobei immerhin die Namen abgedeckt wurden.³⁰ Dieses Vorgehen, welches die Abläufe und den Sinn eines Amtshilfeverfahrens auf den Kopf stellt, erscheint – wie leider allzu vieles in dieser Affäre – höchst problematisch. In der Lehre gilt die Leistung einer derart weitgehenden «Vorhilfe» jedenfalls als unzulässig.³¹

V. **Klage des IRS vom 19. Februar 2009 auf Vollstreckung der John Doe Summons**

Bis Mitte Februar 2009 hatte die EStV 26 Schlussverfügungen im Amtshilfeverfahren erlassen, in denen sie die Voraussetzungen zur Leistung von Amtshilfe bejahte. Diese Verfügungen waren wegen hängigen Rechtsmitteln oder noch laufenden Rechtsmittelfristen allesamt noch nicht rechtskräftig geworden,³² so dass sieben Monate nach Eingang des Amtshilfesuchs noch kein einziges Kundendossier an die USA übermittelt worden war. Angesichts dessen verlor der IRS die Geduld und das Vertrauen in dieses Verfahren³³ und reichte am 19. Februar 2009 (einen Tag nach Abschluss des DPA, an welchem sich der IRS nicht beteiligte) eine Klage auf gerichtliche Vollstreckung der John Doe Summons (enforcement action) ein.³⁴ Zum selben Zeitpunkt zog er das Amtshilfesuch zurück.³⁵

30 S. HÄSSIG (Fn. 7), S. 132–135.

31 S. HÖNEGGER/KOLB (Fn. 28), S. 802.

32 GPK-Bericht, S. 264.

33 Vgl. STEFAN OESTERHELT, Amtshilfe im internationalen Steuerrecht der Schweiz, Jusletter vom 12. Oktober 2009, Rz. 118: «Die Behandlung von Amtshilfesuchen soll praxisgemäss vom Zeitpunkt ihres Eingangs bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides nicht länger als ein halbes Jahr dauern».

34 Petition to enforce John Doe Summons, United States v. UBS AG, No. 09–20423 (Gold/McAliley) (S.D. Fla. Feb. 19, 2009). – Grundlage war 26 U.S.C. §§ 7402(b) und 7604.

35 S. Botschaft, S. 2972; BRADLEY J. BONDI, Don't Tread on Me: Has the United States Government's Quest for Customer Records from UBS Sounded the Death Knell for Swiss Bank Secrecy Laws?, *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 30 (2010), S. 1–21, 10, 17, 20. – Gemäss dem DoJ Memorandum (Fn. 25), S. 13, und dem Amicus curiae brief des Bundesrats, United States v. UBS AG, No. 09–20423 (Gold/McAliley) (S.D. Fla. Apr. 30, 2009), S. 10, soll dieser Rückzug im Rahmen des DPA vereinbart worden sein. In dessen Text ist allerdings kein Hinweis auf eine solche Vereinbarung ersichtlich.

C. Drohender schweizerisch-amerikanischer Rechtskonflikt durch eine Vollstreckung der John Doe Summons ab dem 19. Februar 2009

I. Allgemeines

Die UBS hatte im DPA und im Rahmen ihrer übrigen Kooperation mit den ermittelnden US-Behörden eindeutige Hinweise auf umfangreiche Steuerhinterziehung durch ihre amerikanischen Kunden geliefert. Von da her schien die John Doe Summons, mit der die Identität dieser Kunden aufgeklärt werden sollte, begründet, und es war grundsätzlich sehr gut denkbar, dass das Gericht dem Vollstreckungsgesuch des IRS stattgeben und eine enforcement order erlassen würde.³⁶

Auch die Möglichkeit eines (erneuten) Amtshilfegesuchs unter dem DBA wäre dem kaum entgegengestanden. Nach amerikanischer Auffassung begründen Amts- und Rechtshilfeverträge per se keine Pflicht, die darin vorgesehenen Wege zu beschreiten, sondern ergänzen die entsprechenden unilateralen Möglichkeiten bloss. Etwas anderes gilt nur, wenn sich dies aus dem Staatsvertrag klar ergibt. So sind gemäss der *Aérospatiale*-Entscheidung³⁷ die im Haager Beweisübereinkommen vorgesehenen Methoden der Beweisbeschaffung im Ausland nicht zwingend, sondern fakultativ. Auch in *United States v. Álvarez-Machain*³⁸ sah der Supreme Court im Auslieferungsvertrag zwischen Mexiko und den USA kein implizites Verbot, Personen auf andere Weise als durch offizielle Auslieferung aus dem anderen Vertragsstaat herbeizubringen.³⁹ Zu einem differenzierten Schluss kam er in *Volkswagen Aktiengesellschaft v. Schlunk*⁴⁰ für das Haager Zustellungsübereinkommen: Bei einer Zustellung gerichtlicher Schriftstücke ins Ausland sei das im Übereinkommen festgelegte Verfahren zwingend, aber es lasse die Möglichkeit unberührt, ausländischen Parteien solche Schriftstücke ersatzweise auch an Vertreter im Inland zuzustellen, wenn das Recht des Forumsstaats dies erlaube. – Entscheidend war in allen diesen Fällen primär der Wortlaut der betreffenden Verträge.

Dem Wortlaut des DBA lässt sich nicht entnehmen, dass ein Amtshilfeverfahren die einzige Möglichkeit darstellen soll, Informationen über Steuervergehen aus dem anderen Staat zu erlangen. Der Bundesrat ist zwar der Auffassung,

36 LYNNLEY BROWNING, *Switzerland Rejects Deal to Share Banking Data*, N.Y. Times, 9. Juni 2010, S. B3, lässt allerdings den wahrscheinlichen Ausgang dieses Verfahrens offen. – Zur Frage, ob das Gericht allenfalls wegen des drohenden Konflikts mit Schweizer Recht den Antrag abgelehnt hätte, s. unten E.II.

37 *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S.* District Court, 482 U.S. 522 (1987).

38 504 U.S. 655 (1992).

39 In casu hatten US-Beamte einen Mexikaner in die USA entführt. Dass dies allgemeines Völkerrecht verletzte, war unbestritten, bedeutete aber nicht automatisch auch eine Verletzung des Auslieferungsvertrags.

40 486 U.S. 694 (1988).

dass dies implizit der Sinn solcher Bestimmungen sei.⁴¹ Ein solches «implizites» Vertragsverständnis ist allerdings kaum haltbar: Wenn der Schweiz an der Exklusivität des Amtshilfeverfahrens gelegen gewesen wäre, hätte sie dafür sorgen müssen, dass dies im Vertragswortlaut verankert wurde, zumal ihr bekannt sein musste, dass die USA eine «implizite» Exklusivität generell nicht anerkennen. Nach «Treu und Glauben»⁴² folgt aus Art. 26 DBA deshalb keine Pflicht, unilaterale extraterritoriale Beweisanordnungen zu unterlassen. Und selbst wenn sich völkerrechtlich etwas anderes begründen liesse, wäre eine solche Argumentation vor einem US-Gericht chancenlos. Dies zeigt die *Vetco*-Entscheidung von 1981, in der es das Gericht ablehnte, der diesbezüglich gleich formulierten Bestimmung im DBA von 1951 eine ausschliessliche Wirkung beizulegen.⁴³ Die Möglichkeit eines Amtshilfeverfahrens (welche ohnehin auf Fälle von Steuerbetrug beschränkt gewesen wäre) wäre also einer Gutheissung der Vollstreckungsklage des IRS nicht entgegengestanden.

Falls das Gericht die Klage bewilligt hätte, hätte es dies zwar vermutlich nicht in vollem Umfang – d.h. in Bezug auf alle ca. 52 000 undeklarierten Konten oder Depots amerikanischer UBS-Kunden – getan, sondern nur beschränkt auf einen engeren Personenkreis, bei dem handfestere Indizien für Steuervergehen bestanden.⁴⁴ Ungeachtet dessen drohte aber ein Seilziehen zwischen den USA, der UBS und der Schweiz um die Kundendaten, da der Herausgabepflicht unter US-Recht schweizerische Herausgabeverbote entgegenstanden.

Im Folgenden werden zunächst die jeweiligen Konsequenzen einer Missachtung der amerikanischen bzw. schweizerischen Pflichten dargelegt (Abschnitte C.II und C.III). Dies geschieht unter der provisorischen Annahme, dass diese Pflichten trotz des Konflikts mit der anderen Rechtsordnung aufrechterhalten worden wären. Anschliessend wird diese Annahme hinterfragt: Wären die schweizerischen Herausgabeverbote angesichts einer enforcement order in Wirklichkeit gar nicht verbindlich bzw. ein Verstoß dagegen nicht strafbar gewesen, weil ein Notstand vorgelegen hätte (Abschnitt D)? Oder hätten umge-

41 S. den Amicus curiae brief (Fn. 35), S. 11, 13; s.a. VPB 51.5, Ziff. III.2.d: «In der Vereinbarung eines bestimmten Verfahrens zwischen zwei Staaten [in casu ging es um die Bestimmung zum Informationsaustausch im schweizerisch-amerikanischen DBA von 1951] liegt aber, nach schweizerischer Auffassung, zugleich die Absicht, sich künftig dieser Verfahrensweise zu bedienen. Die Anordnung und Durchsetzung einer «Subpoena» [an die Marc Rich & Co. AG, zur Aktenedition] können daher auch einen Verstoß gegen zwischenstaatliche Vereinbarungen darstellen.»

42 Art. 31 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (SR 0.111).

43 *United States v. Vetco*, 691 F.2d 1281, 1285–86 (9th Cir. 1981), insb. 1286: «There is nothing in the treaty barring the use of summonses by the IRS to gather information. The treaty does not state that its procedures for the exchange of information are intended to be exclusive. There is no such indication in the treaty's legislative history» (all dies gilt auch für das aktuelle DBA von 1996).

44 S. BONDÍ (Fn. 35), S. 19 f. BONDÍ vermutet, dass sich die USA aus diesem Grund im UBS-Abkommen mit 4450 Kundendossiers – anstelle der mit der John Doe Summons angestrebten 52 000 – begnügen.

kehrt die US-Gerichte die John Doe Summons gar nicht erzwungen, weil dies einen Konflikt mit schweizerischem Recht bedeutet hätte (Abschnitt E)?

II. Konsequenzen der Nichtbefolgung einer enforcement order unter US-Recht

1. Wiederaufnahme der Strafverfolgung

Die grösste Gefahr bei der Nichtbefolgung einer enforcement order lag darin, dass die USA dies als wesentliche Verletzung des DPA hätten ansehen und die Strafverfolgung der UBS wieder aufnehmen können.⁴⁵ Dabei war verschiedentlich davon die Rede, dass der Bank eine «erneute strafrechtliche Anklage»⁴⁶ bzw. ein «indictment»⁴⁷ gedroht hätte. Das ist nicht korrekt. Das Strafverfahren gegen die UBS war vor dem DPA schon mit einer «information»⁴⁸ eingeleitet, aber aufgrund des DPA wieder sistiert worden.⁴⁹ Eine information ist eine Art formlose Anklage, bei der ein Strafverfahren durch simple Mitteilung der vorgeworfenen Tatbestände an das Gericht eingeleitet wird.⁵⁰ Sie stellt eine Alternative zum «indictment» dar, bei welchem die Staatsanwaltschaft eine Anklagekammer – die Grand Jury – von einem genügenden Anfangsverdacht überzeugen muss. Die UBS hatte im DPA auf ihr verfassungsmässiges Recht, erst nach einem indictment einer Strafverfolgung unterworfen zu werden,⁵¹ verzichtet.⁵² Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb das DoJ den Umweg über ein indictment hätte nehmen sollen, wenn es auf Grundlage der bereits anhängig gemachten information direkt mit dem Strafprozess hätte beginnen können.

Wie dem auch sei – eine Wiederaufnahme der Strafverfolgung wäre für die UBS nach Einschätzung des Bundesrats jedenfalls existenzgefährdend gewe-

45 S. DPA, Ziff. 13 und 16; GPK-Bericht, S. 260, 280.

46 Botschaft, S. 2974 f.; AB NR 2010 827 (Widmer-Schlumpf) («Wir haben [mit dem Abkommen] die Anklageerhebung in den USA verhindern können»); AB SR 2010 474 (dito); AB SR 2010 457 (Gutzwiller); AB SR 2010 466 (Frick); AB SR 2010 472 (Imoberdorf). Die Aussagen der Parlamentarier beziehen sich auf die Genehmigung bzw. Nichtgenehmigung des Abkommens durch die Bundesversammlung, die Situation stellt sich insoweit aber gleich dar wie beim Abschluss des Abkommens durch den Bundesrat.

47 BROWNING (Fn. 36).

48 Information, United States v. UBS AG, No. 09–60033 (Marra/Hopkins) (S.D. Fla.). Die im Internet verfügbare Version ist undatiert; die information muss aber jedenfalls vor dem 18. Februar 2009 eingereicht worden sein, schrieb doch das DoJ an diesem Tag in einer Medienmitteilung (<www.justice.gov/tax/txdv09136.htm>), dass «A criminal information was unsealed today that charges UBS with conspiring to defraud the United States by impeding the IRS». Die information war also schon vorher versiegelt eingereicht worden; nun machte man sie publik.

49 S. DPA, Ziff. 1. – Weil das Strafverfahren schon eingeleitet worden war, handelte es sich überhaupt um ein *Deferred* Prosecution Agreement und nicht um ein *Nonprosecution* Agreement. S. zu dieser Unterscheidung WRAY/HUR (Fn. 13), S. 1104 f.

50 S. PETER C. HONEGGER, Amerikanische Offenlegungspflichten in Konflikt mit schweizerischen Geheimhaltungspflichten, Zürich 1986, S. 95.

51 S. U.S. Const. amend. V i.V.m. Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 7(a)(1)(B).

52 DPA, Ziff. 1 und Exhibit A, Ziff. 1.

sen, da sie zu einem allgemeinen Vertrauensverlust am Markt hätte führen müssen. Die UBS hätte kaum mehr Kredit erhalten und wäre innert Kürze zahlungsunfähig geworden. Wegen ihrer Systemrelevanz hätte dies «einen beträchtlichen Schaden auch für den übrigen Bankensektor in der Schweiz sowie für die gesamte schweizerische Volkswirtschaft zur Folge gehabt»⁵³. Diese Einschätzung kontrastiert allerdings mit einer berichteten Aussage des neuen UBS-CEO Oswald Grübel vom Februar 2009. Dieser soll damals einem engen Mitarbeiter von Präsident Obama mitgeteilt haben, die UBS sei bereit, sich als Konsequenz des vergangenen Unrechts vollständig aus den USA zurückzuziehen und alle dortigen Mitarbeiter zu entlassen.⁵⁴ Demnach wäre das US-Geschäft für die UBS nicht unabdingbar gewesen. Da bei einer Strafverfolgung im schlimmsten Fall die Schliessung oder Pfändung der US-Niederlassungen drohte, wäre die UBS dadurch also kaum existenziell in Gefahr gekommen. Sie hätte schlicht ihren US-Teil aufgeben können und sich nicht weiter um das dortige Verfahren zu kümmern brauchen. Dies hätte zwar sicher grosse finanzielle Verluste für UBS-Aktionäre – und den Bund mit seiner Pflichtwandelanleihe – mit sich gebracht, volkswirtschaftliche Verheerungen drohten der Schweiz aber – wenn diese Überlegungen und der zugrundeliegende Zeitungsbericht stimmen – nicht. Auch Lukas Hässig ist der Meinung, dass die Gefahren für die Schweizer Volkswirtschaft damals überzeichnet wurden, wobei er eine andere Überlegung anstellt: Wäre die UBS wegen den Problemen in den USA zusammengebrochen, hätte die Schweiz deren Inlandsteil verstaatlichen können. Damit wäre ein reibungsloser Weiterbetrieb des «Finanzräderwerks im Inland» sichergestellt gewesen.⁵⁵ Ob dies allerdings tatsächlich so einfach möglich gewesen wäre, erscheint doch sehr fraglich. Denn dann wäre die vielbeschworene too-big-to-fail-Problematik gar kein echtes Problem gewesen, was kaum anzunehmen ist.

2. Direkte Sanktionen: Tagesbussen

Auch die direkten Sanktionen für die Nichtbefolgung einer enforcement order wären schmerzlich bis ruinös gewesen. Zu rechnen war mit Zwangsgeldern (Tagesbussen) in Millionenhöhe für jeden Tag der Nichterfüllung.⁵⁶ In einem ähnlichen Fall in den 80er-Jahren, in dem in einer Untersuchung wegen Insiderhandels von der Banca Della Svizzera Italiana Unterlagen herausverlangt worden waren, betrug die beantragten Tagesbussen noch 50 000 USD; daneben

53 S. Botschaft, S. 2971.

54 S. Le grand ménage chez UBS confié au Credit Suisse, Tribune de Genève, 27. Februar 2009, S. 3. – Dieser Pressebericht ist soweit ersichtlich nie demontiert worden.

55 HÄSSIG (Fn. 7), S. 28 f.; vorsichtiger dann S. 152 f.

56 S. BROWNING (Fn. 36) («possibly in the millions or tens of millions of dollars for each day of refusal»); s.a. Botschaft, S. 2970 («sehr hohe[] Beugebussen»); GPK-Bericht, S. 280 («substantielle Beugebussen»).

war u.a. auch die Sperrung aller Vermögenswerte der Bank in den USA, ihr Ausschluss von der US-Börse und die Verhaftung ihrer Funktionäre beantragt (und vom Richter grundsätzlich in Aussicht gestellt) worden.⁵⁷ Keine dieser Sanktionen musste schliesslich verhängt werden, da die Bank einen Weg fand, die Unterlagen auf legalem Weg herauszugeben. Im Marc Rich-Fall, bei dem es wie hier um Steuerhinterziehung ging, wurden ebenfalls Tagesbussen von 50 000 USD verhängt und auch effektiv eingetrieben.⁵⁸ In anderen steuerrechtlichen Fällen aus den 80er-Jahren betrugen sie 25 000 USD⁵⁹ oder auch nur 500 USD⁶⁰. 1973 wurde IBM in einem Wettbewerbsfall – auch für die Nichtbeachtung von Editionsbefehlen – mit contempt sanctions von 150 000 USD pro Tag belegt.⁶¹

Auch wenn Tagesbussen in Millionenhöhe soweit ersichtlich noch nie verhängt wurden, wären solche angesichts der Grösse der UBS und der Bedeutung der ersuchten Informationen für die Ahndung zahlreicher Steuervergehen wohl tatsächlich denkbar gewesen. Sanktionen anderer Art, wie die Sperrung von Vermögenswerten oder Lizenzentzüge, standen demgegenüber offenbar nicht zur Debatte.

III. Konsequenzen einer Datenherausgabe unter Schweizer Recht

1. Verletzung des Bankgeheimnisses

Eine Herausgabe der Kundendaten durch die UBS hätte gegen das Bankgeheimnis (Art. 47 BankG) verstossen.⁶² Strafbar gemacht hätten sich die Personen, welche die Kundendaten ausgeliefert oder dies angeordnet hätten. Ihnen drohten Freiheitsstrafen bis zu drei Jahren oder Geldstrafen.

Nach Auffassung bzw. Darstellung des Bundesrats wäre daneben (oder gar ausschliesslich) auch die *UBS selber* strafbar gewesen.⁶³ Eine strafrechtliche Unternehmensverantwortlichkeit setzt freilich voraus, dass die Tat «wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen

57 S. HONEGGER (Fn. 50), S. 62–64; ANDREAS F. LOWENFELD, *International Litigation and the Quest for Reasonableness*, RdC 245 (1994), S. 9–319, 215–218.

58 In re Marc Rich & Co., 707 F.2d 663, 670 (2d Cir. 1983); 736 F.2d 864, 865 (2d Cir. 1984); 739 F.2d 834, 835 (2d Cir. 1984). Insgesamt kumulierten sich die Bussen auf 21 Mio. USD; s. HONEGGER (Fn. 50), S. 60, 103 Fn. 64; CHRISTOPHER D. LIGUORI, *Yossarian's Nightmare: A «Catch-22» Between American Grand Jury Powers and Swiss Nondisclosure Laws – A New Solution*, Am. U. J. Int'l L. & Pol'y 2 (1987), S. 229–264, 248 Fn. 121.

59 United States v. Bank of Nova Scotia, 740 F.2d 817 (11th Cir. 1984). – Die Bank of Nova Scotia zahlte insgesamt 1 825 000 USD und händigte die Dokumente schliesslich aus (LOWENFELD [Fn. 57], S. 225).

60 United States v. Vetco, 691 F.2d 1281, 1284 (9th Cir. 1981).

61 S. IBM Corp. v. United States, 493 F.2d 112 (2d Cir. 1973).

62 S. Botschaft, S. 2969 f.

63 S. Botschaft, S. 2970: «Die UBS AG hätte offensichtlich gegen diese Strafbestimmung verstossen ...».

Person zugerechnet» werden kann.⁶⁴ In der Vorstellung des Bundesrats müsste es also bei der UBS derart unorganisiert zu und her gegangen sein, dass Tausende Kundendossiers ans Ausland hätten übergeben werden können, ohne dass nachher die dafür Verantwortlichen zu eruiieren gewesen wären. Damit stellte er sich die Probleme bei der Grossbank aber wohl doch zu drastisch vor. Zwar hatte die EBK beim US-Privatkundengeschäft der UBS tatsächlich Organisationsmängel feststellen müssen.⁶⁵ Daraus aber abzuleiten, dass eine Datenübergabe in völligem Chaos vonstatten gegangen wäre, geht natürlich viel zu weit. Der Bundesrat wird das auch nicht ernsthaft geglaubt haben. Ebenso unwahrscheinlich ist, dass die Juristenheere in der Bundesverwaltung ihn zur – in zwei Minuten abzuklärenden – Frage der Unternehmensverantwortlichkeit falsch berieten. Vielmehr drängt sich der Verdacht auf, dass die Regierung die Zwangslage der UBS bewusst überzeichnete, um dem Abkommen im Parlament zum Durchbruch zu verhelfen. Dieses Kalkül scheint auch aufgegangen zu sein, indem niemand auf diese Falschaussage aufmerksam machte – auch nicht, als sie im Parlament von Bundesrätin Widmer-Schlumpf und anderen den Staatsvertrag unterstützenden Politikern wiederholt wurde.⁶⁶

Die UBS selber hätte aber von den preisgegebenen Kunden zivilrechtlich auf *Schadenersatz* für die an den IRS zu zahlenden Bussen, die entstandenen Anwaltskosten usw. verklagt werden können, sei es in den USA oder in der Schweiz. Der Erfolg solcher Klagen wäre allerdings unsicher gewesen: Dass ein amerikanisches Gericht jemanden wegen der Befolgung einer US-Zwangsanordnung zu Schadenersatz – und dies erst noch zu Gunsten eines Delinquenten – verurteilt, ist kaum vorstellbar. Und unter Schweizer Recht sind Bussen von vornherein nicht erstattungsfähig;⁶⁷ ob das auch für andere Schadensposten gilt, die aufgrund der Offenlegung einer Steuerhinterziehung entstehen, ist bisher nicht entschieden worden. Zudem wäre der UBS möglicherweise der Entlastungsbeweis gelungen, dass ihr «keinerlei Verschulden zur Last» fiel,⁶⁸ weil sie unter amerikanischem Zwang handelte. Unter deutschem Recht scheint solches jedenfalls möglich zu sein;⁶⁹ es ist allerdings aus den unten beim Notstand angeführten Gründen⁷⁰ aus aussen- und staatspolitischer Sicht nicht unproble-

64 Art. 102 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 47 Abs. 6 Satz 2 BankG.

65 S. die Verfügung der EBK vom 21. Dezember 2008, FINMA-Bulletin 1/2010, S. 76, 88 f., Ziff. 4.1.

66 S. AB NR 2010 826 (Widmer-Schlumpf); AB SR 2010 473 (Widmer-Schlumpf); AB NR 2010 819 (Hassler); AB SR 2010 457 (Gutzwiller).

67 S. BGE 115 II 72.

68 Art. 97 Abs. 1 OR.

69 S. *United States v. First Nat'l City Bank*, 396 F.2d 897, 900 n.6 (2d Cir. 1968). Dort wird sogar eine Haftungsbefreiung wegen Unmöglichkeit erwähnt. Dies wäre vorliegend aber wohl abzulehnen: Eine extraterritoriale amerikanische Editionsanordnung an eine Schweizer Bank macht die Wahrung der Vertraulichkeit der Kundenbeziehung kaum (objektiv) unmöglich im Sinne von Art. 119 OR, wobei sich bei einer echten Existenzgefährdung der Bank allerdings auch das Gegenteil vertreten liesse.

70 S. Teil D, letzter Absatz.

matisch. Jedenfalls wären diese Klagen auch im Erfolgsfall für die UBS bei weitem nicht existenzbedrohend gewesen.

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

Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB bedroht mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, wer «auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen». Eine Übergabe von Kundendaten an die USA wäre für den IRS und damit «für einen fremden Staat» geschehen.⁷¹

Weniger offensichtlich ist, ob es sich um eine «Handlung [...], die einer Behörde oder einem Beamten zukomm[t]», gehandelt hätte. Voraussetzung dafür ist, dass eine Handlung «ihrer Natur nach amtlichen Charakter» trägt.⁷² Eine Übersendung von Daten bzw. eines Datenträgers ins Ausland ist per se nicht eine typische Amtstätigkeit; auch Private können CDs mit Daten usw. ins Ausland schicken und tun dies oft. Auch sieht das Bundesgericht die Einreichung von Urkunden in einem Gerichtsverfahren offenbar als nicht-amtliche Handlung an,⁷³ jedenfalls wenn dies nicht auf gerichtliche Anordnung hin geschieht. Andererseits ist aber doch nicht zu verkennen, dass eine solche Aktenherausgabe faktisch eine «private Amtshilfe» dargestellt hätte und Amtshilfe – wie schon der Begriff zeigt – mindestens nach schweizerischem Verständnis eine behördliche Aufgabe ist. Zudem stellt nach Ansicht des Bundesrats überhaupt jede Befolgung ausländischer Gerichtsanordnungen in der Schweiz eine verbotene Handlung für einen fremden Staat dar.⁷⁴

Die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals «ohne Bewilligung» hätte davon abgehängt, ob der Bundesrat einer Aktenübergabe zugestimmt hätte.⁷⁵ Er hätte dies kaum getan, da es für die rechtsstaatliche Glaubwürdigkeit der Schweiz und ihre Verhandlungsposition in zukünftigen ähnlichen Fällen fatal gewesen wäre, die gegen ausländische Einmischungen schützende «Barriere» von Art. 271 StGB auf Druck von aussen selbst niederzureissen bzw. zu öffnen. Zwar lag mit der FINMA-Anordnung vom 18. Februar 2009 schon eine Art Präzedenzfall in dieser Richtung vor, aber diese Aktion war allgemein scharf

71 S. BGE 114 IV 128, 132 E. 3b: «Als für einen fremden Staat vorgenommen gilt nach Lehre und Rechtsprechung jegliche Tätigkeit in dessen bzw. seiner Behörden Interesse».

72 Ebd., 130 E. 2b.

73 Ebd., 131 E. 2c: «Bei der Einreichung von Urkunden geht es im Unterschied zur Zeugenvernehmung um eine behördliches Handeln nicht erfordernde Parteivorkehr».

74 S. den Amicus curiae brief vom 13. März 1984 im Marc Rich-Fall, SJIR 40 (1984), S. 168. – In gewissem Widerspruch dazu steht freilich, dass der Bundesanwalt damals keine Strafverfolgung wegen Verletzung dieser Bestimmung ins Auge fasste (s. e contrario VPB 51.5, wo nur eine Ermächtigung zur Strafverfolgung unter Art. 273 StGB geprüft wird).

75 Zuständig wäre der Gesamtbundesrat gewesen; s. Art. 31 Abs. 2 RVOV (SR 172.010.1). – Eine zusätzliche kantonale Zustimmung wäre jedenfalls in Zürich nicht notwendig gewesen, da § 114 Abs. 2 der damals anwendbaren GVG ZH dies nur für «Amtshandlungen ausländischer Behörden» auf Kantonsgebiet vorsah und die UBS keine ausländische Behörde ist.

kritisiert worden und der Bundesrat hätte sich daran kaum ein Beispiel nehmen wollen. Sowieso hätte eine Bewilligung unter Art. 271 StGB die UBS bzw. ihre Organe nicht aus ihrem Dilemma befreit, da die Strafbarkeit unter Art. 47 BankG und Art. 273 StGB weiterbestanden hätte. Der Nutzen einer Bewilligung wäre also nur sehr klein gewesen und hätte die nachteiligen Folgen für die Schweiz bei weitem nicht aufgewogen. Zudem werden Bewilligungen unter Art. 271 StGB generell nur sehr zurückhaltend erteilt.⁷⁶

Damit ergibt sich, dass eine Aktenübergabe den Tatbestand von Art. 271 StGB vermutlich erfüllt hätte.⁷⁷

Für die *Strafverfolgung* wäre nach damaligem Recht eine Ermächtigung des Bundesrats nötig gewesen.⁷⁸ Möglicherweise hätte dieser eine solche verweigert, wie er das auch schon im Marc Rich-Fall (für Art. 273 StGB) getan hatte. Die Begründung lautete dort, dass eine Strafverfolgung den Fokus zu Unrecht auf das betroffene Unternehmen – welches ja selbst Opfer eines Jurisdiktionskonflikts sei – gerichtet hätte, was vom «schweizerischen Hauptanliegen» abgelenkt hätte, «die Behörden der Vereinigten Staaten zur Einhaltung völker- und staatsvertraglicher Regeln zu veranlassen».⁷⁹ Dasselbe hätte sich hier sagen lassen. Aus aussen- und staatspolitischer Sicht wäre ein Verzicht auf eine Strafverfolgung aber wiederum problematisch gewesen, da die Schweiz damit signalisiert hätte, dass es ihr mit der Durchsetzung von Art. 271 StGB nicht sehr ernst ist.

3. *Wirtschaftlicher Nachrichtendienst (Art. 273 StGB)*

Art. 273 Abs. 2 StGB bedroht mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, «wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis einer fremden amtlichen Stelle [...] zugänglich macht». Diesen Tatbestand kann zweifellos auch eine Bank erfüllen, die Daten ihrer Kunden bekanntgibt. So hätte sich im Interhandel-Fall die Sturzenegger-Bank nach Auffassung des Bundesanwalts des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes schuldig gemacht, wenn sie – wie von einem amerikanischen Gericht angeordnet – die Unterlagen der Interhandel-Gesell-

76 S. VPB 61.82, Ziff. III.2–III.4.

77 Für den Bundesrat wäre dies «wahrscheinlich» gewesen (Botschaft, S. 2970), für das Bundesamt für Justiz «möglich» (GPK-Bericht, S. 211). – Die Botschaft spricht erneut fälschlicherweise von einer Strafbarkeit der UBS selber.

78 S. Art. 105 BStP, welcher den Entscheid über die «gerichtliche Verfolgung politischer Vergehen» dem Bundesrat vorbehält. Verstöße gegen Art. 271 StGB fielen zweifellos unter diesen Begriff (wie auch solche gegen Art. 273 StGB; dazu VPB 51.5, Ziff. III.1. und SJIR 40 [1984], S. 162). – Die BStP ist mit Inkrafttreten der eidgenössischen StPO aufgehoben worden; Art. 105 scheint ersatzlos hingefallen zu sein, worauf in der Botschaft zur StPO allerdings nicht hingewiesen wird.

79 VPB 51.5, Ziff. III.4.b; s.a. THOMAS HOPF, in: BSK-StGB II, 2. Aufl., Basel/Gent/München 2007, Art. 273 N. 23.

schaft den US-Behörden zur Einsicht offengelegt hätte.⁸⁰ Da die Interhandel ein Unternehmen (wenn auch bloss eine Holdinggesellschaft) war, konnten hier in der Tat «Geschäftsgeheimnisse» angenommen werden. Im vorliegenden Fall geht es aber – soweit ersichtlich – um die Daten von Privatpersonen. Dass Unterlagen über deren Vermögen «Geschäftsgeheimnisse» darstellen, leuchtet nicht auf Anhieb ein. Das Bundesgericht versteht unter «Geschäftsgeheimnissen» jedoch «alle Tatsachen des Wirtschaftslebens ..., an deren Geheimhaltung ein schutzwürdiges Interesse besteht»⁸¹. Dabei anerkennt es ein Geheimhaltungsinteresse nicht nur des «Geschäftsherrn im engeren Sinne» (d.h. eines Unternehmens)⁸², sondern auch der jeweiligen Gegenpartei, wie «dem Kunden einer Bank, ... dem Arbeitnehmer oder [dem] Käufer von Waren»⁸³. Es hat sogar auch «Verhältnisse und Vorgänge der privaten Vermögens- und Einkommenswirtschaft» ohne jeden Bezug zum Geschäftsleben, wie den privaten Transport von Devisen über die Grenze, als «Geschäftsgeheimnis» bezeichnet.⁸⁴ Da die letztgenannte Konstellation hier aber nicht in Frage steht, braucht nicht untersucht zu werden, ob diese – den Begriff des Geschäftsgeheimnisses doch arg strapazierende – Rechtsprechung auch heute noch Bestand hätte.

Abgesehen davon ist auch anzunehmen, dass in der grossen Datenmenge, deren Herausgabe mit der John Doe Summons erbeten wurde bzw. mit einer enforcement order angeordnet worden wäre, auch Geschäftsgeheimnisse im engeren Sinne enthalten gewesen wären, etwa Informationen über Geschäftstätigkeiten der betreffenden Kunden oder von Unternehmen in deren Besitz.

Zusätzlich erforderlich ist, dass das fragliche Geschäftsgeheimnis «in einer Beziehung zum schweizerischen Inland steht, beziehungsweise mit dem schweizerischen Wirtschaftsleben verknüpft ist».⁸⁵ Art. 273 bezweckt nicht «den Schutz der Interessen von Personen und Unternehmungen im Ausland».⁸⁶

80 S. Société internationale pour participations industrielles et commerciales, S.A. v. Rogers, 357 U.S. 197, 200 (1958).

81 BGE 74 IV 102, 103, m.V. auf BGE 65 I 47.

82 In casu die UBS. Diese hätte mit einer Datenübergabe konkludent ein Interesse (und umso mehr ein «schutzwürdiges Interesse») an der Geheimhaltung der Daten gegenüber den US-Behörden verneint bzw. aufgegeben, so dass die Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses der Bank selber ausscheiden musste. Es wäre auch absurd, wenn man sich durch die Offenlegung eines eigenen Geheimnisses strafbar machen könnte.

83 BGE 65 I 47, 49 f. In diesem Fall wurde der Lohn eines Arbeitnehmers als dessen «Geschäftsgeheimnis» angesehen. – Auf den ersten Blick könnte dies zur Folgerung verleiten, dass die Schweiz den USA (bzw. auch allen anderen Staaten, denn der sogleich zu erwähnende Vorbehalt besteht soweit ersichtlich in allen Doppelbesteuerungsabkommen) in steuerlichen Amtshilfefverfahren gar nie Bankkundendaten übermitteln könnte, denn nach Art. 26 Ziff. 1 letzter Satz DBA dürfen «Auskünfte, die irgendein Handels- oder Geschäfts-, gewerbliches oder Berufsgeheimnis oder ein Geschäftsverfahren offenbaren würden, ... nicht ausgetauscht werden». Diese Begriffe sind aber vertragsautonom auszulegen und werden dabei offensichtlich in einem viel engeren Sinn als unter Art. 273 StGB verstanden.

84 BGE 65 I 330, 333.

85 VPB 51.5, Ziff. 2.1.e.

86 Ebd.

Ein Vertrag oder ein Rechtsverhältnis zwischen einem In- und einem Ausländer untersteht somit grundsätzlich nur dann dem Schutz von Art. 273, wenn der inländische Vertragspartner ein Geheimhaltungsinteresse hat.⁸⁷ Im vorliegenden Fall hätte die UBS mit einer Datenübergabe ein solches Interesse konkludent gerade verneint bzw. aufgegeben, so dass diese Voraussetzung nicht erfüllt gewesen wäre. Dennoch wäre die erforderliche Binnenbeziehung zu bejahen gewesen, da es um Konten in der Schweiz ging. Solche Daten bzw. Konten sind «mit dem schweizerischen Wirtschaftsleben» ohne Weiteres genügend «verknüpft».⁸⁸

UBS-Angestellte, die Kundendaten an die USA herausgegeben hätten, hätten sich also auch unter Art. 273 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.⁸⁹

4. *Verstoss gegen ein allfälliges Herausgabeverbot unter Art. 184 Abs. 3 BV*

Art. 184 Abs. 3 BV gibt dem Bundesrat die Kompetenz, in aussenpolitischen Angelegenheiten Verordnungen oder Verfügungen zu erlassen, «[w]enn die Wahrung der Interessen des Landes es erfordert». Gestützt auf die Vorgängerbestimmung in der Bundesverfassung von 1874 (Art. 102 Ziff. 8) hatte der Bundesrat bzw. das EJPD 1983 der Marc Rich & Co. AG verboten, einem Herausgabebefehl des amerikanischen Energiedepartements nachzukommen.⁹⁰ Soweit ersichtlich waren damit keine selbständigen Sanktionsdrohungen verbunden; es ist anzunehmen, dass stattdessen auf die Strafbarkeit unter Art. 271 und ev. 273 StGB hingewiesen wurde. Der Zweck der Anordnung dürfte darin gelegen haben, gegenüber der Marc Rich & Co. AG und v.a. den USA klar zu machen, dass man eine Aktenherausgabe als Verstoss gegen Art. 271 bzw. 273 StGB ansehen und nicht dulden würde.

Auch im vorliegenden Fall fasste der Bundesrat vor dem Abschluss des UBS-Abkommens ein verfassungsunmittelbares Editionsverbot ins Auge. Am 5. Juni 2009 fällte er einen entsprechenden vorbehaltenen Beschluss,⁹¹ und am 1. Juli

87 Ebd.

88 So auch das EDA im Marc Rich-Fall in einem Memorandum an das US-Aussendepartement vom 6. Juni 1983, abgedruckt bei JUD HARWOOD/BRUCE ZAGARIS, Marc Rich + Co AG v. United States (Second Circuit, June 12 1984), Taxes Int'l 55 (May 1984), S. 3–26/74–87, 17 (französische Übersetzung in SJIR 40 [1984], S. 163): «In all cases where article 273 applies, however, a sufficient nexus of the information with Switzerland is needed. Such a nexus exists regularly if the information relates, for example, to a bank account or to any other business data located in Switzerland.» S.a. HONEGGER (Fn. 50), S. 142 (m.w.N.). A.M. jedoch HOPF (Fn. 79), Art. 273 N. 12 (keine genügende Binnenbeziehung bei schweizerischem Bankkonto mit ausländischem Inhaber).

89 Gemäss der Botschaft, S. 2970, wäre dies «wahrscheinlich» gewesen. – Wiederum geht die Botschaft zu Unrecht von einer Strafbarkeit der UBS selber aus.

90 S. HARWOOD/ZAGARIS (Fn. 88), S. 10, 11; SJIR 40 (1984), S. 161; s.a. In re Marc Rich & Co., 736 F.2d 864, 866 (2d Cir. 1984); LIGUORI (Fn. 58), S. 246 f.

91 S. GPK-Bericht, S. 285.

ermächtigte er das EJPD, bei Bedarf ein solches Verbot auszusprechen^{92, 93} Ob eine solche Verfügung mit selbständigen Strafdrohungen hätte versehen sein sollen, ist nicht bekannt. Angesichts der weit gefassten Kompetenzgrundlage von Art. 184 Abs. 3 BV wäre dies jedenfalls zulässig gewesen. Für eine Bussandrohung hätte sich der Bundesrat zudem auf Art. 292 StGB stützen können.

Interessanterweise prüfte der Bundesrat umgekehrt auch, ob er auf Grundlage von Art. 184 Abs. 3 BV die Datenherausgabe hätte *anordnen* können, um den Jurisdiktionskonflikt auf diese Weise zu beenden. Er lehnte dies aber ab, weil ein solches Vorgehen den Rechtsschutz der betroffenen Bankkunden in rechtsstaatlich untragbarer Weise ausgeschaltet hätte.⁹⁴

5. *Situation im Fall einer Beschlagnahmung der Daten durch die Schweizer Behörden*

Im erwähnten vorbehaltenen Beschluss vom 5. Juni 2009 entschied der Bundesrat weiter, die UBS notfalls durch eine Beschlagnahmung der Unterlagen an deren Herausgabe zu hindern.⁹⁵ Er machte dies auch publik.⁹⁶

Dies erinnert einmal mehr an den Marc-Rich-Fall, wo der Bundesanwalt intervenierte und einen Teil der noch in der Schweiz verbliebenen Unterlagen beschlagnahmte, als bekannt wurde, dass die Marc Rich & Co. AG angesichts der amerikanischen Tagesbussen mit der Aktenedition an die USA begonnen hatte.⁹⁷ Später stellte die Bundespolizei auf Anordnung des EJPD weitere Akten sicher.⁹⁸

92 GPK-Bericht, S. 287; AB SR 2010 474 (Widmer-Schlumpf). – Auch im Marc Rich-Fall war es das EJPD gewesen, welches das Verbot auf Grundlage eines kurz zuvor gefällten Bundesratsbeschlusses ausgesprochen hatte (s. HARWOOD/ZAGARIS [Fn. 88], S. 10; GPK-Bericht, S. 287). Eine solche Delegation ist dennoch nicht unproblematisch, da das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil B-1092/2009 vom 5. Januar 2010 die bundesrätlichen Kompetenzen unter Art. 184 Abs. 3 BV als undelegierbar bezeichnet hat (E. 8.4). M.E. sollten jedoch Delegationen mindestens in Situationen wie der vorliegenden, wo der Inhalt der vom EJPD zu erlassenden Anordnung vom Bundesrat schon weitgehend festgelegt war, vernünftigerweise erlaubt sein. Das Problem einer mangelnden demokratischen Legitimation, welches für das Bundesverwaltungsgericht massgebend war, besteht dann nicht.

93 Eine weitere Rechtsgrundlage für ein solches Verbot sah der Bundesrat fragwürdigerweise in Art. 2 lit. d der Verordnung vom 15. Oktober 2008 über die Rekapitalisierung der UBS AG (BBl 2008 4741) (GPK-Bericht, S. 211). Diese Bestimmung verpflichtete die UBS, «die Auflagen des Bundesrates im Bereich der Corporate Governance zu erfüllen».

94 Botschaft, S. 2973, 2975.

95 GPK-Bericht, S. 285.

96 S. BONDI (Fn. 35), S. 17; HÄSSIG (Fn. 7), S. 200.

97 S. HARWOOD/ZAGARIS (Fn. 88), S. 3, 8, 11; VPB 51.5, Ziff. I; SJIR 40 (1984), S. 161. – Der Bundesanwalt stützte sich auf Art. 65 und 71 BStP, welche ihn zur Beschlagnahmung von Beweismitteln ermächtigten. Wie jedoch aus dem bei HARWOOD/ZAGARIS, S. 8 f., wiedergegebenen Briefwechsel zwischen der Marc Rich & Co. AG und der Bundesanwaltschaft, zu schliessen ist, war mindestens ein Grund der Aktion auch der Wunsch, im Sinne des Bundesrats die Befolgung der US-Anordnungen zu verunmöglichen.

98 S. HARWOOD/ZAGARIS (Fn. 88), S. 11 f.

Eine solche Intervention hätte jegliche Verstösse der UBS gegen Schweizer Recht verunmöglicht. Voraussetzung wäre freilich gewesen, dass die Behörden rasch genug gehandelt und der UBS auch tatsächlich den Zugriff auf die Daten entzogen hätten. Es hätte also sichergestellt werden müssen, dass die UBS nicht etwa weiterhin über Sicherungskopien verfügte.

Eine andere Möglichkeit wäre gewesen, die Unterlagen für konfisziert zu erklären, sie aber dennoch im Verfügungsbereich der UBS zu belassen. Dieser Weg war im Interhandel-Fall gewählt worden.⁹⁹

6. Fazit

Die UBS selber hätte sich durch eine Herausgabe von Kundendaten an die USA nicht strafbar gemacht. Möglicherweise hätte sie aber Schadenersatzzahlungen an betroffene Kunden zu leisten gehabt.

Den für die Übergabe verantwortlichen Personen hätten demgegenüber theoretisch mehrjährige Freiheitsstrafen gedroht. Praktisch hätten sie allerdings wohl – soweit nicht vorbestraft – mit bedingten Strafen rechnen können.¹⁰⁰ Falls es zu einer solchen Aktion hätte kommen müssen, hätte die oberste Unternehmensspitze, d.h. der CEO (Oswald Grübel) und/oder der Verwaltungsratspräsident (Kaspar Villiger), dafür die Verantwortung übernehmen müssen, sofern sich nicht jemand aus der früheren Führung – die das Problem ja verursacht hatte – dafür zur Verfügung gestellt hätte. Diese Personen hätten die Datenträger eigenhändig an die USA übergeben müssen.¹⁰¹ Ob sich aber tatsächlich jemand gefunden hätte, der sich aufopfernd in die juristischen Lanzen geworfen und seiner Bank eine rettende Bresche geschlagen hätte, wird man nie wissen. Das UBS-Abkommen eröffnete – wie schon die FINMA-Anord-

99 S. *Société internationale* (Fn. 80), 357 U.S. at 200–01, 204.

100 Zur Frage einer gänzlichen Straflosigkeit wegen Notstandshilfe s. sogleich Abschnitt D.

101 S.a. die prägnanten Worte von Ruedi Lustenberger: «Eigentlich hätte man von der damaligen Führung der UBS erwarten dürfen, dass sie die Daten selber ausliefern würde. Sie hätte damit zwar Schweizer Recht gebrochen und wäre entsprechend auch zur Rechenschaft gezogen worden, aber sie hätte so mindestens die Verantwortung für ihr eigenes Verhalten übernommen. Weil sie sich weigerte, war dann die FINMA gut genug, diese Drecksarbeit zu leisten» (AB NR 2010 878). Ähnlich Anita Fetz: «Dank des GPK-Berichtes wissen wir unterdessen sogar, dass das damalige UBS-Management nicht nur für die kriminellen Taten verantwortlich ist, nein, es war noch dramatischer: Das damalige UBS-Management hat auch noch die US-Behörden dazu aufgefordert, auf die Schweiz zuzugehen und sie in die entsprechende Zwangslage zu bringen, statt das einzig Anständige zu tun und das Problem selber zu lösen und damit halt vielleicht einen Teil seiner Löhne mit der Risikozulage zu rechtfertigen. Das hätten die Manager selber lösen können» (AB SR 2010 469). S.a. CHRISTOPH WINZELER, Das Schweizer Bankkundengeheimnis im Wandel – Totgesagte leben länger, SJZ 107 (2011), S. 97–114, 101: «Nach bisheriger Doktrin hätten es die Organe der Bank – unter Geltendmachung eines Notstandes – auf ihr eigenes Risiko nehmen müssen, das Bankkundengeheimnis zu missachten, um Sanktionen des US-Rechts zu vermeiden. Dieses Risiko hat ihnen die FINMA von Amtes wegen abgenommen.» – All diese Aussagen beziehen sich auf die Datenübergabe vom Februar 2009, sind aber auch auf die Situation vor Abschluss des UBS-Abkommens übertragbar.

nung vom 18. Februar 2009 – einen Ausweg, der einen modernen Winkelried unnötig machte.

D. Anerkennung eines Notstands unter Schweizer Recht?

Nach Art. 17 StGB handelt rechtmässig, wer eine Straftat begeht, «um ein eigenes oder das Rechtsgut einer anderen Person aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu retten, [...] wenn er dadurch höherwertige Interessen wahrt.» Als Rechtsgut kommt auch das Vermögen in Frage, welches bei der UBS durch allfällige Tagesbussen unmittelbar bedroht gewesen wäre. Eine Wiederaufnahme des Strafverfahrens hätte sie zudem in ihrer Existenz gefährdet, was eine Notstandshilfe potentiell umso mehr rechtfertigen konnte. Ein anderer Weg zur Abwendung dieser Gefahr als die Aktenherausgabe wäre nicht ersichtlich gewesen. Es hätte auch keine Rolle gespielt, dass sich die Bank selbst in diese Situation hineinmanövriert hatte, denn anders als aArt. 34 StGB schliesst Art. 17 StGB eine selbstverschuldete Notlage nicht mehr aus.¹⁰² Es wäre somit grundsätzlich denkbar gewesen, dass UBS-Angestellte, die einem amerikanischen Editionsbefehl nachgekommen wären, aufgrund Notstandshilfe straflos geblieben wären.

Fraglich ist allerdings, ob die verfolgten Zwecke als «höherwertig» hätten gelten können. Zwar stand die Existenz der grössten Schweizer Bank, mit ihrer wichtigen volkswirtschaftlichen Rolle, auf dem Spiel. Auf der anderen Seite hätte aber eine Datenherausgabe nicht nur das Bankgeheimnis und die Privatsphäre einer grossen Zahl von UBS-Kunden, sondern auch die Souveränität und Gebietshoheit der Schweiz verletzt.¹⁰³ In der Lehre wird zudem die Meinung vertreten, «eine schweizerische Bank und ihr Personal» müssten aufgrund ihrer Berufspflichten «gegenüber Druckversuchen amerikanischer Behörden zum Schutz des Bankgeheimnisses erhöhte Widerstandskraft mobilisieren», so dass ein Notstand nur unter erhöhten Voraussetzungen angenommen werden könne.¹⁰⁴ Ein Gericht hätte die Wahrung höherwertiger Interessen deshalb eher verneint. Auch das Bundesamt für Justiz lehnte in einer Beurteilung vom 27. November 2008 einen Notstand ab,¹⁰⁵ wobei allerdings unklar ist, von welchen Gefahren für die UBS es damals ausging.

102 Vgl. den Wortlaut der beiden Bestimmungen sowie die Botschaft zur Revision des AT StGB, BBl 1999 1979, S. 2005 f. – Da im Fall der Banca Della Svizzera Italiana (oben bei Fn. 57) noch das alte Recht galt, wäre dort möglicherweise wegen des Selbstverschuldens der Bank ein Notstand verneint worden; s. SEC v. Banca Della Svizzera Italiana, 92 F.R.D. 111, 118 (S.D.N.Y. 1981).

103 Damit unterschied sich die Situation – soweit ersichtlich – von jener im Urteil des Bundesgerichts vom 16. Dezember 1930, wo entschieden wurde, «dass das Bankgeheimnis vor höheren Interessen zurückzutreten habe und die Bank zu dessen Preisgabe ermächtigt sei, wenn ihre eigene Existenz und die Ansprüche ihrer Gläubiger auf dem Spiele stehen» (zit. nach GÜNTER STRATENWERTH, in: BSK-BankG, Basel/München 2005, Art. 47 N. 43).

104 STEFAN TRECHSEL, Kurzkomentar StGB, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 34 N. 9.

105 S. GPK-Bericht, S. 211.

Die Verneinung eines Notstands wäre auch aus grundsätzlichen, aussen- und staatspolitischen Erwägungen angezeigt gewesen. Würde in solchen Situationen ein straffbefreiender Notstand anerkannt, hiesse das praktisch, dass das Schweizer Recht in Jurisdiktionskonflikten mit dem Ausland automatisch zurückträte, wenn nur der andere Staat mit genügend hohen Strafen drohte. Die Schweiz müsste wehrlos zusehen, wie ausländische Behörden ihre Hoheitsgewalt in die Schweiz erstreckten; das Bankgeheimnis und insbesondere Art. 271 und 273 StGB, die solches gerade verhindern sollten, könnten auf einfache Weise ausgehebelt werden. Auf die Unhaltbarkeit einer solchen Situation hat der Bundesrat schon im Marc Rich-Fall¹⁰⁶ und noch einige Jahre früher in der Antwort auf eine parlamentarische Interpellation¹⁰⁷ hingewiesen. Diese Meinungsäußerung der Regierung ist für die Judikative zwar nicht verbindlich. Inhaltlich sollten sich die Gerichte diesen Argumenten jedoch nicht verschliessen, zumal das Kriterium der «Wahrung höherwertiger Interessen» dazu ohne Weiteres Raum lässt und aus den geschilderten Gründen auch die Lehre zu «grösster Zurückhaltung» bei der Anerkennung eines Notstands aufruft.¹⁰⁸

E. Verweigerung einer enforcement order aufgrund des Konflikts mit Schweizer Recht?

Nach der Feststellung, dass sich der Konflikt kaum durch die Annahme eines Notstands unter Schweizer Recht aufgelöst hätte, ist zu prüfen, ob angesichts dessen nicht doch das Gericht in Florida auf eine Vollstreckung der John Doe Summons verzichtet hätte. Dazu werden zuerst die einschlägigen Präzedenzfälle dargestellt (Abschnitt I), bevor das mutmassliche Ergebnis im vorliegenden Fall diskutiert wird (Abschnitt II).

I. US-Praxis bei Konflikten zwischen extraterritorialen Editionspflichten und Verboten des Territorialstaats

1. Société internationale v. Rogers

Die Leitentscheidung zur Frage, ob eine extraterritoriale Aktenedition trotz eines entgegenstehenden ausländischen Verbots angeordnet und mittels Sanktionen erzwungen werden darf, ist nach wie vor *Société internationale pour participations industrielles et commerciales, S.A. v. Rogers*.¹⁰⁹ In diesem Fall

106 S. das Memorandum vom 6. Juni 1983 (Fn. 88), bei HARWOOD/ZAGARIS (Fn. 88), S. 17, bzw. SJIR 40 (1984), S. 163 f.

107 S. HOPF (Fn. 79), Art. 273 N. 23.

108 HONEGGER (Fn. 50), S. 145, 153 f.; HONEGGER/KOLB (Fn. 28), S. 820; etwas vorsichtiger HOPF (Fn. 79), Art. 273 N. 23.

109 357 U.S. 197 (1958).

war die baslerische I.G. Chemie/Interhandel von den unterinstanzlichen US-Gerichten verpflichtet worden, Bankunterlagen aus der Schweiz vorzulegen, was ohne Verletzung u.a. des Bankgeheimnisses nicht möglich war. Der Supreme Court erklärte den *Erlass* eines solchen Editionsbefehls für zulässig; man dürfe von ausländischen Parteien verlangen, alle Anstrengungen zu unternehmen, um für ein Gerichtsverfahren in den USA relevante Dokumente beizubringen. Verfassungswidrig sei es aber gewesen, die Interhandel für die Nichterfüllung der Anordnung mit der drastischen prozessualen *Sanktion* eines Nichteintretens auf ihre Klage¹¹⁰ zu bestrafen. Entscheidend war, dass die Interhandel in guten Treuen alles Zumutbare unternommen hatte, um dem Befehl nachzukommen, dies aber u.a. wegen des Bankgeheimnisses dennoch nicht möglich war.

Vorliegend interessiert nur der zweite Teil dieses Urteilsspruchs, da der IRS die John Doe Summons ja schon erlassen hatte und es somit nur noch um die Durchsetzung bzw. Sanktionierung im Falle einer Nichterfüllung ging. Es sei aber angemerkt, dass in der neueren Judikatur schon für den Erlass eines Editionsbefehls im Wesentlichen dieselben Anforderungen gestellt werden wie für die Sanktionierung einer Nichterfüllung.¹¹¹

2. *Seitherige Rechtsprechung*

In einzelnen Urteilen seit *Société internationale* ist die Auffassung vertreten worden, ein Gericht solle oder dürfe überhaupt nie eine Anordnung treffen, die zu einer Verletzung fremden Rechts im Ausland zwänge (und umso weniger jemanden für deren Nichterfüllung sanktionieren).¹¹²

Ganz überwiegend aber sehen sich die Gerichte (nur) verpflichtet, mittels einer *Interessenabwägung* zu bestimmen, ob dem US-Recht oder dem kollidierenden ausländischen Recht in der konkreten Situation der Vorrang einzuräumen sei.¹¹³

110 Diese Sanktion ist in Rule 37(b)(2)(v) der Federal Rules of Civil Procedure vorgesehen.

111 S. die Übersicht bei *Minpeco, S.A. v. Conticommodity Services, Inc.*, 116 F.R.D. 517, 521 (S.D.N.Y. 1987).

112 *Ings v. Ferguson*, 282 F.2d 149, 152–53 (2d Cir. 1960); *In re Chase Manhattan Bank*, 297 F.2d 611, 613 (2d Cir. 1962); *Reebok Int'l Ltd. v. McLaughlin*, 49 F.3d 1387, 1392 (9th Cir. 1995); *Motorola Credit Corp. v. Uzan*, 388 F.3d 39, 60 (2d Cir. 2004); tendenziell auch *In re Sealed Case*, 825 F.2d 494, 498 (D.C. Cir. 1987), und *First Nat'l City Bank v. IRS*, 271 F.2d 616, 619–20 (2d Cir. 1959).

113 *S. United States v. First Nat'l City Bank*, 396 F.2d 897 (2d Cir. 1968); *In re Westinghouse Elec. Corp. Uranium Contracts Litig.*, 563 F.2d 992 (10th Cir. 1977); *United States v. Vetco*, 691 F.2d 1281 (9th Cir. 1981); *United States v. First Nat'l Bank of Chicago*, 699 F.2d 341 (7th Cir. 1983); *Reins. Co. of Am. v. Administratio Asigurarilor de Stat*, 902 F.2d 1275, 1279–80 (7th Cir. 1990); *Cochran Consulting, Inc. v. Uwatec USA, Inc.*, 102 F.3d 1224, 1226–28 (D.C. Cir. 1996).

Dies entspricht namentlich auch der Rechtsprechung im elften¹¹⁴ und fünften¹¹⁵ Circuit, in dem Florida liegt bzw. bis 1981 lag¹¹⁶.

Die Faktoren, die bei dieser Interessenabwägung zu berücksichtigen sind, entnehmen die Gerichte weitgehend dem Restatement (Third) Foreign Relations Law of the United States von 1987 bzw. entnehmen sie früher dessen Vorgänger, dem Restatement (Second) Foreign Relations Law of the United States von 1965. In § 403(2) des Restatement (Third) werden insbesondere folgende Faktoren genannt, die im Rahmen der Jurisdiktionsbestimmung abzuwägen seien: Die territorialen Bezüge des zu regelnden Verhaltens; die Nationalität des Adressaten; die Wichtigkeit der Regelung für den Regelungsstaat und für das internationale politische, rechtliche und wirtschaftliche System; die allgemeine Anerkennung dieser Wichtigkeit; das Vorliegen gerechtfertigter Erwartungen; die Regelungsinteressen anderer Staaten und die Wahrscheinlichkeit eines Konflikts mit deren Recht.

Zusätzlich spielt auch der Umstand, ob der Befehlsadressat nach Treu und Glauben gehandelt hat, eine zentrale Rolle. Daran fehlt es von vornherein, wenn er das ausländische Verbot selbst herbeigeführt hat.¹¹⁷ Weiter muss er versucht haben, dieses zu überwinden, indem er z.B. um Ausnahmegewilligungen nachsuchte.¹¹⁸ Auch Verzögerungstaktiken sind zu unterlassen.¹¹⁹ Mangel es an «good faith efforts», werden fast immer Sanktionen verhängt.

Ein weiterer Faktor ist die Verfügbarkeit anderer Wege zum Erhalt der gewünschten Unterlagen, z.B. auf dem Rechtshilfeweg.¹²⁰

114 United States v. Bank of Nova Scotia, 691 F.2d 1384 (1982); 722 F.2d 657, 658 (1983); 740 F.2d 817, 826–29 (11th Cir. 1984).

115 United States v. Field, 532 F.2d 404 (5th Cir. 1976). Hier hätte der Direktor einer Bank auf den Cayman Islands vor einer Grand Jury in den USA aussagen sollen, womit er das Bankgeheimnis der Cayman Islands verletzt hätte. Eine Interessenabwägung ist demnach sogar erforderlich, wenn nicht die US-Anordnung extraterritorial ist, sondern das ausländische Verbot.

116 Frühere Urteile des fünften Circuit werden im elften Circuit wie eigene Präjudizien behandelt (s. Bonner v. City of Prichard, 661 F.2d 1206 (11th Cir. 1981)) und unterstehen dort somit auch dem Grundsatz von *stare decisis*.

117 S. *Société internationale* (Fn. 80), 357 U.S. at 208–09; *Uzan*, 388 F.3d at 60.

118 S. *Montship Lines, Ltd. v. Fed. Maritime Bd.*, 295 F.2d 147, 156 (D.C. Cir. 1961); *First Nat'l Bank of Chicago*, 699 F.2d at 346 (wörtliches Zitat unten Fn. 122); *Administratio Asigurarilor de Stat*, 902 F.2d at 1282; Restatement (Third) § 442(2)(a) and rep. n. 8. – Diese Pflicht gilt allerdings wohl nur, wenn das Gericht solches ausdrücklich anordnet.

119 S. *United States v. Vetco*, 691 F.2d 1281, 1287 & n.6 (9th Cir. 1981); *Bank of Nova Scotia*, 740 F.2d at 826.

120 S. *Vetco*, 691 F.2d at 1290; *Cochran Consulting, Inc. v. Uwattec USA, Inc.*, 102 F.3d 1224, 1231 (D.C. Cir. 1996); In re Two Grand Jury Subpoenas Duces Tecum Served Upon Union Bank of Switzerland, 158 Misc. 2d 222 (N.Y. Sup. Ct. 1993) (Möglichkeit von Rechtshilfe unter dem Staatsvertrag zwischen der Schweiz und den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen spreche für Aufhebung einer subpoena duces tecum an die UBS); Restatement (Third) § 442(1) (c).

II. Anwendung auf den UBS-Fall

I. Ohne Beschlagnahme der Daten durch die Schweiz

Wie das Urteil über die Vollstreckungsklage ausgefallen wäre, wenn ein solches nicht durch das UBS-Abkommen unnötig geworden wäre, ist naturgemäss schwierig zu sagen. Es können aber die dargelegten Entscheidungsfaktoren auf den Fall angewendet und auf dieser Grundlage eine Prognose gewagt werden. Klarzustellen ist vorweg, dass entgegen einer oft gehörten Aussage¹²¹ das Resultat einer Interessenabwägung durchaus nicht schon von vornherein feststeht (indem das US-Interesse stets als grösser gewertet würde), sondern sich die Gerichte meist um eine objektive Beurteilung bemühen. In verschiedenen Fällen ist denn auch das Interesse der USA an der Durchsetzung ihrer Vorschriften als weniger gewichtig beurteilt worden als jenes der betroffenen ausländischen Staaten an der Wahrung ihres Rechts.¹²²

- Die *territorialen Bezüge* hätten insofern für ein schweizerisches Regelungsinteresse gesprochen, als die Bankdaten dort lagen und wahrscheinlich auch dort an einen US-Behördenvertreter übergeben worden wären, und insofern für ein amerikanisches, als die Daten schliesslich in einem US-Gerichtsverfahren «gelandet» wären und dafür auch wesentlich waren. Das erste Element erscheint gewichtiger, so dass der territoriale Faktor zu Gunsten der Schweiz ausgefallen wäre.
- Die UBS ist nach Sitz und Gründungsstatut eine schweizerische Gesellschaft, so dass die *Nationalität* der Adressatin ebenfalls für die Schweiz gesprochen hätte. Immerhin sind nach dem Restatement unter dem Kriterium der «Nationalität» auch wirtschaftliche Verbindungen zu berücksichtigen. Die UBS war auch mit den USA stark wirtschaftlich verbunden,¹²³ so dass

121 S. z.B. KURT M. HÖCHNER, A Swiss Perspective on Conflicts of Jurisdiction, Law & Contemp. Probs. 50 No. 3 (Sommer 1987), S. 271–282, 278; HONEGGER (Fn. 50), S. 179.

122 S. *First Nat'l Bank of Chicago*, 699 F.2d at 346 (die Bank sei angesichts des griechischen Bankgeheimnisses nur zu verpflichtet «to make a good faith effort to receive permission from the Greek authorities to produce the information specified in the summons»); *Administratio Asigurariilor de Stat* (rumänische Versicherungsgesellschaft musste Unterlagen nicht vorlegen, weil dies gegen rumänische Geheimhaltungsvorschriften verstossen hätte); *Minpeco, S.A. v. Conticommodity Services, Inc.*, 116 F.R.D. 517 (S.D.N.Y. 1987) (Schweizerische Volksbank wurde nicht verpflichtet, Unterlagen unter Verletzung des Bankgeheimnisses vorzulegen); *In re Two Grand Jury Subpoenas* (subpoena gegen die UBS zur Aktenedition aus der Schweiz wurde aufgehoben, da das Schweizer Interesse an der Durchsetzung des Bankgeheimnisses überwiege); *United States v. The Watchmakers of Switzerland Information Center, Inc.*, 1965 U.S. Dist. LEXIS 9479, 1965 Trade Cases (CCH) ¶71,352 (S.D.N.Y. Jan. 7, 1965), *5 («[N]o defendant shall be required to bring to the United States any books or other records, or any copies thereof, when such action is prohibited by the law of Switzerland and such defendant has exercised good faith efforts to obtain the permission of the appropriate authorities but such permission has not been secured»), *8.

123 S. BONDI (Fn. 35), S. 15.

der Bezug zur Schweiz zwar überwog, aber auch die USA eine gewisse «nationale» Verbindung geltend machen konnten.

- Die *Wichtigkeit der Regelung* (d.h. des Editionsbefehls) für die USA wäre vom Gericht zweifellos als gross beurteilt worden. Dies gilt sowohl für das Interesse an der Durchsetzung des Steuerrechts generell¹²⁴ wie auch für die konkrete Wichtigkeit der ersuchten Unterlagen, ohne welche die Steuerhinterziehungen kaum hätten aufgedeckt und bewiesen werden können.¹²⁵ Gleichzeitig anerkennen die US-Gerichte aber auch die Bedeutung der Geheimhaltungsvorschriften für die betreffenden anderen Staaten,¹²⁶ vor allem, wenn diese strafrechtlich sanktioniert sind.¹²⁷ Auch hatte die Schweiz mehrfach kundgetan, dass sie auf der Einhaltung des Amtshilfewegs bestehe und ein unilaterales Vorgehen der USA nicht akzeptiere.¹²⁸ Umgekehrt hätte das

124 S. *Administratio Asigurarilor de Stat*, 902 F.2d at 1280, m.V. auf *Vetco*, 691 F.2d at 1289 («There is a strong American interest in collecting taxes from and prosecuting tax fraud by its own nationals»); *United States v. Field*, 532 F.2d 404, 408 (5th Cir. 1976) («The collection of revenue is crucial to the financial integrity of the republic»), bestätigt in *United States v. Bank of Nova Scotia*, 691 F.2d 1384, 1391 (11th Cir. 1982).

125 Für die Bedeutung dieses Umstands s. *Cochran*, 102 F.3d at 1231 («It is material whether the demanded discovery is necessary to Cochran's case ... It is incorrect, and thus an abuse of discretion, to impose a serious sanction upon a Swiss company for being unable to provide, on pain of violation of its sovereign law, a document that is not necessary to the case»); *Minpeco, S.A. v. Conticommodity Services, Inc.*, 116 F.R.D. 517, 522 (S.D.N.Y. 1987); *Restatement (Third) § 442(1)(c)*.

126 S. *First Nat'l Bank of Chicago*, 699 F.2d at 346 («Although the interest of the United States in collecting taxes is of importance to the financial integrity of the nation, the interest of Greece, served by its bank secrecy law is also important»). S.a. BONDÌ (Fn. 35), S. 17 (das Interesse der Schweiz am Bankgeheimnis wäre von einem US-Gericht im UBS-Fall als gross zu bewerten gewesen).

127 S. *Société internationale* (Fn. 80), 357 U.S. at 211 («[F]ear of criminal prosecution constitutes a weighty excuse for nonproduction»); *United States v. First Nat'l City Bank*, 396 F.2d 897, 899, 901–04 (2d Cir. 1968) (deutsches Bankgeheimnis sei u.a. deshalb weniger wichtig als amerikanisches Wettbewerbsrecht, weil es nur zivilrechtlich geschützt sei); *First Nat'l Bank of Chicago*, 699 F.2d at 345–46; *Administratio Asigurarilor de Stat*, 902 F.2d at 1280; *Cochran*, 102 F.3d at 1228, 1230–31 (Strafbarkeit unter Art. 273 StGB als wichtiges Argument gegen eine US-Zwangsordnung).

128 S. den *Amicus curiae* brief (Fn. 35), S. 11–13, sowie die dort als Anhang 6 abgedruckte diplomatische Note an das US-Aussendepartement vom 29. April 2009. – In *Minpeco*, 116 F.R.D. at 525, wurden zwei vergleichbare Stellungnahmen des Bundesrats als Beleg für die Wichtigkeit des Bankgeheimnisses gewertet. In Kontrast dazu wurde in *SEC v. Banca Della Svizzera Italiana*, 92 F.R.D. 111, 117–18 (S.D.N.Y. 1981), das Fehlen einer Intervention als Indiz für ein geringes schweizerisches Interesse interpretiert: «The Swiss government, ... though made expressly aware of the litigation, has expressed no opposition ... The Swiss government did not «confiscate» the Bank records to prevent violations of its law, as it did in *Société*. Neither the United States nor the Swiss Government has suggested that discovery be halted». S.a. *First Nat'l City Bank*, 396 F.2d at 904 («[I]t is noteworthy that neither the Department of State nor the German Government has expressed any view on this case or indicated that, under the circumstances present here, enforcement of the subpoena would violate German public policy or embarrass German-American relations ... We are fully aware that when foreign governments, including Germany, have considered their vital national interests threatened, they have not hesitated to make known their objections to the enforcement of a subpoena to the issuing court»).

Gericht aber sicher auch vermerkt, dass die Schweiz bereits bei der FINMA-Aktion vom 18. Februar 2009 das Bankgeheimnis in erheblichem Umfang preisgegeben hatte; allzu gross konnte ihr Interesse an dessen kompromissloser Aufrechterhaltung also doch nicht sein. Zum selben Schluss musste die Tatsache führen, dass der Bundesrat im März 2009 bekannt gegeben hatte, in neuen oder revidierten Doppelbesteuerungsabkommen gemäss OECD-Standard auch Amtshilfe bei Steuerhinterziehung vorzusehen.^{129,130} In der Bilanz hätte ein US-Gericht deshalb die Durchsetzung des amerikanischen Steuerrechts sehr wahrscheinlich für wichtiger befunden.

- Dieses Interesse konnte auch als *allgemein anerkannt* gelten, da der Kampf gegen Steuerflucht (auch bei blosser Steuerhinterziehung) international praktisch einhellig als wichtiges Anliegen – das eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses rechtfertigt – angesehen wird. Mit der Übernahme des OECD-Standards hatte sich gerade auch die Schweiz dieser Auffassung angeschlossen.¹³¹
- Die *Verletzung gerechtfertigter Erwartungen* hätte hingegen für die Wahrung des Bankgeheimnisses gesprochen, da die amerikanischen UBS-Kunden davon ausgehen konnten, dass die Schweiz bei Steuerhinterziehung keine Amtshilfe leisten würde.
- Die *Wahrscheinlichkeit eines Konflikts* mit dem Schweizer Recht war gross,¹³² zumal wie dargelegt der «Ausweg» eines Notstands nicht zur Verfügung stand.
- Hinweise darauf, dass die UBS im Rahmen dieses Jurisdiktionskonflikts nicht *nach Treu und Glauben* (im hier relevanten Sinn) gehandelt hätte, bestanden nicht. Die Bank hatte mit den USA mehr als willfährig kooperiert¹³³ und drängte geradezu darauf, die Kundendaten ausliefern zu dürfen.
- *Amtshilfe als Alternative* wäre grundsätzlich zwar möglich gewesen, allerdings nur für Steuerbetrug. Da der IRS v.a. Steuerhinterziehern auf die Schliche kommen wollte, wäre dies kein valabler Ersatz für eine Vollstreckung der JDS gewesen.

Gesamthaft ergibt sich, dass die Chancen für eine Gutheissung der enforcement action überwogen hätten, dass aber auch eine Abweisung (oder nur teilweise Gutheissung¹³⁴) nicht auszuschliessen war.¹³⁵ Wohl aus diesem Grund gab sich

129 S. GPK-Bericht, S. 282; HÄSSIG (Fn. 7), S. 176 f.; WINZELER (Fn. 101), S. 102.

130 BONDI (Fn. 35), S. 18.

131 S.a. BONDI (Fn. 35), S. 18 f.

132 S.a. BONDI (Fn. 35), S. 16 f.

133 Bemerkenswert die Aussage des Leiters der Abteilung für Internationales der ESTV (Jürg Giraudi) vom 10. Februar 2009, das Vorgehen der UBS «grenze an Landesverrat» (GPK-Bericht, S. 253 f.).

134 S. dazu oben bei Fn. 44.

135 So auch BONDI (Fn. 35), S. 19 f.

der IRS im Abkommen mit geschätzten 4450 Kundendossiers anstelle der mit der JDS angestrebten 52 000 zufrieden. Er wollte wahrscheinlich nicht riskieren, dass sein Drohpotential durch eine Niederlage vor Gericht geschwächt würde. Umgekehrt bestand natürlich auch auf Schweizer Seite ein grosses Interesse an einem solchen Abkommen, da damit für die UBS die Gefahr von Tagebussen und einer Wiederaufnahme der Strafverfolgung gebannt war.

2. Bei einer Beschlagnahmung der Daten durch die Schweiz

Äusserst unwahrscheinlich wäre eine Erzwingung der Aktenherausgabe gewesen, wenn die Schweizer Behörden die Unterlagen beschlagnahmt hätten, so dass die UBS selber gar keinen Zugriff mehr darauf gehabt hätte. Hier sehen die US-Gerichte einhellig von einer zwangsweisen Durchsetzung von Editions-befehlen ab, da «contempt sanctions» (Bussen wegen Nichterfüllung gerichtlicher Anordnungen) nur verhängt werden dürfen, wenn die Person zu der vorgeschriebenen Handlung überhaupt in der Lage ist, was bei einer Edition den Besitz der Unterlagen voraussetzt.¹³⁶ Aus diesem Grund hatte das Berufungsgericht im Marc Rich-Fall die Sache nach der Beschlagnahmung durch die Schweizer Behörden zur erneuten Überprüfung an die Vorinstanz zurückgewiesen, wo die Marc Rich & Co. AG die Möglichkeit gehabt hätte, die Unmöglichkeit der Befolgung des Editionsbefehls zu beweisen.¹³⁷ Da der Fall vorher beigelegt wurde, kam es allerdings nicht mehr dazu. – Unklar ist, ob dieser Grundsatz auch gilt, wenn dem Adressaten nachgewiesen werden kann, dass er die Beschlagnahmung selbst veranlasst bzw. die Unmöglichkeit der Erfüllung selbst geschaffen hat.¹³⁸ Dies kann hier aber offen bleiben, da solches bei der UBS aller Voraussicht nach nicht der Fall gewesen wäre.

136 S. United States v. Rylander, 460 U.S. 752, 757 (1983) («[A] proceeding to enforce an IRS summons is an adversary proceeding in which the defendant may contest the summons on any appropriate ground, ... and ... lack of possession or control of records is surely such a ground»); In re Marc Rich & Co., 736 F.2d 864, 866 (2d Cir. 1984) («Civil contempt is a coercive sanction, and thus a person held in civil contempt must be able to comply with the court order at issue») LIGUORI (Fn. 58), S. 247 Fn. 118 («The doctrine of impossibility holds that a person cannot be held in criminal or civil contempt for noncompliance owing to physical impossibility»); s.a. Cochran Consulting, Inc. v. Uwatec USA, Inc., 102 F.3d 1224 (D.C. Cir. 1996); Gerling Int'l Ins. Co. v. Comm'r of Internal Revenue, 839 F.2d 131, 140 (3d Cir. 1988).

137 S. In re Marc Rich & Co., 736 F.2d at 867 («[I]f the seizures have made further compliance impossible, the agreement [ein Zugeständnis der Marc Rich & Co. AG, sich nicht auf schweizerische Herausgabeverbote zu berufen] would not bar Rich from asserting that fact as a defense»); s.a. FREDERICK A. MANN, Zur staatlichen Hoheitsgewalt über ausländische Tochtergesellschaften und Zweigniederlassungen inländischer Unternehmen, SJZ 82 (1986), S. 21–28, 28 Fn. 31; LIGUORI (Fn. 58), S. 247 Fn. 118; HONEGGER (Fn. 50), S. 58.

138 Vgl. Société internationale (Fn. 80), 357 U.S. at 208–09 («[T]he Government suggests that petitioner stands in the position of one who deliberately courted legal impediments to production of the Sturzenegger records, and who thus cannot now be heard to assert its good faith after this expectation was realized. Certainly these contentions, if supported by the facts, would have a vital bearing on justification for dismissal of the action»), 212 («Rule 37 should not be construed to

Die Frage ist allerdings, ob eine Beschlagnahme auch schon den *Erlass* einer enforcement order verhindert hätte. Präzedenzfälle dazu sind nicht ersichtlich; die zitierten Urteile beziehen sich nur auf die Verhängung von «contempt sanctions» unter schon erlassenen enforcement orders. Nach Sinn und Zweck dieser Rechtsprechung wäre die Frage jedoch zu bejahen. Falls die Akten vor dem Entscheid über die enforcement action beschlagnahmt worden wären, wäre die UBS also sehr wahrscheinlich höchstens verpflichtet worden, im Sinne von «good faith efforts» bei den Schweizer Behörden zu beantragen, ihr die Dokumente zurückzugeben o.Ä. Diese «enforcement order» hätte die UBS unschwer erfüllen können. Allerdings bestand doch auch ein gewisses Risiko, dass das Gericht beim Erlass der enforcement order auf die Beschlagnahme noch keine Rücksicht genommen, sondern dies erst im Sanktionierungsstadium getan hätte. Dies hätte für die UBS eine grosse Gefahr dargestellt, da die USA nach Ziff. 13 des Deferred Prosecution Agreements die Nichterfüllung einer enforcement order als «material violation» des DPA ansehen und damit die Strafverfolgung wieder aufnehmen durften. Insofern existierte ein – wenn auch kleines – Risiko, dass eine Beschlagnahme der Dokumente die UBS nicht aus der Schusslinie genommen hätte.

F. Fazit

Ohne eine Beschlagnahme der Kundendossiers durch die Schweiz hätten der UBS in den USA nicht nur hohe Tagesbussen, sondern auch eine Wiederaufnahme des Strafverfahrens gedroht. Nach Einschätzung des Bundesrats hätte dies den Untergang der Bank nach sich gezogen. Diese Einschätzung kontrastiert allerdings mit der offenbar von UBS-CEO Grübel ausgedrückten Bereitschaft, das US-Geschäft aufzugeben. Volkswirtschaftliche Schäden hätten ansonsten ev. auch durch eine – allerdings sicher sehr kostspielige – Verstaatlichung des Inlandteils der UBS abgewendet werden können.

Auf jeden Fall hätte die Führungsspitze der UBS die (rechtlichen) Gefahren für ihre Bank abwenden können, indem sie die Unterlagen selbst herausgege-

authorize dismissal of this complaint because of petitioner's noncompliance with a pretrial production order when it has been established that failure to comply has been due to inability, *and not to willfulness, bad faith, or any fault of petitioner*») (Hervorh. hinzugef.), und – e contrario – *Cochran*, 102 F.3d at 1232 («The inability of Uwatec AG and Uwatec USA to produce Dynatron's ROM code was due to inability fostered neither by their own conduct nor by circumstances within their control ... We conclude that the discovery orders and the sanctions were improperly imposed»), *mit In re Marc Rich*, 736 F.2d at 866 («Individuals unable to comply, because of their own bad faith actions or otherwise, may be subject to criminal sanctions, but may not be held in civil contempt») (mit den strafrechtlichen Sanktionen sind vermutlich solche wegen Urkundenvernichtung, Behinderung der Justiz und dgl. gemeint). – Möglicherweise liegt der gemeinsame Nenner dieser Entscheide darin, dass eine Partei, welche die Unmöglichkeit selbst herbeigeführt hat, dafür zwar z.B. mit einer Busse oder prozessualen Folgen wie der Klageabweisung («rückblickend») bestraft, nicht aber mit Tagesbussen für die gegenwärtige Nichterfüllung der Anordnung sanktioniert bzw. («prospektiv») zu deren Erfüllung gezwungen werden darf.

ben hätte. Die betreffenden Personen hätten sich damit zwar strafbar gemacht, die Bank wäre aber straffrei geblieben. Es war allerdings offen, ob sich Personen gefunden hätten, die sich auf diese Weise für ihre Bank aufgeopfert hätten. Zudem wäre auch hier ein grosser Vertrauensverlust für die Bank eingetreten.¹³⁹

Alternativ hätte der Bundesrat die Akten beschlagnahmen lassen können. Wäre dies rechtzeitig geschehen, wären praktisch sicher keine Tagesbussen gegen die UBS verhängt worden. Es war allerdings nicht ganz auszuschliessen, dass die Bank dennoch vorerst mit einer enforcement order verpflichtet worden wäre, die Unterlagen herauszugeben. Die USA hätten die – zwangsläufige – Nichterfüllung einer solchen Anordnung als «wesentliche Verletzung» des DPA qualifizieren und in der Folge die Strafverfolgung gegen die UBS wieder aufnehmen können.

Angesichts der in jedem Fall bestehenden Risiken entschied sich der Bundesrat, die schweizerische «Verteidigungsposition» aufzugeben und den amerikanischen Forderungen mit dem UBS-Abkommen weitgehend nachzukommen. Der Preis dieses Vorgehens war eine erhebliche Opferung schweizerischer Souveränität und rechtsstaatlicher Glaubwürdigkeit. Faktisch wurde die Rechtsgrundlage für Amtshilfe rückwirkend geändert und lieferte man Daten von Bankkunden aus, die auf frühere Beteuerungen, das Bankgeheimnis sei nicht verhandelbar, hatten vertrauen dürfen. Man kann durchaus von einem «Ehrverlust» der Schweiz sprechen.¹⁴⁰

Ob das Vorgehen des Bundesrats¹⁴¹ richtig war, lässt sich gegenwärtig noch nicht beurteilen. Nicht nur fehlt die für eine objektive Bewertung notwendige Distanz, es sind auch trotz des GPK-Berichts noch wesentliche Fragen ungeklärt. Zu untersuchen wäre vor allem, weshalb die Regierung es nicht der UBS-Führung überliess, die Daten auf eigenes Risiko herauszugeben.¹⁴² Mit diesem Vorgehen hätten Rechtsstaat und Souveränität der Schweiz weitgehend gewahrt werden können, und auch der UBS hätten keine Strafen gedroht.¹⁴³ Der einzige Wermutstropfen wäre gewesen, dass den Bankkunden keinerlei Rechtsmittel zur Verfügung gestanden hätten.¹⁴⁴ Auch dies wäre jedoch zu ver-

139 S. HÄSSIG (Fn. 7), S. 169.

140 So HÄSSIG (Fn. 7), S. 228: Die Schweiz «hatte ihre Ehre verspielt».

141 Und mutatis mutandis der Bundesversammlung, welche das Abkommen nachträglich genehmigte. Diese befand sich allerdings in einer anderen Ausgangslage, indem der Bundesrat die Schweiz völkerrechtlich schon gebunden hatte. Eine Ablehnung des Abkommens durch das Parlament wäre deshalb problematischer gewesen als ein ursprünglicher Nichtabschluss durch den Bundesrat.

142 Im GPK-Bericht wird nur festgehalten, dass das EJPD die Option «Der Bund verhält sich passiv» «nach eingehender Analyse» verwarf (S. 286).

143 S.a. die Beurteilung von Alexander Karrer, stellvertretender Staatssekretär im EFD, vom 4. Februar 2009: «Option 1: Die UBS übergibt die Kundendaten selbst, ohne Bewilligung vom Bundesrat und von der FINMA [Sprache sic]. Laut Alexander Karrer wäre der Schaden für die Bank in diesem Fall nicht grösser, für den Finanzplatz und den Staat dagegen weitaus geringer» (GPK-Bericht, S. 251).

144 S. AB SR 2010 473 (Widmer-Schlumpf).

schmerzen gewesen, da solche Beschwerden unter dem UBS-Abkommen zwar möglich waren, wegen der schematischen Ausgestaltung der Amtshilfekriterien aber von Anfang an kaum Erfolgsaussichten hatten. Es bleibt zu hoffen, dass diese dem Landesinteresse am besten dienende Lösung nicht bloss aufgrund personeller Rücksichtnahme oder politischer Verflechtungen verworfen wurde.

Zusammenfassung

Mit dem Abkommen 09 verpflichtete der Bundesrat die Schweiz im UBS-Fall zur Leistung von Amtshilfe an die USA auch für Fälle der Steuerhinterziehung. Er begründete dies damit, dass andernfalls ein für die UBS existenzgefährdender Justizkonflikt drohte: Entweder hätte sich die Bank durch eine Herausgabe der Kundendaten nach Schweizer Recht strafbar gemacht, oder dann schwere Sanktionen in den USA zu gewärtigen gehabt. Im vorliegenden Artikel wird dieser Argumentation auf den Grund gegangen. Analysiert wird zunächst, welche Pflichten bzw. Verbote der Datenherausgabe die UBS unter US- und Schweizer Recht grundsätzlich trafen und mit welchen möglichen Sanktionen diese verbunden waren. Dabei ergibt sich unter anderem, dass entgegen der bundesrätlichen Darstellung die UBS selber unter Schweizer Recht auf keinen Fall strafbar gewesen wäre. Danach wird untersucht, ob sich der Konflikt durch ein «Zurücktreten» einer der beiden Rechtsordnungen aufgelöst hätte, indem entweder in der Schweiz ein Notstand anerkannt worden wäre oder ein US-Gericht angesichts der schweizerischen Herausgabeverbote die UBS gar nicht zur Aktenevidenz gezwungen hätte. Während ein Notstand unter Schweizer Recht wohl verneint worden wäre, hätten sehr gute Chancen für die zweite Variante bestanden, insbesondere wenn die Schweiz die umstrittenen Daten beschlagnahmt hätte. Weshalb dies nicht geschah, wird Gegenstand zukünftiger Untersuchungen sein müssen.

Résumé

Par l'accord 09, le Conseil fédéral a obligé la Suisse, dans le cas UBS, à fournir une entraide administrative aux USA même dans les cas de soustraction d'impôt. Il a justifié cela en affirmant qu'à défaut, l'UBS s'exposerait à un conflit judiciaire qui menacerait son existence: soit la banque aurait commis une infraction pénale selon le droit suisse en remettant les données clients, soit elle aurait dû subir de lourdes sanctions aux USA. Dans cet article, cette argumentation est examinée en profondeur. L'analyse vise d'abord à établir quelles obligations ou interdictions de remise des données étaient en principe applicables à l'UBS en droit américain et en droit suisse, ainsi que les sanctions potentielles liées à celles-ci. Il en ressort notamment que, contrairement aux affirmations du Conseil fédéral, l'UBS elle-même n'aurait en aucun cas commis d'infraction selon le droit pénal suisse. L'article traite ensuite de la question de savoir si le conflit aurait pu se résoudre par un « retrait » de l'un des ordres juridiques, soit par une reconnaissance de l'état de nécessité en Suisse, soit parce qu'un tribunal US, compte tenu des interdictions de remise suisses, n'aurait pas contraint l'UBS à produire les dossiers. Alors qu'un droit de nécessité en droit suisse aurait probablement été nié, la deuxième variante aurait eu de grandes chances d'aboutir, en particulier si la Suisse avait saisi les données litigieuses. Quant à savoir pourquoi cette mesure n'a pas été prise, des analyses ultérieures devront le déterminer.