

# Zur völkerrechtlichen Zulässigkeit des amerikanischen Editionsbefehls an die UBS im Streit um die Kundendaten

*Martin Schaub\**

I.	Einleitung	808
II.	Verstoss gegen das Doppelbesteuerungsabkommen?	809
III.	Verstoss gegen Völkergewohnheitsrecht?	811
	1. Staatenpraxis und Lehrmeinungen	811
	2. Die Position des Restatement (Third)	819
IV.	Fazit	822

## Abstract

2007 wurde den US-Behörden bekannt, dass die Grossbank United Bank of Switzerland (UBS) mutmasslich zahlreichen Amerikanern bei der Steuerhinterziehung geholfen hatte. Die Steuerbehörde IRS verlangte deshalb in einem sogenannten "John Doe Summons (JDS)"-Verfahren von der Bank die Herausgabe von Unterlagen über US-Steuerpflichtige mit undeklarierten Konten oder Depots. 2009 klagte der Internal Revenue Service (IRS) auf gerichtliche Vollstreckung dieses Gesuchs. Da bei einer Vollstreckung ein direkter Konflikt mit schweizerischem Recht (Bankgeheimnis, Art. 271 und 273 Schweizerisches StGB) drohte, schaltete sich auch der Bundesrat in dieses Verfahren ein. Er argumentierte, eine Gutheissung der Klage verstiesse gegen das schweizerisch-amerikanische Doppelbesteuerungsabkommen (DBA), welches bei der Beweisbeschaffung zur Beschreitung des Amtshilfewegs verpflichte. Weiter sei es auch unter allgemeinem Völkerrecht unzulässig, jemanden zu einer Handlung in einem anderen Staat zu zwingen, insbesondere wenn er damit lokales Recht verletzen müsste.

Eine Auslegung des DBA zeigt freilich, dass diesem kein Verbot entnommen werden kann, unmittelbar von einem Privaten die Bekanntgabe von Daten aus dem anderen Staat zu verlangen. Auch ein allgemeines völkergewohnheitsrechtliches Verbot extraterritorialer Editionsanordnungen ist, selbst bei einem Konflikt mit lokalen Herausgabeverboten, fraglich.

---

\* Dr. iur. (Universität Zürich), Gastwissenschaftler am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg.

Zwar hat schon eine Reihe von Staaten ein solches Verbot geltend gemacht, gerade die Schweiz aber hat mindestens ein Mal selber eine Bank verpflichtet, möglicherweise unter Verletzung eines ausländischen Bankgeheimnisses Bankdaten bekannt zu machen. Überdies haben sich die USA konsequent gegen ein solches Verbot ausgesprochen und wären daher als persistent objector wohl ohnehin nicht daran gebunden.

## I. Einleitung

2007 geriet die UBS ins Visier des amerikanischen Justizdepartments, nachdem dieses Hinweise erhalten hatte, dass die Bank zahlreichen US-Kunden bei der Steuerhinterziehung behilflich gewesen war. Ein entsprechendes Strafverfahren konnte im Februar 2009 durch den Abschluss eines Deferred Prosecution Agreement zwar abgewendet werden, parallel ermittelte aber auch die US-Steuerbehörde IRS gegen die betreffenden Bankkunden. Um deren Identität aufzudecken, richtete der IRS im Juli 2008 ein Amtshilfesuch an die Schweiz. Gleichzeitig leitete er auch ein sogenanntes "John Doe Summons"-Verfahren ein, in dem er die Bank aufforderte, die Unterlagen aller US-Steuerpflichtigen mit undeklarierten Konten oder Depots in der Schweiz direkt an ihn herauszugeben. Nachdem das Amtshilfungsverfahren bis dahin keine Früchte getragen hatte und die UBS dem John Doe Summons auch nicht freiwillig nachgekommen war, klagte der IRS im Februar 2009 beim Bundesbezirksgericht für den südlichen Bezirk Floridas auf Vollstreckung der John Doe Summons.<sup>1</sup>

Da die Gutheissung dieser Klage zu einem Eingriff in die schweizerische Territorialhoheit und zu einem Konflikt mit schweizerischem Recht (Bankgeheimnis, Art. 271 und 273 Schweizerisches StGB) geführt hätte, schaltete sich auch der Bundesrat in dieses Verfahren ein. In einem amicus curiae brief und einer diplomatischen Note argumentierte er, das Gesuch des IRS dürfe unter anderem deshalb nicht gutgeheissen werden, weil dies gegen das schweizerisch-amerikanische Doppelbesteuerungsabkommen von 1996 (DBA) verstossen würde, welches bei der Beweisbeschaffung aus dem Ausland zur Beschreitung des Amtshilfewegs verpflichte. Weiter sei es auch allgemein völkerrechtlich unzulässig, jemanden zu einer Handlung in einem

---

<sup>1</sup> S. näher *M. Schaub*, Konflikt um Kundendaten: Die Situation der UBS vor dem Abkommen 09, ZSR 130 (2011), 209 (210 ff.).

anderen Staat zu zwingen, insbesondere wenn er damit lokales Recht verletzen müsste.<sup>2</sup>

Aufgrund des UBS-Abkommens vom 19.8.2009 wurde ein Entscheid über die Vollstreckungsklage obsolet, so dass das Gericht in Florida zu der Argumentation des Bundesrats nicht Stellung nehmen musste. Da das Thema aber von allgemeinem Interesse ist, soll dies in diesem Artikel nachgeholt werden.

## II. Verstoss gegen das Doppelbesteuerungsabkommen?

Nach Ansicht des Bundesrats bedeutet die Vereinbarung eines Amtshilfeverfahrens gleichzeitig ein Verbot, solche Informationen unilateral aus dem anderen Staat zu beschaffen. Diese schon in den 80er Jahren im *Marc Rich-Fall* geäusserte<sup>3</sup> Auffassung überzeugt jedoch nicht: Die Schaffung der Möglichkeit, auf eine bestimmte Weise vorzugehen, schliesst die Nutzung anderer Wege schon logisch nicht aus, sondern ergänzt diese bloss. Etwas anderes kann nur gelten, wenn sich das ausdrücklich oder implizit aus dem Staatsvertrag ergibt. Ein ausdrücklicher Ausschluss unilateraler Editionsbefehle ist im Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) nicht enthalten; fraglich kann nur sein, ob aus diesem ein implizites Verbot abzuleiten ist.

Nach Art. 31 der Wiener Vertragsrechtskonvention ist ein Vertrag "nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen". Massgebend ist primär der Wortlaut eines Vertrags, der hier eben gerade keinen Hinweis auf die Exklusivität des Amtshilfeverfahrens liefert. Auch mit der Systematik oder dem Zweck des Vertrags lässt sich eine solche nicht begründen, ebenso wenig wie mit dem Grundsatz von "Treu und Glauben". Nach Treu und Glauben hätte die Schweiz vielmehr eine explizite Verankerung eines solchen Verbots fordern müssen, wenn ihr daran gelegen war, zumal ihr aus der Judikatur bekannt war, dass die USA ein solches "implizites" Vertragsverständnis ab-

<sup>2</sup> Amicus curiae brief, *United States v. UBS AG*, Nr. 09-20423 (*Gold/McAliley*) (S.D. Fla. 30.4.2009), 11 ff.; diplomatische Note der Schweizer Botschaft in Washington an das US-Aussendepartement vom 29.4.2009, Anhang 6 des amicus curiae briefs.

<sup>3</sup> Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (VPB) 51.5, Ziff. III.2.d: "In der Vereinbarung eines bestimmten Verfahrens zwischen zwei Staaten [in casu die Amtshilfebestimmungen im DBA von 1951] liegt aber, nach schweizerischer Auffassung, zugleich die Absicht, sich künftig dieser Verfahrensweise zu bedienen. Die Anordnung und Durchsetzung einer 'Subpoena' [zur Aktenedition] können daher auch einen Verstoss gegen zwischenstaatliche Vereinbarungen darstellen."

lehnen: 1981 hatte ein Bundesberufungsgericht im Fall “*Vetco*” entschieden, dass die (diesbezüglich genau gleich formulierte) Amtshilfebestimmung im DBA von 1951 keine ausschliessliche Wirkung habe.<sup>4</sup> Verschiedene Urteile des Supreme Court aus den Jahren vor dem Abschluss des revidierten DBA wiesen (und weisen) in dieselbe Richtung: 1987 hatte das höchste Gericht im *Aérospatiale*-Urteil<sup>5</sup> entschieden, dass die im Haager Beweisübereinkommen vorgesehenen Methoden der Beweisbeschaffung im Ausland nicht zwingend, sondern fakultativ seien. Ein Ausschluss unilateraler Vorgehensweisen würde voraussetzen, dass der Vertrag eine solche Absicht klar ausdrücke, was nicht der Fall sei.<sup>6</sup> Selbst eine Pflicht, wenigstens in erster Linie das im Übereinkommen vorgesehene Verfahren zu beschreiten und nur subsidiär unilateral vorzugehen, bestehe nicht.<sup>7</sup> 1992 hatte der Supreme Court diesen Ansatz in *United States v. Álvarez-Machain*<sup>8</sup> bestätigt, indem er im Auslieferungsvertrag zwischen Mexiko und den USA kein implizites Verbot sah, Personen aus dem anderen Staat anstatt durch Auslieferung durch Entführung habhaft zu werden. Zu einem anderen Ergebnis kam das Gericht hingegen in *Volkswagen Aktiengesellschaft v. Schlunk*,<sup>9</sup> wo es entschied, dass das im Haager Zustellungsübereinkommen für die Zustellung gerichtlicher Schriftstücke im Ausland festgelegte Verfahren zwingend sei. Dies wurde allerdings mit dem klaren Wortlaut dieses Übereinkommens<sup>10</sup> begründet und bedeutete somit keine Anerkennung eines impliziten Verbots. Zudem wurde auch in dieser Entscheidung die Möglichkeit vorbehalten, ausländischen Parteien solche Schriftstücke ersatzweise an Tochtergesellschaften, Vertreter u. Ä. im Inland zuzustellen; in diesem Sinne soll also selbst dieses Übereinkommen unilaterale “Umgehungen” nicht verbieten.

Ein amerikanischer Editionsbefehl an die UBS hätte somit von vornherein nicht gegen das DBA verstossen, da dieses weder explizit noch implizit ein entsprechendes Verbot enthält. Und selbst wenn die Argumentation des Bundesrats grundsätzlich zuträfe, wäre sie jedenfalls auf den konkreten Editionsbefehl nicht anwendbar. Denn dieser betraf grossmehrheitlich Daten

<sup>4</sup> *United States v. Vetco*, 691 F.2d 1281, 1285 f. (9<sup>th</sup> 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.”

<sup>5</sup> *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court*, 482 U.S. 522 (1987).

<sup>6</sup> *Société Nationale Industrielle Aérospatiale* (Anm. 5), 539.

<sup>7</sup> *Société Nationale Industrielle Aérospatiale* (Anm. 5), 541 ff.

<sup>8</sup> 504 U.S. 655 (1992).

<sup>9</sup> 486 U.S. 694 (1988).

<sup>10</sup> Dessen Art. 1 Abs. 1 lautet: “Dieses Übereinkommen ist in Zivil- oder Handelssachen in allen Fällen anzuwenden, in denen ein gerichtliches oder aussergerichtliches Schriftstück zum Zweck der Zustellung ins Ausland zu übermitteln ist.”

von blossen Steuerhinterziehern, während Art. 26 DBA die Amtshilfe auf "Betrugsdelikte und dergleichen" beschränkt (was Steuerhinterziehung nicht einschliesst<sup>11</sup>). Da sich ein allfälliges "implizites Verbot" auf Fälle beschränken müsste, in denen das Amtshilfeverfahren überhaupt zur Verfügung steht, wäre dieses also ohnehin nicht zum Zuge gekommen.

### III. Verstoss gegen Völkergewohnheitsrecht?

Weniger einfach zu beantworten ist die Frage, ob ein Editionsbefehl wegen seines extraterritorialen und mit Schweizer Recht kollidierenden Inhalts gegen Völkergewohnheitsrecht verstossen hätte. Dazu ist zu untersuchen, ob sich aus der einschlägigen Staatenpraxis ein entsprechendes völkergewohnheitsrechtliches Verbot entwickelt hat. Dabei ist aus praktischen Gründen v. a. auf die Verbalpraxis, d.h. auf Äusserungen von Amtsträgern, abzustellen.<sup>12</sup> Es handelt sich teilweise um Aussagen, die einige Jahrzehnte zurückliegen; dies mindert ihr völkergewohnheitsrechtliches Gewicht zwar etwas, macht sie aber nicht obsolet, solange der betreffende Staat in der Zwischenzeit seine Position nicht geändert hat.<sup>13</sup> Im Sinne einer Sekundärquelle zur Ermittlung des Völkergewohnheitsrechts sind zudem auch die in der Lehre vertretenen Meinungen beizuziehen, wobei das wichtige Restatement (Third) unten in einem separaten Abschnitt dargestellt wird.

#### 1. Staatenpraxis und Lehrmeinungen

Nach der Auffassung Deutschlands,<sup>14</sup> Frankreichs,<sup>15</sup> Dänemarks,<sup>16</sup> Norwegens,<sup>17</sup> Japans<sup>18</sup> und der Philippinen<sup>19</sup> sind sanktionsbewehrte Anord-

<sup>11</sup> Entscheid des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts (BVGE) 2010/7 vom 21.1.2010. Bekanntlich war der Bundesrat (und auch das Bundesverwaltungsgericht selber, s. das Urteil A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5.3.2009, Ziff. 5.4) bis zu BVGE 2010/7 der Auffassung, dass auch Fälle schwerer Steuerhinterziehung unter den Begriff der "Betrugsdelikte und dergleichen" fallen. Deshalb fehlt im *amicus curiae* brief und in der diplomatischen Note die hier im Text angestellte Überlegung naturgemäss.

<sup>12</sup> Zur Verbalpraxis als Teil der gewohnheitsrechtsbildenden Staatenpraxis s. *M. H. Mendelson*, *The Formation of Customary International Law*, RdC 272 (1998), 155, (204 ff.).

<sup>13</sup> *A. E. Roberts*, *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law*, AJIL 95 (2001), 757 (785, 787); *A. D'Amato*, *The Concept of Custom in International Law*, 1971, 97; tendenziell *M. Byers*, *Custom, Power and the Power of Rules*, 1999, 161.

<sup>14</sup> *Amicus curiae* briefs in *Aérospatiale*, ILM 25 (1986), 1539 (1546) und in *Rütgerswerke AG v. Kay Bettis* von 1994 (s. *J. Bertele*, *Souveränität und Verfahrensrecht*, 1998, 429). Die eigene Praxis ist allerdings inkonsequent, indem deutsche Gerichte jedenfalls Inländer oder

nungen zur Dokumentenvorlage aus dem Ausland ganz allgemein ein Verstoß gegen die Souveränität des Territorialstaats (“allgemeine Verbots-These”).<sup>20</sup>

---

inländische Unternehmen insb. im Steuerrecht auch zur Dokumentenvorlage aus dem Ausland verpflichtet (s. die Nachweise bei *A. Stadler*, Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und U.S.-amerikanischen Zivilprozess und im Rechtshilfeverfahren, 1989, 281 Fn. 54), sogar wenn diese (oder mit ihnen verbundene Konzerngesellschaften) sich damit unter ausländischem Recht strafbar machten (BFHE 133, 19 [21], bestätigt in BFH I R 32/84, BStBl. 1986 II, 736, Ziff. 3.d: “Etwaige Auswirkungen der schweizerischen Strafvorschrift [Art. 273 StGB] braucht kein anderer Staat gegen sich gelten zu lassen”; dazu *J. Bertele* [Anm. 14], 465 f., und *K. P. Mössle*, Extraterritoriale Beweisbeschaffung im internationalen Wirtschaftsrecht, 1990, 266).

<sup>15</sup> Amicus curiae brief in *Aérospatiale*, ILM 25 (1986), 1519 (1524, 1528); Diplomatische Noten an die USA vom 3.11.1985, ILM 25 (1986), 829, 17.3.1960, ILA Rep. 1964, 404 und 23.8.1960, ILA Rep. 1964, 580 f.

<sup>16</sup> Diplomatische Note an die USA vom 26.2.1960, ILA Rep. 1964, 403 f.; Aide Mémoires an die USA vom 22.6.1960, ILA Rep. 1964, 405, 579, 13.3. und 9.6.1961, ILA Rep. 1964, 583.

<sup>17</sup> Diplomatische Noten an die USA vom 8.2.1960, ILA Rep. 1964, 405 und 23.6.1960, ILA Rep. 1964, 581.

<sup>18</sup> Diplomatische Noten an die USA vom 7.3.1960, ILA Rep. 1964, 405, 20.3. und 15.6.1961, ILA Rep. 1964, 583 f.; *United States v. Toyota Motor Corp.*, 569 F. Supp. 1158, 1163 (C.D. Cal. 1983) (“Although Japan does not have a ‘blocking’ statute prohibiting disclosure of the information requested here, its Government has taken the position that, in this case, compelling the production of documents located in Japan would violate international law.”).

<sup>19</sup> Diplomatische Note an die USA vom 27.4.1961, ILA Rep. 1964, 584.

<sup>20</sup> In der Lehre findet diese radikale Auffassung kaum Rückhalt; s. aber immerhin *A. Stadler* (Anm. 14), 288 ff. (ausser bei Anordnungen an eigene Staatsangehörige).

ZaöRV 71 (2011)

Weniger weit gehen Schweden<sup>21</sup> und Kanada,<sup>22</sup> die solche Anordnungen nur dann für unzulässig halten, wenn ihre Befolgung zu einer Verletzung lokalen Rechts führte (was in casu der Fall gewesen wäre) (“Kollisions-Verbots-These”).<sup>23</sup> Die in Anm. 2 zitierte diplomatische Note des Bundes-

<sup>21</sup> Im Zusammenhang mit einem Gesetzesentwurf zum Boykott Südafrikas äusserte sich die schwedische Regierung 1985 folgendermassen: “In the event of collisions of law, ... the basic principle, according to international law, must be not to coerce one’s own legal subjects, when they are under the territorial jurisdiction of a foreign state, to actions incompatible with the legal system of that state” (zit. nach *D. H. Small*, *Managing Extraterritorial Jurisdiction Problems: The United States Government Approach*, *Law & Contemp. Probs.* 50 [1987], 283 [284 Fn. 2]). Etwas zurückhaltender noch die diplomatische Note an die USA vom 29.2.1960: “[T]he Government of Sweden finds it important to emphasize that in international law no State is called upon to acquiesce in acts of other States in its territory”, *ILA Rep.* 1964, 405.

<sup>22</sup> Stellungnahme des Aussenministeriums vom Oktober 2002 (“Canada opposes extraterritorial measures that contradict or undermine the laws or clearly enunciated policies of another state exercising concurrent jurisdiction on a territorial basis over the same conduct”), *CYIL* 40 (2002), 494; Brief des Premierministers vom 4.6.1984 (“[I]nternational law prohibits domestic courts from requiring custodians of records to perform acts abroad which are prohibited by the law of the country in which documents are located”), *CYIL* 23 (1985), 337; Telegramm des Aussendepartements vom 26.7.1984, *CYIL* 23 (1985), 337; amicus curiae brief im *Bank-of-Nova-Scotia-Fall* vom 18.11.1983, *CYIL* 22 (1984), 323; diplomatische Note an die USA vom 8.11.1978, *CYIL* 17 (1979), 336 (337 f.); Memorandum des Aussenministeriums vom 20.10.1977, *CYIL* 16 (1978), 362 f.; Brief des Aussenministers vom 10.11.1975, *CYIL* 14 (1976), 326. Vorsichtiger immerhin zwei Beurteilungen des Aussendepartements vom Juni 1996 (“[T]his suggests that, if the application of extraterritorial jurisdiction creates conflicting requirements ..., then the extraterritorial measure should be modified or withdrawn”), *CYIL* 34 (1996), 404, und vom 29.4.1992 (“La courtoisie internationale exige que la juridiction extraterritoriale sur la base de la nationalité ne soit pas exercée de façon à ... exiger des ressortissants d’un état qu’ils agissent de contraire aux lois de l’état étranger dans lequel ils se trouvent”), *CYIL* 30 (1992), 350, der amicus curiae brief im *Hartford-Five-Fall* vom 19.11.1992 (“... should ...”), *CYIL* 31 (1993), 347, sowie eine Aussage des Aussendepartements von 1984 (“... should ...”), *CYIL* 22 (1984), 322 f. – Kanadische Gerichte verpflichten ihrerseits auch niemanden zu einer illegalen Beweisbeschaffung im Ausland; *Frischke v. Royal Bank of Canada*, 17 O.R. (2d) 388 (1970), Ziff. 26.

<sup>23</sup> Für entsprechende Positionen in der Lehre s. die ILA-Resolution “Extra-Territorial Application of Anti-Trust Legislation”, *ILA Rep.* 1974, xx, Art. 7(a) (“[N]o state shall require conduct within the territory of another state which is contrary to the law of the latter”); *W. Meng*, *Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, 1994, 581 f., 733; *F. A. Mann*, *The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years*, *RdC* 186 (1984-III), 9 (50); *F. A. Mann*, *Zur staatlichen Hoheitsgewalt über ausländische Tochtergesellschaften und Zweigniederlassungen inländischer Unternehmen*, *SJZ* 82 (1986), 21 (24) (“... das ebenfalls völkerrechtlich begründete Prinzip, nach dem niemand zur Vornahme einer tatsächlich oder rechtlich unmöglichen, insbesondere einer rechtswidrigen Handlung verurteilt werden kann”); s. a. *F. A. Mann*, *Hoheitsgewalt* (Anm. 23), 22, 26 a. E. (wo einfach von einem Vorrang des Rechts des Territorialstaats gesprochen wird); *R. Y. Jennings*, *Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws*, *BYIL* 33 (1957), 146 (151); *P. Gottwald*, *Grenzen zivilgerichtlicher Massnahmen mit Auslandswirkung*, in: *FS W. J. Habscheid*, 1989, 119 (121 f.).

rats im *UBS*-Fall sowie ein Memorandum im *Marc Rich*-Fall<sup>24</sup> deuten darauf hin, dass auch die Schweiz diese Auffassung teilt. Andere Äusserungen lassen sogar annehmen, dass die Schweiz jeden extraterritorialen Editions-befehl als verboten ansieht und somit zur erstgenannten Staatengruppe zu zählen wäre.<sup>25</sup> Konsequenter wäre dies allerdings nicht, da die Schweiz selber auch schon eine Genfer Bank zur konsolidierten Rechnungslegung verpflichtet hat, obwohl ihre Tochtergesellschaft auf den Cayman Islands damit möglicherweise das dortige Bankgeheimnis verletzen musste. Das Bundesgericht hielt dies nicht für völkerrechtswidrig, weil die Tochtergesellschaft auch in der Schweiz geschäftstätig war und damit schweizerischer Souveränität unterliege.<sup>26</sup> Genau dieselbe Argumentation hätte sich die Schweiz nun im *UBS*-Fall entgegenhalten lassen müssen.

Grossbritannien geht zumindest seit den 80er Jahren<sup>27</sup> nicht mehr von einem eigentlichen Verbot solcher Anordnungen aus, will aber dem Recht des

<sup>24</sup> Memorandum des EDA an das amerikanische Aussendepartement vom 6.6.1983, abgedruckt bei *Jud Harwood/Bruce Zagaris, Marc Rich + Co AG v. United States* (2<sup>nd</sup> Circuit, 12.6.1984), *Taxes Internationall* 55 (1984), 3/74 (17) ("Any attempt of a foreign official administrative body or a foreign court to compel individuals or companies under Swiss jurisdiction to violate article 273 – by means of a subpoena or by threatening them with other legal sanctions – is ... to be considered as an infringement of, and an undue encroachment on, the exclusive Swiss jurisdiction in this respect"), franz. Übers. in *SJIR* 40 (1984), 163.

<sup>25</sup> S. den in Anm. 2 zitierten *amicus curiae* brief, 13 f.: "If the Court were to order UBS to produce evidence from Switzerland, and backed that order with coercive powers, the Court would be substituting its own authority for that of the competent Swiss authorities, and therefore would violate Swiss sovereignty and international law. This violation of sovereignty would be compounded because Swiss law specifically prohibits release of the information"; so praktisch gleichlautend auch schon der *amicus curiae* brief in *Aérospatiale*, *ILM* 25 (1986), 1549 (1553).

<sup>26</sup> BGE 108 Ib 513, 519: "La recourante fait valoir que la décision attaquée obligerait la Banque commerciale (Cayman) Ltd à violer le secret bancaire qui lui est imposé par la loi des îles Cayman, ce qui serait contraire à la souveraineté internationale de ce pays et exposerait les organes de ladite banque à des sanctions pénales. Cette objection est mal fondée. Dans la mesure où la Banque commerciale (Cayman) Ltd exerce une activité en Suisse, elle est soumise à la souveraineté suisse, également selon les principes du droit des gens, et l'exercice régulier de la souveraineté suisse ne saurait violer la souveraineté étrangère. Au demeurant, il appartient à une banque suisse qui choisit de diriger un groupe de sociétés d'organiser ce groupe d'une manière lui permettant de respecter elle-même ses obligations selon la loi suisse, en particulier de donner à l'autorité suisse de surveillance les renseignements que celle-ci est en droit de requérir."

<sup>27</sup> Für die frühere Haltung s. die diplomatische Note Nr. 196 an die USA vom 27.7.1978, wo "attempts that have on occasion been made in the course of United States antitrust investigations to extend United States jurisdiction to the United Kingdom by wide ranging demands for production of information located within the jurisdiction of the United Kingdom" als "infringement of national jurisdiction" bezeichnet wurden, *BYIL* 49 (1978), 391. Da diesen US-Anordnungen soweit ersichtlich keine Herausgabeverbote unter englischem Recht entgegenstanden, entspricht dies einer "allgemeinen Verbots-These".



Territorialstaats den Vorrang geben (“Vorrangs-These”).<sup>28</sup> Englische Gerichte selbst zwingen konsequenterweise auch niemanden zur Beschaffung von Dokumenten aus dem Ausland in Verletzung lokalen Rechts.<sup>29</sup> Australien nimmt dieselbe Haltung ein und fordert zudem zum Verzicht auf solche extraterritorialen Regelungen auf.<sup>30</sup> Auch der EGMR<sup>31</sup> und zahlreiche Lehrmeinungen<sup>32</sup> folgen der Vorrangs-These. Unklar bleibt, ob sich deren praktische Konsequenzen wirklich von der “Kollisions-Verbots-These” unterscheiden, oder ob nicht einfach in beiden Fällen letztlich eine Pflicht besteht, im Konfliktfall extraterritoriale Regelungen zu unterlassen oder mindestens nicht durchzusetzen.

<sup>28</sup> Diplomatische Note Nr. 174 an die USA vom 23.9.1981 (“[A]ny purported exercise of extraterritorial jurisdiction by another State should be subject to the primacy of the laws and policies of the territorial State”), BYIL 53 (1982), 445; Konferenzansprache des britischen Handelsministers *Rees* von 1982 (“[E]ven where nationality is a legitimate basis for extraterritorial jurisdiction it must remain subject to the primacy of the law and policies of the territorial State”), zit. nach *A. V. Lowe*, *International Law Issues Arising in the “Pipeline” Dispute: the British Position*, GYIL 27 (1984), 54 (62); etwas weniger pauschal der *amicus curiae* brief in *Aérospatiale*, ILM 25 (1986), 1557 (1564, 1567) (“It would be anomalous and unsatisfactory, in any but the most extraordinary situation, for a court, in seeking to do justice, to require the violation of the law of a friendly sovereign state”). Gemäss *A. V. Lowe*, *Blocking Extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interests Act, 1980*, AJIL 75 (1981), 257 (267), gründet die britische Auffassung möglicherweise nicht auf einer völkerrechtlichen *opinio iuris*, sondern auf *comity*-Überlegungen.

<sup>29</sup> *Mackinnon v. Donaldson, Lufkin and Jenrette Securities Corp.* [1988] Ch. 482, 495 (*Hoffmann J.*), und *Lonrho Ltd. v. Shell Petroleum Co. Ltd. (No. 1)* [1980] 1 W.L.R. 627 (H.L.), 634 ff. (*Lord Diplock*).

<sup>30</sup> S. die Stellungnahme des Justizministeriums vom 4.6.1993 (“[E]xtra-territorial legislation ... should not proscribe conduct that is mandated by the law of the country where the conduct takes place ... In line with international principles of *comity*, Australia seeks to avoid, if possible, any enforcement action that causes a conflict with the laws of foreign countries. Further, in line with the principle of sovereignty, Australia has recognized that, in the event of a conflict of obligations a sovereign would normally have the primacy of regulating conduct within its own territory”), *Austr. Yb. Int’l L.* 15 (1994), 430 (432).

<sup>31</sup> *Banković v. Belgium*, Nr. 52207/99, Grand Chamber, § 36, ECHR 2001-XII (“[A] State’s competence to exercise jurisdiction over its own nationals abroad is subordinate to ... other States’ territorial competence”).

<sup>32</sup> *C. Forwick*, *Extraterritoriale US-amerikanische Exportkontrollen*, 1993, 86 (“aus europäischer Sicht”); *Harvard Research Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime*, AJIL 29 (1935) (Supp.), 435 (616), Art. 14 (“In exercising [criminal] jurisdiction ..., no state shall prosecute or punish an alien for an act or omission which was required of that alien by the law of the place where the alien was at the time of the act or omission”). Auch *A. F. Lowenfeld*, *Conflict, Balancing of Interests, and the Exercise of Jurisdiction to Prescribe: Reflections on the Insurance Antitrust Case*, AJIL 89 (1995), 42 (48), vertritt grundsätzlich diese Auffassung (“In the case of true compulsion, the territorial still prevails over the extraterritorial”), nimmt davon aber gerade das “law related to litigation activity, such as banking secrecy, requirements of nondisclosure of economic information, and the like”, aus (Fn. 39).

Die USA lehnen demgegenüber einen generellen Vorrang des Territorialstaats ab und postulieren stattdessen eine einzelfallbezogene *Interessenabwägung*. So gibt es laut einem Vertreter des US-Aussendepartements in Fällen konkurrierender Jurisdiktion kaum bindende völkerrechtliche Regeln zur Konfliktlösung, abgesehen von der Pflicht, im Bereich der Regulierung von “certain predominantly domestic situations, such as local labor regulation”, Einmischungen in die Regelungen des Territorialstaats zu vermeiden. Solche Konflikte müssten mit “good sense and principles of comity, rather than hard and fast legal rules”, gelöst werden.<sup>33</sup> Auch in Verhandlungen in der OECD in den 1980er Jahren über eine Erklärung zu Jurisdiktionsprinzipien waren die US-Vertreter nicht bereit, einen allgemeinen Vorrang des Territorialstaats anzuerkennen.<sup>34</sup> Dieselbe Auffassung wird im amicus curiae brief der US-Regierung im *Aérospatiale*-Fall<sup>35</sup> und in einer Ansprache des stellvertretenden Aussenministers *Dam* von 1983<sup>36</sup> erkennbar. Stattdessen praktizieren US-Gerichte in solchen Fällen mehrheitlich eine Interessenabwägung.<sup>37</sup> Eine entsprechende *opinio iuris* (d. h. eine Auffassung, dazu völkerrechtlich verpflichtet zu sein) ist in den Urteilen nicht ersichtlich, wird jedoch von der Exekutive anerkannt, allerdings nur im Sinne einer Pflicht, eine Interessenabwägung durchzuführen, und nicht, deren Ergebnis zwingend zu befolgen<sup>38</sup>. Die Gerichtspraxis ist aber nicht einheitlich; eine substantielle Minderheit der US-Entscheide folgt der Kollisions-Verbots-

<sup>33</sup> *D. H. Small* (Anm. 21), 292 f.

<sup>34</sup> *D. H. Small* (Anm. 21), 293.

<sup>35</sup> ILM 25 (1986), 1504 (1509) (“American courts should be mindful of the need to refrain, when feasible, from ordering discovery that would violate the laws or clearly articulated policies of a foreign government”).

<sup>36</sup> *K. W. Dam*, *Extraterritoriality and Conflicts of Jurisdiction*, ASIL Proc. 77 (1983), 370 (373).

<sup>37</sup> *United States v. First Nat'l City Bank*, 396 F.2d 897 (2<sup>nd</sup> Cir. 1968); *United States v. Field*, 532 F.2d 404 (5<sup>th</sup> Cir. 1976); *In re Westinghouse Elec. Corp. Uranium Contracts Litig.*, 563 F.2d 992 (10<sup>th</sup> Cir. 1977); *United States v. Vetco*, 691 F.2d 1281 (9<sup>th</sup> Cir. 1981); *United States v. First Nat'l Bank of Chicago*, 699 F.2d 341 (7<sup>th</sup> Cir. 1983); *United States v. Bank of Nova Scotia*, 691 F.2d 1384 (1982); 722 F.2d 657, 658 (1983); 740 F.2d 817, 826 ff. (11<sup>th</sup> Cir. 1984); *Reins. Co. of Am. v. Administratio Asigurarilor de Stat*, 902 F.2d 1275, 1279 ff. (7<sup>th</sup> Cir. 1990); *Cochran Consulting, Inc. v. Uwattec USA, Inc.*, 102 F.3d 1224, 1226 ff. (D.C. Cir. 1996). Zu erwähnen ist, dass die von den Gerichten praktizierte Interessenabwägung nicht dem unten beschriebenen System des Restatement entspricht, welches eine mehrstufige Prüfung und spezielle Regeln für die Dokumentenherausgabe vorsieht. Stattdessen lassen es die Gerichte bei einer Abwägung der in § 403(2) des Restatement (bzw. früher § 40 des Restatement [Second] Foreign Relations Law of the United States von 1965) genannten Faktoren (bzw. meist nur eines Teils davon) bewenden.

<sup>38</sup> S. die Stellungnahme des Assistant Attorney General *John H. Shenefield* in AJIL 74 (1980), 179 (181 f.); näher *J. Bertele* (Anm. 14), 156 f.

These.<sup>39</sup> Breiteren Rückhalt als in der Staatenwelt findet das Postulat einer Interessenabwägung in der Lehre.<sup>40</sup>

Unklar ist schliesslich die Haltung Italiens. Extraterritoriale Editionsbefehle sollen offenbar grundsätzlich zulässig sein, wenn sie für das ausländische Verfahren wesentliche Dokumente betreffen und die materielle Zuständigkeit für dieses Verfahren gegeben ist.<sup>41</sup> Ob dies allerdings auch bei Anordnungen an Dritte und im Fall von Konflikten mit ausländischen Verbotsgesetzen gelten soll, ist nicht ersichtlich (und wird man bezweifeln müssen). Dasselbe gilt für entsprechende Lehrmeinungen, die grundsätzlich zwar bei Vorliegen einer Hauptsachenzuständigkeit ein umfassendes Recht zu Editionsbefehlen bejahen, dies aber auf Anordnungen gegenüber Parteien beschränken und sich auch zu Konfliktsituationen nicht äussern.<sup>42</sup> Auch der EuGH hat im *Zellstoff*-Fall die Rechtslage bei direkten Jurisdiktionskonflikten offen gelassen.<sup>43</sup>

Weiter noch als die USA gehen vereinzelte Lehrmeinungen, die eine "allgemeine-Erlaubnis-These" vertreten, nach der nicht einmal eine Interessenabwägung notwendig sein soll. So identifiziert *Bertele* als völkerrechtliche Voraussetzung für extraterritoriale Anordnungen jeglicher Art generell nur einen "genuine link"; eine Pflicht zur Interessenabwägung oder ein Vorrang des Territorialstaats lasse sich dem Völkerrecht nicht entnehmen.<sup>44</sup> Auch

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

<sup>40</sup> *N. Baron von Bebr*, Multinationale Unternehmen und Exportkontrollen: völkerrechtliche Zulässigkeit und Grenzen extraterritorialer Ausfuhrbeschränkungen, 1996, 187 f.; *J. Schwarze*, Die Jurisdiktionsabgrenzung im Völkerrecht – Neuere Entwicklungen im internationalen Wirtschaftsrecht, 1994, 29 f.; *P. E. Spothelfer*, Völkerrechtliche Zuständigkeiten und das Pipeline-Embargo, 1990, 32 (grundsätzlicher Vorrang des Territorialitätsprinzips, der aber durch den Nachweis einer engeren Sachbeziehung zu einem anderen Staat derogiert werden könne); *K. M. Meessen*, The International Law on Taking Evidence from, not in, a Foreign State, ILM 25 (1986), 832 (833, 840 ff.); *W. Meng*, Völkerrechtliche Zulässigkeit und Grenzen wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Hoheitsakte mit Auslandswirkung, ZaöRV 44 (1984), 675 (762 ff.) (für die spätere andere Meinung dieses Autors s. o. Anm. 23); *B. Audit*, Extraterritorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien, R.C.D.I.P. 72 (1983), 401 (417 ff.).

<sup>41</sup> S. die diplomatische Note an die USA vom 21.6.1960, ILA Rep. 1964, 580.

<sup>42</sup> So z. B. *P. Schlosser*, Extraterritoriale Rechtsdurchsetzung im Zivilprozess, in: FS W. Lorenz, 1991, 497.

<sup>43</sup> *Ablström Osakeyhtiö v. Kommission*, Verb. Rs. 89, 104, 114, 116, 117 und 125-129/85, Slg. 1988, 5193, Ziff. 19 f.

<sup>44</sup> *J. Bertele* (Anm. 14), 183 ff., 415, 548, 625. Aus S. 188 und 417 f. ist ersichtlich, dass er in einem Fall wie dem vorliegenden einen genuine link bejahen würde.

*Akehurst* spricht einem für das Verfahren in der Sache zuständigen Gericht ein unbeschränktes Recht zu, die Parteien zur Vorlage von Dokumenten aus dem Ausland zu verpflichten; ein ausländisches Verbot ändere daran völkerrechtlich nichts. Drittpersonen (*Akehurst* spricht von Zeugen) sollen zur Dokumentvorlage aber “wahrscheinlich” nur verpflichtet werden können, wenn sie oder die Dokumente sich im Forumsstaat befänden;<sup>45</sup> ersteres hätte man bei der UBS mit ihren Zweigniederlassungen in den USA wohl bejahen können.

Fraglich ist, ob die beschriebene Staatenpraxis zur Entstehung von *Völkergewohnheitsrecht* geführt hat, wobei die betreffende Norm – im Sinne des kleinsten gemeinsamen Nenners – in einem Vorrang des territorialen Rechts (Vorrangs-These) bestehen müsste.<sup>46</sup> Für eine Aussage zum allgemeinen (globalen) Völkerrecht ist die Zahl der untersuchten Staaten zu gering, und ob Europa und Nordamerika oder die hochentwickelten Staaten allgemein (d. h. Europa, Nordamerika, Australien und Japan) eine “Region” bilden, in der regionales (partikuläres) Völkergewohnheitsrecht entstehen könnte, ist aufgrund ihrer geographischen Separiertheit unsicher. In der IGH-Rechtsprechung ist von regionalem Völkergewohnheitsrecht bisher nur im Zusammenhang mit Amerika oder Lateinamerika die Rede gewesen.<sup>47</sup> Immerhin ist in der Einzelmeinung eines Richters im *Barcelona Traction*-Urteil die Möglichkeit von “regionalem” Völkergewohnheitsrecht für die Gruppe der “wirtschaftsliberalen” (d. h. marktwirtschaftlichen) Staaten erwähnt worden,<sup>48</sup> und auch in der Literatur wird die Meinung vertreten, dass partikuläres Gewohnheitsrecht zwischen nicht-benachbarten, aber durch objektive Kriterien und/oder ein spezielles Zusammengehörigkeitsgefühl (“Völkergeist”) miteinander verbundenen Staaten möglich ist. Diese Gruppenidentität könne auf einer gemeinsamen Geschichte oder Kultur, einem vergleichbaren politischen System, einem ähnlichen wirtschaftlichen Entwicklungsstand oder dergleichen beruhen.<sup>49</sup>

<sup>45</sup> *M. Akehurst*, Jurisdiction in International Law, BYIL 46 (1972/73), 145 (178).

<sup>46</sup> Ablehnend *J. Bertele* (Anm. 14), 415 (“Feste gewohnheitsrechtliche Regeln sind hier nicht entstanden, insbesondere gibt es keinen Völkerrechtssatz, der im Fall der Kollision staatlicher Handlungsanweisungen dem Staat das alleinige Regelungsrecht einräumen würde, auf dessen Territorium zu handeln ist”), 488; *K. P. Mössle* (Anm. 14), 381 f., 426, 445 f.; *A. Junker*, Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr, 1987, 394.

<sup>47</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, I.C.J. Rep, 1986, 105, Ziff. 199; *Affaire du droit d’asile*, C.I.J. Rec. 1950, 276 f.

<sup>48</sup> C.I.J. Rec. 1970, 277, Ziff. 16 (op. ind. *Gros*).

<sup>49</sup> *P. Hagggenmacher*, La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale, RGDIP 90 (1986), 5 (33 ff.); *L. Ferrari Bravo*, Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États, RdC 192 (1985), 233 (245); *M.*

Selbst wenn man entsprechendes partikuläres Gewohnheitsrecht für möglich hielte und die Voraussetzungen für dessen Entstehung (genügend umfangreiche und einheitliche Praxis sowie *opinio iuris*) hier bejahte, wären allerdings die USA wohl nicht daran gebunden, da sie sich konstant gegen eine solche Norm ausgesprochen haben und deshalb als *persistent objector* anzusehen wären.<sup>50</sup> Voraussetzung ist allerdings, dass sich die USA schon während der Entstehung der Norm konsequent davon distanziert haben; falls diese also schon z. B. im 19. Jahrhundert entstanden wäre und die USA damals nichts dagegen unternahmen, wäre ihre "subsequent objection" im 20. Jahrhundert wirkungslos gewesen.

## 2. Die Position des Restatement (Third)

Beim Restatement (Third) Foreign Relations Law of the United States von 1987 handelt es sich um eine vom American Law Institute erstellte Privatkodifikation des Völkerrechts und des damit zusammenhängenden US-Landesrechts, welche in den USA hohes Ansehen genießt und auf welche in der dortigen Judikatur oft Bezug genommen wird. Wie schon erwähnt,<sup>51</sup> folgen zwar die US-Gerichte dem Konzept des Restatement in Bezug auf extraterritoriale Editionsbefehle nicht präzise. Dennoch rechtfertigt es sich, dieses hier ausführlicher vorzustellen. Schliesslich kommt dem Restatement zumindest als Ausdruck der Lehrmeinung grosses Gewicht zu, und es handelt sich um die einzige Privatkodifikation, die eine systematische Lösung solcher Jurisdiktionskonflikte aufzeigt.

Das Restatement sieht eine Anordnung zur Dokumentenherausgabe gleichzeitig als Ausübung der *jurisdiction to prescribe* (Regelungszuständigkeit)<sup>52</sup> wie der *jurisdiction to enforce* (Vollstreckungszuständigkeit)<sup>53</sup>

---

*Virally*, The Sources of International Law, in: M. Sørensen (Hrsg.), Manual of Public International Law, 1968, 116 (133).

<sup>50</sup> Das Konzept des *persistent objector* ist vom IGH in der *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, C.I.J. Rec. 1951, 131, und in der *Affaire du droit d'asile*, C.I.J. Rec. 1950, 277 f., sowie vom Sondertribunal für den Libanon in seiner Entscheidung vom 16.2.2011 (STL-11-01/I, Appeals Chamber, Ziff. 110) anerkannt worden. Auch die herrschende Lehre erachtet es weiterhin als gültig (Restatement [Third] § 102 Comment d; *M. H. Mendelson* [Anm. 12], 227 ff.).

<sup>51</sup> S. Anm. 37.

<sup>52</sup> §§ 402-416.

<sup>53</sup> §§ 431-433.

an,<sup>54</sup> so dass die Voraussetzungen beider Jurisdiktionsformen erfüllt sein müssten.

Für die jurisdiction to prescribe ist nach dem Konzept des Restatement zunächst ein *Anknüpfungspunkt* erforderlich, welcher entweder im Territorialitäts- (inklusive Auswirkungs-), Nationalitäts- oder Schutzprinzip liegen kann.<sup>55</sup> Dies wäre vorliegend bereits problematisch: Das Nationalitätsprinzip als Anknüpfunggrundlage entfällt, da die UBS eine Gesellschaft schweizerischen Rechts ist.<sup>56</sup> Auch eine territoriale Anknüpfung wäre nur mit Verrenkungen begründbar; man müsste etwa argumentieren, das Zurückhalten der Kundendossiers in der Schweiz wirke sich nachteilig auf die steuerrechtlichen Untersuchungen in den USA aus (bzw. die Übermittlung würde sich positiv auf diese auswirken), oder die Übersendung der Dossiers würde im Staatsgebiet der USA enden. Dies wäre jedoch gekünstelt, und es ist klar, dass es sich um eine typisch extraterritoriale Anordnung handelt, die weder vom Territorialitäts- noch vom Auswirkungsprinzip gestützt wird.<sup>57</sup> Auch das Schutzprinzip fällt mangels Gefährdung grundlegender Staatsinteressen ausser Betracht.

Es ist allerdings denkbar, dass das Restatement auf Anordnungen zur Dokumentenvorlage § 402 gar nicht anwenden will, sondern im Rahmen von § 442 (“Requests for Disclosure”) von einem anderen Ausgangspunkt als § 402 ausgeht. § 442(1) spricht davon, dass eine Editionsanordnung an “a person subject to [the court’s] jurisdiction” gerichtet werden könne. Damit wird möglicherweise nicht auf die jurisdiction to prescribe nach § 402 verwiesen, sondern auf die jurisdiction to adjudicate<sup>58 59</sup>. Für diese genügt eine

<sup>54</sup> § 421 Comment b: “[J]udicial enforcement measures include ... measures that may be ordered by a court in connection with a judicial proceeding ..., such as an order to produce a document, or a sanction for failure to comply with such an order. ... A judgment or decree ordering a person to do ... an act may have aspects both of prescription and of enforcement.”

<sup>55</sup> § 402.

<sup>56</sup> Bei juristischen Personen bestimmt sich die Nationalität nach dem Inkorporationsprinzip (§ 402 Comment e).

<sup>57</sup> Daran ändert nichts, dass die UBS selber für ihre Beihilfe zur Steuerhinterziehung von den USA auf Grundlage des Territorialitäts-, ev. auch des Schutzprinzips, verfolgt werden konnte. Erstens ist die UBS im *John-Doe-Summons*-Verfahren formell nicht Angeklagte, sondern Dritte. Und zweitens ist die (Extra-)Territorialität des Editionsbefehls von jener des Verfahrens in der Sache zu unterscheiden. Die Anordnung der Herausgabe eines Dokuments aus dem Ausland ist und bleibt extraterritorial, auch wenn dies zur Unterstützung eines Verfahrens geschieht, das vom Territorialitätsprinzip gedeckt ist.

<sup>58</sup> §§ 421-423.

<sup>59</sup> *I. T. Onkelinx*, Conflict of International Jurisdiction: Ordering the Production of Documents in Violation of the Law of the Situs, *Nw. U. L. Rev.* 64 (1969), 487 (496), hält allerdings klar und überzeugend dafür, dass bei Editionsbefehlen eine jurisdiction to prescribe vorhanden sein muss: “[A] State cannot achieve through its courts that which it could not achieve through its legislative process. ... Accordingly, the first limitation upon a court that

Anwesenheit oder eine regelmässige Geschäftstätigkeit im Forumsstaat,<sup>60</sup> wie sie bei der UBS vorlagen.

Falls die Regelungen der jurisdiction to prescribe dennoch anwendbar sind und man hypothetisch einen zulässigen Anknüpfungspunkt annähme, wäre als nächstes zu prüfen, ob eine Ausübung extraterritorialer Jurisdiktion auch angemessen (reasonable) wäre. § 403(2) des Restatement verlangt dafür eine umfassende Güter- bzw. Interessenabwägung. Er ist allerdings auf Editionsbefehle wohl nicht anwendbar, enthält doch § 442(1)(c) eine Aufzählung von Faktoren, die spezifisch bei solchen Anordnungen zu berücksichtigen sind.<sup>61</sup> Diese Bestimmung scheint als *lex specialis* § 403(2) zu verdrängen.<sup>62</sup>

Falls auch die Abwägung nach § 403 bzw. § 442(1)(c) zu Gunsten einer US-Zuständigkeit ausfällt, ist nach § 403(3) weiter zu prüfen, ob nicht das Interesse der Schweiz an der Wahrnehmung ihrer ebenfalls konkurrierend bestehenden Jurisdiktion (d. h. der Durchsetzung des Bankgeheimnisses etc.) "klar grösser" ist. Wenn ja, hätte der US-Editionsbefehl zu unterbleiben. Wiederum ist jedoch anzunehmen, dass § 403(3) gar nicht anwendbar sein soll, sondern durch die Spezialregelung von § 442(2) verdrängt wird. Nach letzterer Bestimmung soll ein Gericht bei einem Konflikt mit einem Herausgabeverbot des Territorialstaats "normalerweise" keine Sanktionen für die Nichtbefolgung des Editionsbefehls verhängen, ausser in Fällen bösgläubigen Verhaltens wie fehlenden Anstrengungen, das Verbot des Territorialstaats zu überwinden (good faith efforts). Angewendet auf den vorliegenden Fall heisst das, dass zwar u. U. ein Editionsbefehl an die UBS hätte gerichtet, sie aber für dessen Nichtbefolgung "normalerweise" nicht hätte sanktioniert werden dürfen.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Position des Restaments mit vielen Unsicherheiten behaftet und von der Judikatur ohnehin nicht direkt übernommen worden ist. Das Restatement hat überdies im vorliegenden

---

seeks to require the production of documents located abroad is that the defendant must be subject to its legislative jurisdiction." Und gemäss freundlicher Auskunft von *A. F. Lowenfeld*, Hauptredakteur dieses Teils des Restatement, sei genau dies auch die Meinung der Restatement-Autoren gewesen.

<sup>60</sup> § 421(2)(a) und (h).

<sup>61</sup> Folgende Faktoren werden genannt: "the importance to the investigation or litigation of the documents or other information requested; the degree of specificity of the request; whether the information originated in the United States; the availability of alternative means of securing the information; and the extent to which noncompliance with the request would undermine important interests of the United States, or compliance with the request would undermine important interests of the state where the information is located".

<sup>62</sup> *A. F. Lowenfeld*, *International Litigation and the Quest for Reasonableness*, RdC 245 (1994), 9 (217).

Bereich auch gar nicht den Anspruch, Völkerrecht zu widerspiegeln, sondern versteht sich im Wesentlichen als (fortschrittliche) Kodifikation der US-Praxis.<sup>63</sup> Aus Sicht des Völkergewohnheitsrechts kann es deshalb vernachlässigt werden.

#### IV. Fazit

Die bundesrätliche Behauptung, ein amerikanischer Editionsbefehl an die UBS wäre völkerrechtswidrig gewesen, steht auf wackligen Füßen. Klar nicht zutreffend ist, dass die USA damit gegen das schweizerisch-amerikanische Doppelbesteuerungsabkommen verstossen hätten, denn dieses enthält kein derartiges Verbot. Auch eine entsprechende völkergewohnheitsrechtliche Norm ist zumindest fraglich und wäre, wenn sie denn existierte, auf die USA als persistent objector kaum anwendbar.

Zwar hätte sich die Schweiz zur Stützung ihrer Auffassung auf die übereinstimmende Meinung zahlreicher anderer Staaten und tendenziell auch des Restatement berufen können, was ihre Verhandlungsposition zumindest politisch gestärkt hätte. Dennoch ist bedenklich, wie dürftig der Bundesrat seine Rechtsposition begründet hat. So fehlt bei den Ausführungen zur angeblichen Exklusivität des DBA jede Auseinandersetzung mit einschlägigen, konträren US-Entscheidungen wie dem *Vetco*-Urteil. Ein solches Verschweigen relevanter Gegenmeinungen ist kaum der richtige Weg, um US-Behörden bzw. -Gerichte von der schweizerischen Rechtsauffassung zu überzeugen. Noch dünner ausgefallen ist die Begründung der angeblichen Völkerrechtsverletzung aufgrund Extraterritorialität bzw. kollidierender Anordnungen. Hier findet sich nicht einmal ein Ansatz der Herleitung einer entsprechenden Gewohnheitsrechtsnorm auf Basis der Staatenpraxis. Wiederum müsste klar sein, dass die USA mit solch pauschalen Behauptungen nicht von ihrer gefestigten gegenteiligen Auffassung abzubringen sein werden.

Dies führt zur Frage, weshalb die Schweizer Regierung ihre Position nicht substantiierter zu begründen versuchte. Möglich erscheint zunächst, dass sie gar nicht ernsthaft anstrebte, die USA zu überzeugen, da sie hinter den Kulissen schon auf eine Einigung bzw. Aufgabe der offiziellen schweizerischen Position – wie sie mit dem UBS-Abkommen im August 2009 dann Wirklichkeit wurde – hinarbeitete. Es hätte sich also um ein reines “Scheingefecht” für die politische Öffentlichkeit gehandelt, in das man nicht

---

<sup>63</sup> A. F. Lowenfeld, *International Litigation and Arbitration*, 2. Aufl., 2002, 805.



viel (juristisches) Herzblut investieren wollte. Eine weitere Möglichkeit ist, dass die mit der Ausarbeitung dieser Schriftsätze betrauten Juristen selbst nicht daran glaubten, was sie zu schreiben angewiesen wurden, und deshalb in einer Art stiller Opposition auf einen ernsthaften Begründungsversuch verzichteten. Schliesslich ist es auch denkbar, dass es jedenfalls im diplomatischen Notenaustausch üblich ist, die eigene Position relativ kategorisch in den Raum zu stellen und keine nennenswerte völkerrechtliche Begründung zu liefern. So gaben etwa im *Aérospatiale*-Fall und in verwandten Fällen verschiedene europäische Staaten ganz ähnlich apodiktische und kaum haltbare Stellungnahmen zur Exklusivität eines Rechtshilfevertrags bzw. -verfahrens und zu einem allgemeinen Verbot extraterritorialer Jurisdiktion ab wie vorliegend die Schweiz. Falls eine solche Sitte tatsächlich besteht, müsste sie allerdings ernsthaft hinterfragt werden. Ein diplomatischer Notenaustausch, der sich im happigen Vorwurf einer Völkerrechtsverletzung durch die Gegenseite erschöpft, ohne dass auf die Rechtslage näher eingegangen würde, erscheint wenig geeignet, Streitigkeiten einer sachlichen Lösung zuzuführen und die internationale Rechtsstaatlichkeit zu stärken. Ausserdem leidet die Glaubwürdigkeit eines Staates, der solche Stellungnahmen abgibt.<sup>64</sup> Im Übrigen bestehen auch Gegenbeispiele ausführlich und überzeugend begründeter diplomatischer Noten in Jurisdiktionsstreitigkeiten, die vielleicht auch aus diesem Grund offenbar ihre Wirkung nicht verfehlten.<sup>65</sup> Für die Zukunft ist zu wünschen, dass sich der Bundesrat dort, wo die schweizerische Position berechtigt ist, an solchen Vorbildern ein Beispiel nimmt, während er dann, wenn sich das politisch Wünschbare völkerrechtlich schlecht begründen lässt, mit entsprechenden Behauptungen grössere

---

<sup>64</sup> R. Stürmer, Der Justizkonflikt zwischen U.S.A. und Europa, in: W. J. Habscheid (Hrsg.), Der Justizkonflikt mit den Vereinigten Staaten von Amerika, 1986, 3 (49) (auch wiedergegeben bei K. P. Mössle [Anm. 14], 299): "Die Europäer haben ... in Anwaltsschriftsätzen, amicus-curiae-briefs und diplomatischen Noten ihre Glaubwürdigkeit überstrapaziert, weil sie z. B. bei interrogatories und production of documents durch Parteien Souveränitätsverletzungen und Exklusivität von Völkerrechtsverträgen in einer Weise behaupten, die weder europäischer Lehre noch Praxis entsprechen."

<sup>65</sup> S. den Kommentar der EG zum amerikanischen Pipeline-Embargo von 1982, ILM 21 (1982), 891 bzw. GYIL 27 (1984), 554 (Ausgang dieser Streitigkeit: Aufhebung der extraterritorialen US-Anordnungen), sowie die britischen Noten an die USA betreffend die Anwendung amerikanischen Antiboykottrechts auf eine US-Tochtergesellschaft in Grossbritannien von 1981, BYIL 53 (1982), 442 (Ausgang dieser konkreten Auseinandersetzung nicht bekannt, s. F. A. Mann, Doctrine [Anm. 23], 58; spätere derartige Konflikte traten aber offenbar nicht mehr auf).

Zurückhaltung übt. Die Schweiz gewänne dadurch an juristischer Glaubwürdigkeit und könnte eher davon ausgehen, dass sie Gehör findet, wenn effektiv in ihre Rechte eingegriffen wird.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> S. dazu auch *K. P. Mössle* (Anm. 14), 299, dessen Überlegungen so treffend sind, dass sie hier wörtlich wiedergegeben werden sollen: "Die ausländischen Regierungen könnten grösseren Einfluss auf die konkreten Verfahren und auf die Fortentwicklung des Rechts der internationalen Beweisbeschaffung allgemein ausüben, wenn ihre Stellungnahmen von diesem Schema der stereotypen und pauschalen Behauptung von Souveränitätsverstössen abwichen und mehr rechtliche Substanz enthielten. Dies setzt allerdings voraus, dass die einschlägige Rechts- und Interessenlage zunächst gründlicher durchdacht wird als bislang geschehen. Soweit sich (völker-)rechtliche Argumente, die gegen die Durchführung einer discovery-Massnahme sprechen könnten, nicht im Einzelnen darlegen lassen, sollte von einer offiziellen Stellungnahme eher abgesehen werden, da eine allzu vordergründige, die Interessen des inländischen Unternehmens begünstigende Argumentation ohne weiteres durchschaut wird und weder dem konkreten Verfahren nützt noch langfristig die deutsche bzw. europäische Position stützt." S. a. *K. P. Mössle* (Anm. 14), 448 f.