

# Datenherausgabe an ausländische Behörden – Zusammenspiel von Datenschutz und Schweizer Blocking Statutes

9. Tagung zum Datenschutz – Jüngste Entwicklungen  
Clara-Ann Gordon LL.M., 2. Februar 2016

# Thema

- **Grenzüberschreitende** Beweiserhebung
- Aktuelle Fälle: DoJ Steuerprogramm, IRS, etc.
- International tätige CH Unternehmen und aussereuropäische Auskunftsersuchen von Personen, Gerichten und Behörden
- Dilemma: CH Datenschutzrecht und Blocking Statutes vs. aussereuropäische Auskunftsansprüche
- Datenschutz und Blocking Statutes als Schutz vor solchen Auskunftsersuchen?

# Konstellationen

- US Tochtergesellschaft einer CH Gesellschaft ist Beklagte in einem US Zivilverfahren oder «Zielscheibe» eines US amtlichen Verfahrens und die Informationen/Unterlagen befinden sich in CH
- CH Tochter- oder Muttergesellschaft ist Beklagte in einem US Zivilverfahren oder «Zielscheibe» eines US amtlichen Verfahrens und die Informationen/Unterlagen befinden sich in CH
- Informelle Anfrage (d.h. ohne *subpoena* oder Gerichtsverfügung) an eine CH Tochter- oder Muttergesellschaft betreffend Informationen/Unterlagen in CH

# Beispiele

- Auskunftsverlangen zu ausländischem Sachverhalt an inländische Konzerngesellschaft und Datenübermittlungen
- Private Beweiserhebung in Zivil- und Strafsachen: z.B. Befragung von Zeugen im Inland durch ausländische Rechtsanwälte
- Prozessvorbereitende Erhebungen: Sammlung von Unterlagen, bevor eine Prozessverfügung ergangen ist
- Weiterleitung von Informationen/Unterlagen ins Ausland
- Externer Zugriff auf inländische Server

# Hindernisse

- Rechtliche Hindernisse bei der Datenherausgabe an ausländische Behörden
  - Blocking Statutes: Art. 271 und 273 StGB
  - Datenschutz
  - Spezialgesetze
  - Vertragliche Geheimhaltungsverpflichtungen
- Herausgabe an ausländische Behörden jedoch z.B. über den Weg der **internationalen Rechtshilfe** in Straf- und Zivilsachen möglich

# Blocking Statutes

- Art. 271 und 273 StGB wurden 1942 bzw. 1951 eingeführt
- Schutz der **Gebietshoheit** der CH sowie der CH **Volkswirtschaft**
- Enge Grenzen für die Beschaffung von Beweismitteln und Bekanntgabe von Informationen an ausländische Behörden
- Verhinderung der Umgehung der CH Bestimmungen über die internationale Rechtshilfe in Zivil- und Strafsachen
- Blocking Statutes haben für international tätige CH Unternehmen wieder an Bedeutung gewonnen

# Art. 271 Abs. 1 StGB

- **Verbotene Handlungen für einen fremden Staat:**  
*«Wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen, wer solche Handlungen für eine ausländische Partei oder eine andere Organisation des Auslandes vornimmt, wer solchen Handlungen Vorschub leistet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, in schweren Fällen mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.»*
- **Offizialdelikt und von der Bundesanwaltschaft strafrechtlich verfolgt**
- **Vorsatzdelikt – wobei Eventualvorsatz ausreicht**
- **Täter: Schweizer oder Ausländer, Privatpersonen und Beamte**

# Objektive Tatbestandsmerkmale

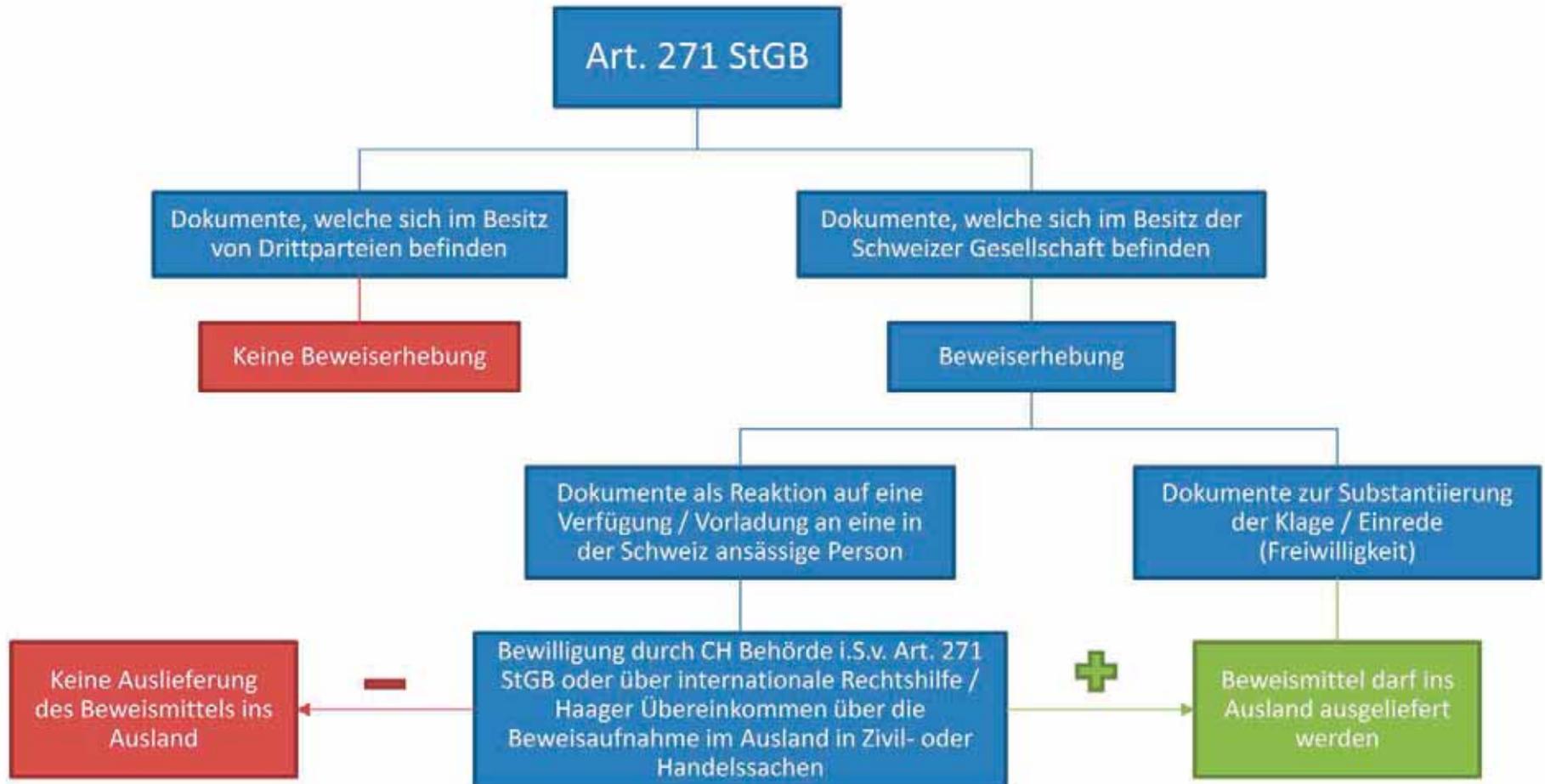
## Art. 271 StGB

- Amtliche und hoheitliche Handlung einer Behörde:
  - Handlung in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Funktion (Macht- und Gewaltbefugnisse)
  - Handlungen, die ausschliesslich CH Behörden oder Beamten zustehen
- für einen fremden Staat:
  - Alle Tätigkeiten im Interesse eines fremden Staates oder Behörden
- Handlung auf CH Gebiet
  - Nicht der Fall, wenn Unterlagen und Informationen ohnehin im Ausland verfügbar sind
- ohne Bewilligung:
  - Keine Einzelfallbewilligungen von z.B. Departementen oder der Bundeskanzlei
  - Keine Bewilligung gestützt auf Gesetz oder völkerrechtlichem Vertrag (z.B. Rechts- und Amtshilfe)

# Tathandlung Art. 271 StGB

- Direkte Zustellung amtlicher Mitteilungen mit Wirkungen ausserhalb der Rechts-/Amtshilfeverfahren: Vorladungen, Editionsbegehren, *Subpoenas*, *Depositions*, Herausgabebefehle, etc.
- Private Beweiserhebung in Zivil- und Strafsachen
  - Zulässig jedoch: informelle Kontakte zur Klärung von Prozesschancen, blosse prozessvorbereitende Erhebungen, freiwillige Weiterleitung, reine unternehmensinterne Untersuchungen
- Falls Handlung unter Art. 271 StGB fällt, dann muss eine Ausnahmebewilligung eingeholt oder der Weg des Rechts-/Amtshilfeverfahrens beschritten werden

# Beweiserhebung i.S.v. Art. 271 StGB



# Ausgewählte Themen Art. 271 StGB (I)

- **Freiwilligkeit?**
  - Thema insbesondere bei *common law* Verfahren von Relevanz
  - Strafflos ist die **freiwillige Einreichung** von Unterlagen – solange kein Zwang durch einen fremden Staat (*obiter dictum* BGE 114 IV 128)
  - Wenn Wahl besteht, dem Wunsch oder der Aufforderung nicht zu entsprechen
  - Keine Freiwilligkeit mehr, wenn z.B. Herausgabe bereits angeordnet ist
  - **Beschaffung** von Unterlagen/Informationen und Zugriff auf Server nur dann freiwillig, wenn diese auch in CH ohne behördliches Zutun erlaubt wäre
- **Unsicherheit: noch keine klare Stellungnahme vom BGer zur freiwilligen Beschaffung von Unterlagen/Informationen**

# Ausgewählte Themen Art. 271 StGB (II)

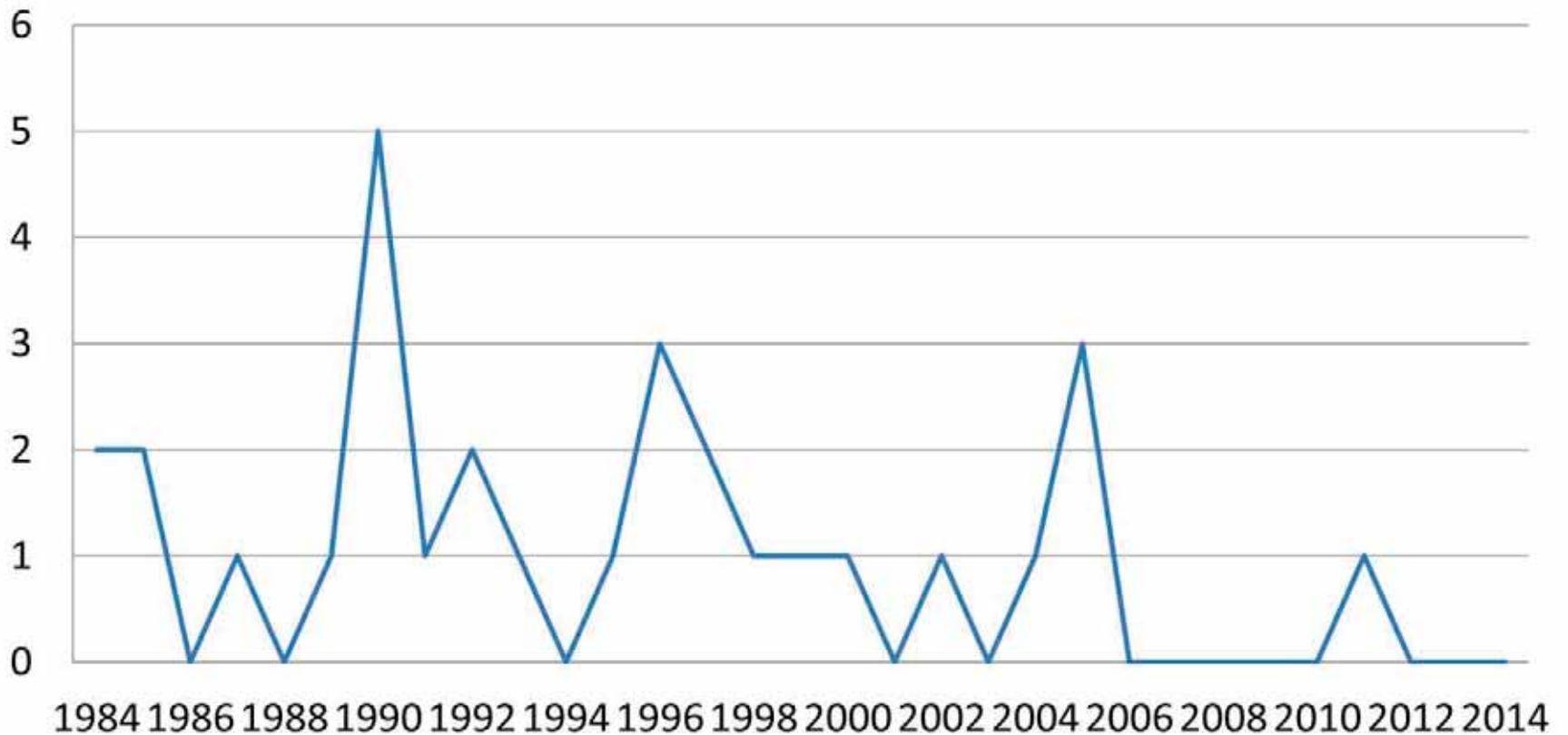
- Abgrenzung zum Vorschubleisten bei Freiwilligkeit?
  - Täter nimmt in Kauf, dass sein Verhalten die Haupttat vorbereitet, ermöglicht oder erleichtert
  - Zulässig: wenn Partei in ihrem eigenen Verfahren ihre eigenen Unterlagen einreicht, da keine einer CH Behörde oder einem CH Beamten zustehende Handlung
  - Zulässig: muss auch Beschaffung von Unterlagen und Informationen sein, die vor einer CH Behörde ohne behördliche Mitwirkung erlaubt ist
  - Unzulässig: Befragung von Zeugen, sofern die Aussagen direkt oder indirekt zum Beweis verwendet werden

# Ausgewählte Themen Art. 271 StGB (III)

- **Ausnahmebewilligung:**
  - Nur sehr restriktiv erteilt
  - Rechts-/Amtshilfeweg darf nicht ausgeschlossen sein
  - Umstände müssen die Bewilligung ausnahmsweise erlauben
  - Bewilligungspraxis bei den regulierten Bereichen
- **Rechtshilfe in Zivil- und Strafsachen**
  - Viele ausländische Parteien scheuen sich davor
  - Übermittlung von Unterlagen aus der CH oft rasch und ohne Schwierigkeiten
  - Problematik von Art. 273 und DSG nicht mehr gegeben
  - Jedoch «fishing expeditions» nicht möglich

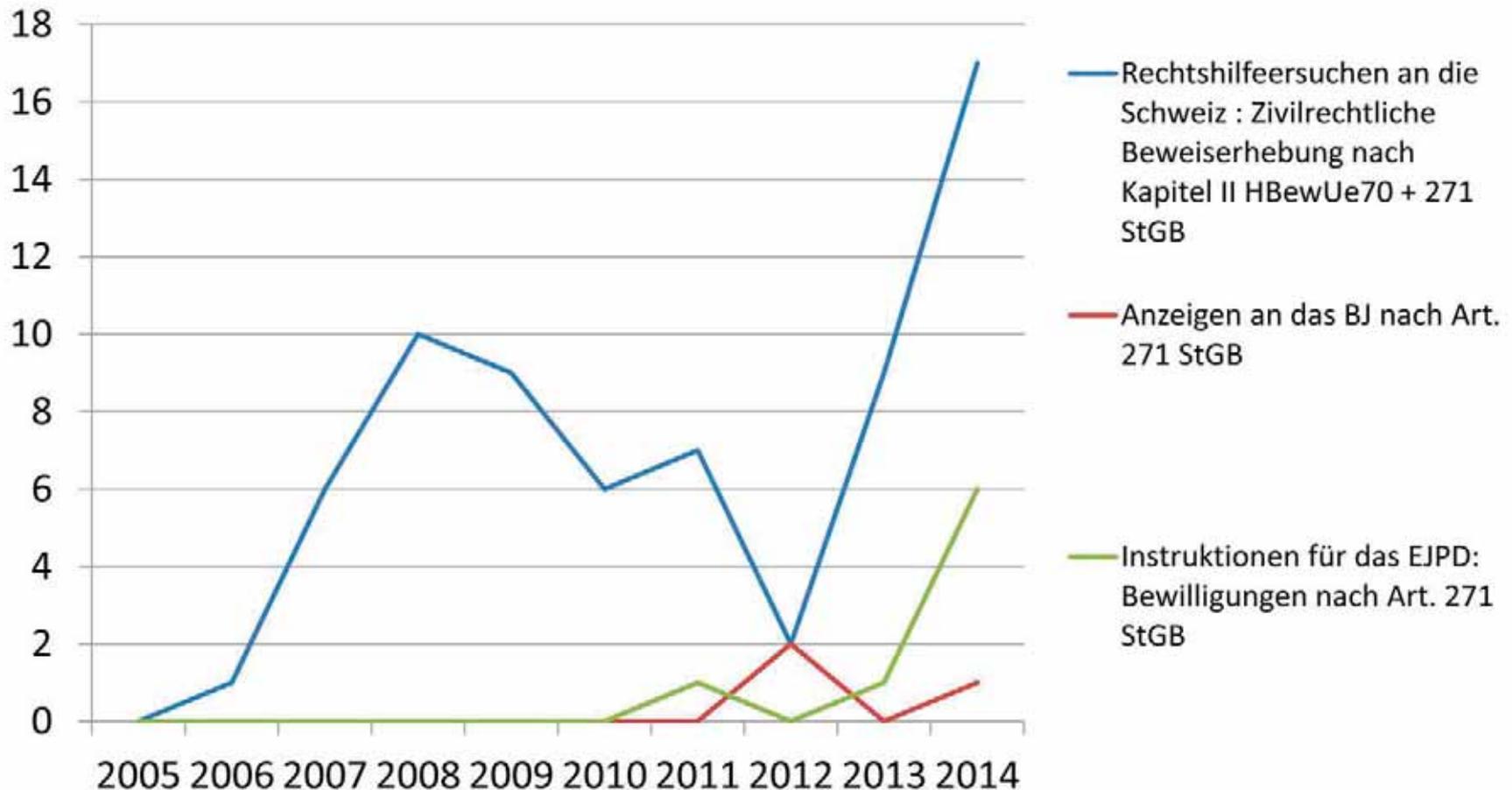
# Strafurteilstatistik Art. 271 StGB

## Verurteilungen nach Art. 271 StGB



Quelle: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/03/03/key/ueberblick/01.html> (zuletzt abgerufen am 21. Januar 2016)

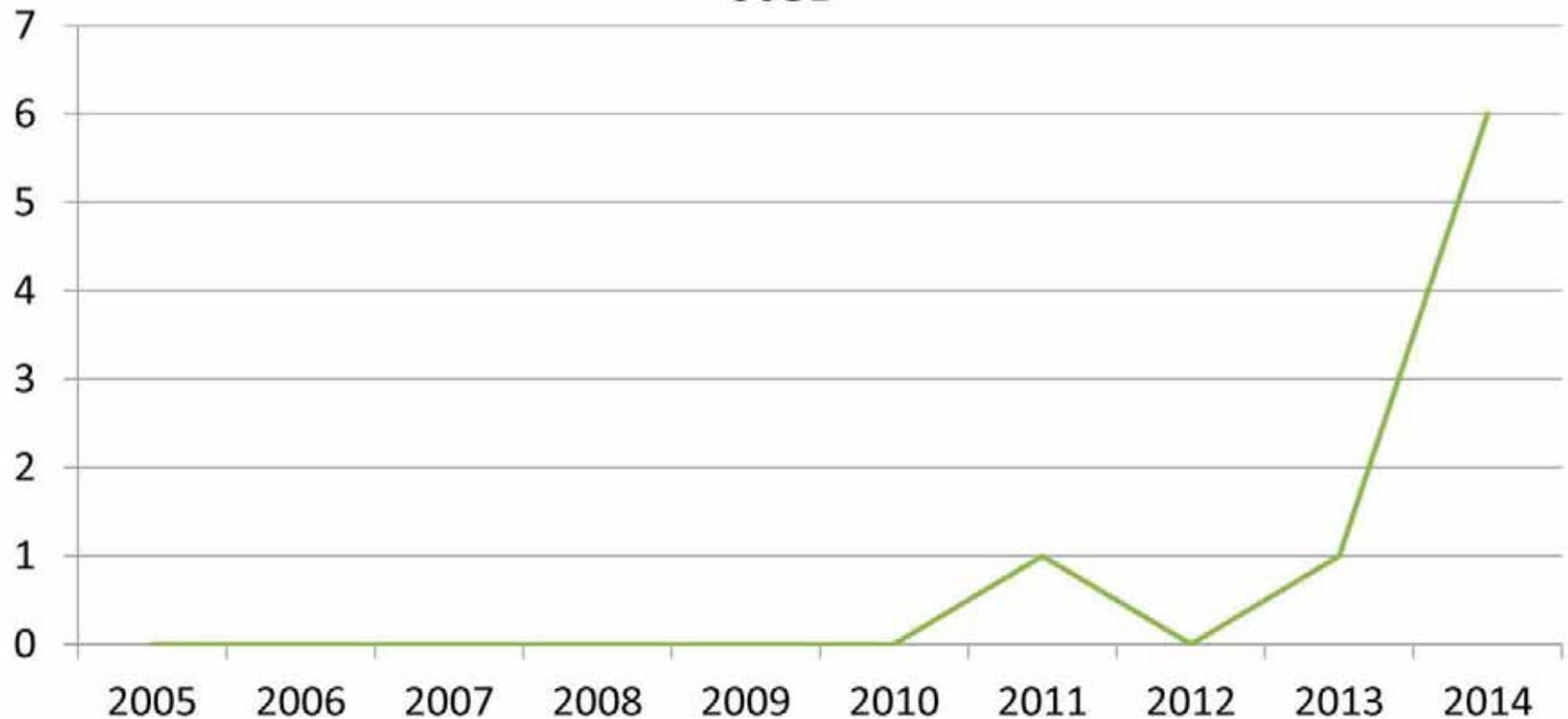
# Internationale Rechtshilfe - Statistik



Quelle: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/03/03/key/ueberblick/01.html> (zuletzt abgerufen am 21. Januar 2016)

# Statistik Ausnahmebewilligungen

## Instruktionen für das EJPD: Bewilligungen nach Art. 271 StGB



Quelle: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/rechtshilfe/strafsachen.html> (zuletzt abgerufen am 21. Januar 2016)

# Aktuelle Gerichtsentscheide Art. 271 StGB (I)

- **BStrGer RR.2015.196** vom 18. November 2015:  
Internationale Rechtshilfe in Strafsachen an Italien.  
Nichtigkeit der Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich,  
keine Bewilligung i.S.v. Art. 271 StGB zur Ausführung  
des Vergütungsauftrags der Kontoinhaberin und damit  
zur Überweisung von Vermögenswerten in den  
ersuchenden Staat; Aufrechterhaltung der Kontosperrern.
- **TPI GE JTPI/6136/2015** vom 28. Mai 2015:  
Unrechtmässigkeit der Weitergabe der Daten einer  
Bankangestellten an die US Behörden ausserhalb eines  
internationalen Amts- oder Rechtshilfeverfahrens. Höher  
zu gewichtendes privates Interesse der  
Bewegungsfreiheit als das öffentliche Interesse der Bank  
zur Beilegung des Steuerstreits.

# Aktuelle Gerichtsentscheide Art. 271 StGB (II)

- **OGer ZH LF150003-O/U** vom 14. April 2015: Aufhebung und Zurückweisung des Entscheids der Vorinstanz bzgl. Abweisung vorsorglicher Massnahmen. Aufrechterhaltung des Verbots, Personendaten ins Ausland zu übermitteln.
- **OGer ZH LF140107** vom 13. März 2015: Notwendigkeit der beantragten vorsorglichen Massnahme bzgl. Nicht-Weitergabe persönlicher Daten von Bankmitarbeitern an die amerikanischen Steuerbehörden trotz Einleitung eines Schlichtungsverfahrens.
- **HGer ZH HE140243-O** vom 30. September 2015: Vorsorgliches Verbot, der US Steuerbehörde (IRS) oder dem US Justizministerium (DoJ) irgendwelche Daten herauszugeben.

# Art. 273 StGB

- **Wirtschaftlicher Nachrichtendienst:**

*«Wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis auskundschaftet, um es einer fremden amtlichen Stelle oder einer ausländischen Organisation oder privaten Unternehmung oder ihren Agenten zugänglich zu machen,*

*wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis einer fremden amtlichen Stelle oder einer ausländischen Organisation oder privaten Unternehmung oder ihren Agenten zugänglich macht,*

*wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, in schweren Fällen mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft. Mit der Freiheitsstrafe kann Geldstrafe verbunden werden.»*

- **Offizialdelikt und von der Bundesanwaltschaft strafrechtlich verfolgt**
- **Vorsatzdelikt – wobei Eventualvorsatz ausreicht**
- **Kritik: Bestimmung überholt und nicht an heutiges Wirtschaftsleben angepasst (siehe jedoch Steuer-CD-Fälle...)**

# Objektive Tatbestandsmerkmale

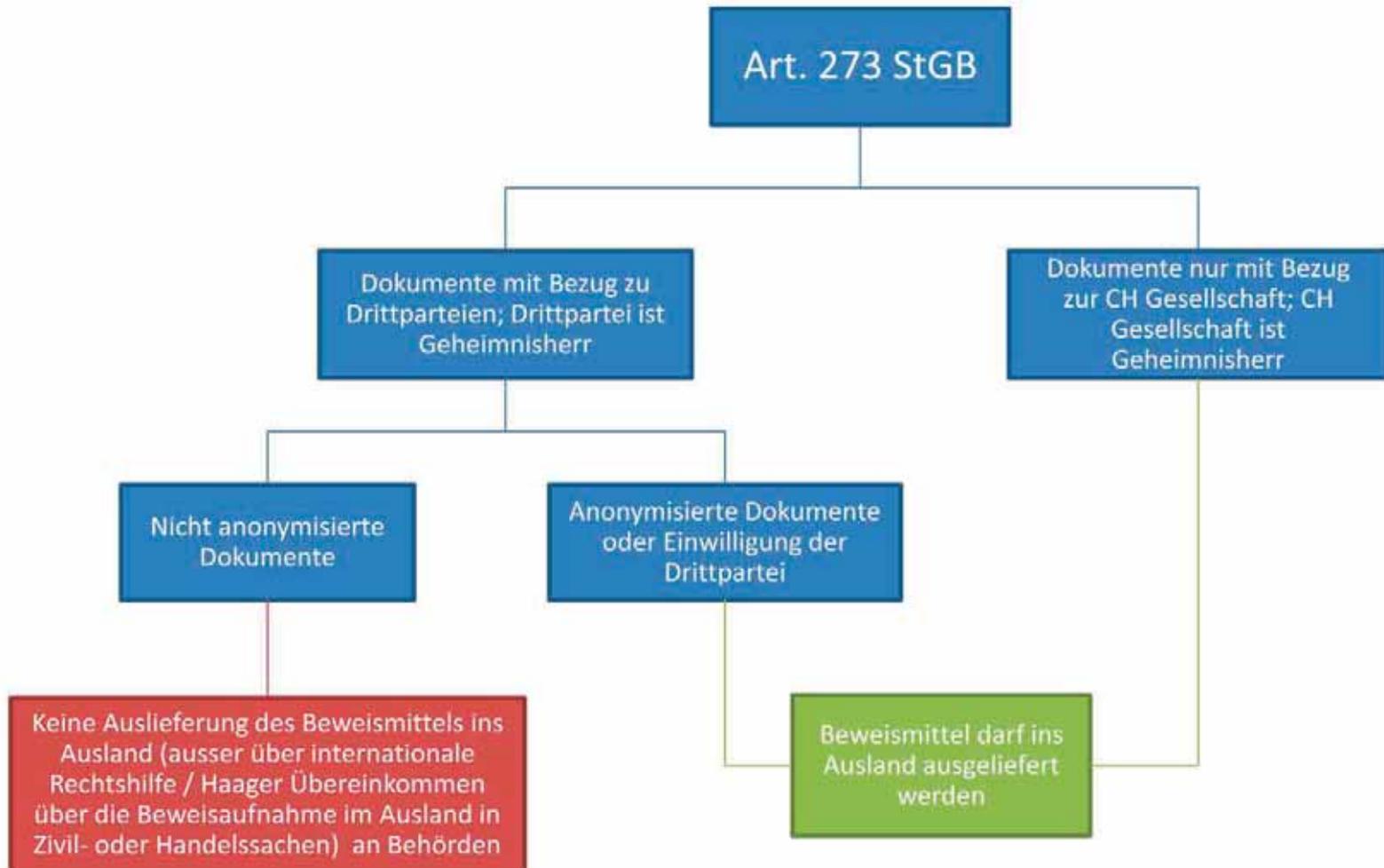
## Art. 273 StGB

- Zugänglichmachen / Auskundschaften von Geheimnissen
- Private Geheimnisse – keine Informationen von nationaler Bedeutung
- Kein einheitlicher Geheimnisbegriff im StGB
- Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis:
  - Definition gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung
  - Eine weite Auslegung (BGE 101 IV 199; 98 IV 210): «Alle geheimen Tatsachen des wirtschaftlichen Lebens, an deren Geheimhaltung nach schweizerischer Auffassung ein schutzwürdiges Interesse besteht»
- Geheime Tatsache muss fabrikations- oder geschäftsrelevant sein
- Wille zur Geheimhaltung

# Tathandlung Art. 273 StGB

- Grenzüberschreitender konzerninterner Informationsaustausch/Austausch von Unterlagen, die Geheimnisse von Dritten beinhalten
- Einreichung/Herausgabe von Informationen/Unterlagen einer CH Gesellschaft an ausländische Behörden, die Geheimnisse von Dritten beinhalten
- **Nota:** kein behördliches Bewilligungsverfahren
- **Nota:** Preisgabe im Rahmen des Rechts-/Amtshilfeverfahrens ist nur in staatlichen Verfahren möglich und nicht unter Privaten oder bei informellen Kontakten mit Behörden

# Triage i.S.v. Art. 273 StGB

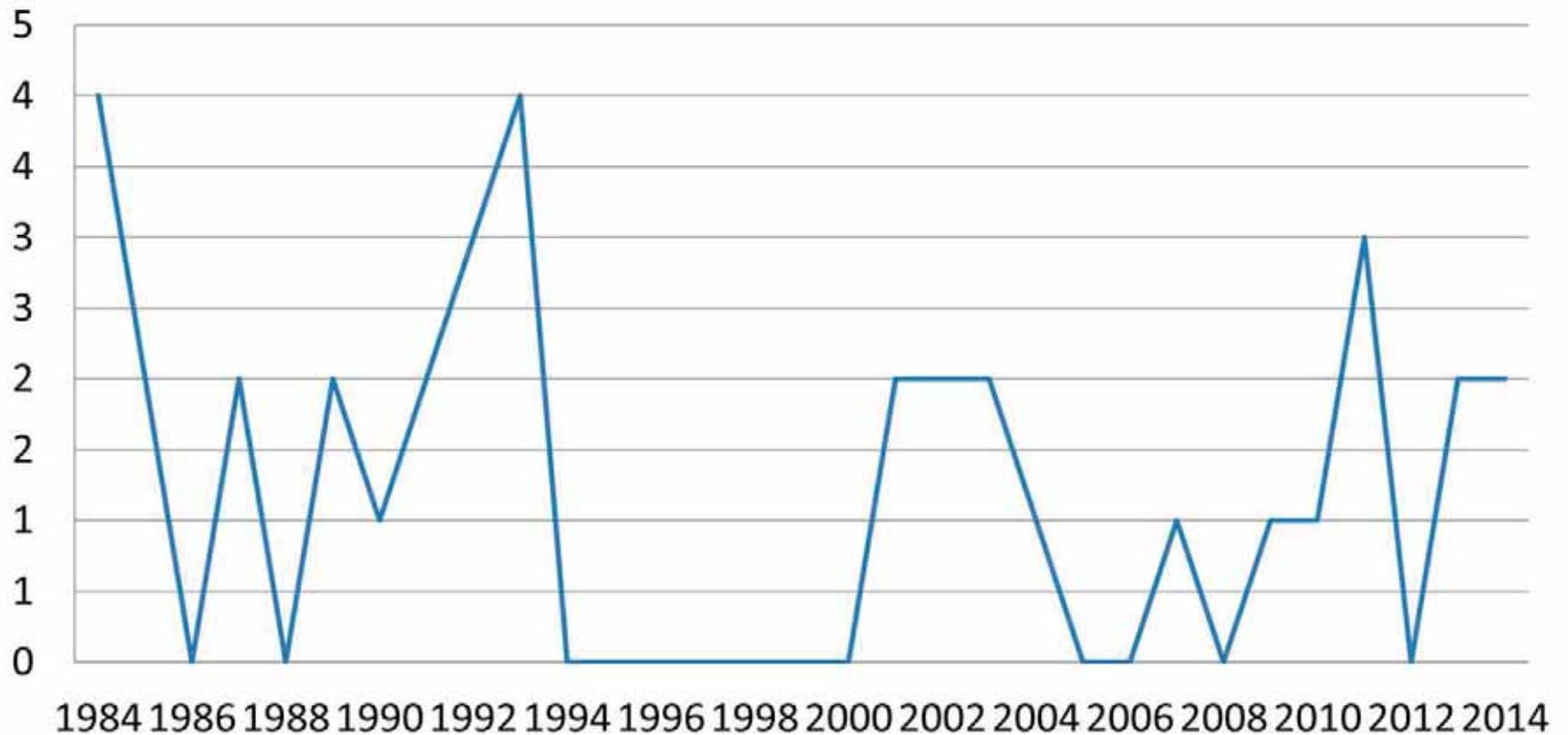


# Ausgewählte Themen Art. 273 StGB

- Anonymisierung:
  - Keinen Rückschluss mehr auf den Geheimnisherrn
  - Empfehlung der Bundesanwaltschaft: *«keine eindeutigen Rückschlüsse auf inländische Firmen und Personen dürfen möglich sein»*
  - Aber dort nicht genügend, wo es um den Inhalt bestimmter Tatsachen geht und nicht die Zuordnung zu einem Geheimnisherrn
- Einwilligung des Verletzten?
  - Sofern keine Geheimhaltungsinteressen der CH entgegenstehen, verhindert dies die Strafbarkeit

# Strafurteilstatistik Art. 273 StGB

## Verurteilungen nach Art. 273 StGB



Quelle: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/03/03/key/ueberblick/01.html> (zuletzt abgerufen am 21. Januar 2016)

# Aktuelle Gerichtsentscheide Art. 273 StGB (I)

- **BGE 141 IV 155** vom 25. Februar 2015:  
Veräusserung von Kundendaten einer Schweizer Bank mit Sitz oder Wohnsitz in Deutschland an deutsche Steuerbehörden durch eine Person, welche nicht bei der Bank angestellt ist. Tatbestand des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes i.S.v. Art. 273 Abs. 2 StGB erfüllt.
- **BGer 6B\_580/2014** vom 13. Februar 2015:  
Abweisung der Beschwerde gegen den Entscheid der Vorinstanz bzgl. Verurteilung nur wegen Versuchs des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes i.S.v. Art. 273 Abs. 2 StGB.

# Aktuelle Gerichtsentscheide Art. 273 StGB (II)

- **BStrGer SK.2013.37** vom 10. Dezember 2013: Schuldspruch u.a. des versuchten qualifizierten wirtschaftlichen Nachrichtendienstes i.S.v. Art. 273 Abs. 2 StGB. Täter verschaffte Privatperson, welche für ihn unerkant mit den Strafbehörden kooperiert, Einblick in Transaktions- und Kontodaten einer Schweizer Bank. Schwerer Fall, da Preisgabe der betreffenden Bankdaten ans Ausland geeignet war, das Vertrauen in den Schweizer Finanzplatz und damit die wirtschaftlichen Gesamtinteressen der Schweiz im massgebenden Ausmass zu gefährden.
- **BStrGer BB.2012.133** vom 25. April 2013: Bestätigung des Entscheids der Bundesanwaltschaft; Art. 271 und 273 StGB nicht erfüllt; Strafklage eines ehemaligen Angestellten der HSBC Bank gegen den Bundesrat und die FINMA.

# Datenschutz: Grenzüberschreitend

- Art. 6 Abs. 1 DSG:

*«Personendaten dürfen nicht ins Ausland bekannt gegeben werden, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Personen schwerwiegend gefährdet würde, namentlich weil eine Gesetzgebung fehlt, die einen **angemessenen Schutz** gewährleistet.»*

- Anwendbarkeit DSG bei Bekanntgabe an ausländische Behörden, Gerichte und Privatpersonen
- **Ausnahme:** bei hängigen Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Zivil- und Strafsachen (Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG) und bei internationalen Schiedsgerichtsverfahren mit Sitz in CH keine Anwendung von DSG

# Massnahmen: Grenzüberschreitende Bekanntgabe (I)

## ■ Art. 6 Abs. 2 DSGVO:

*«Fehlt eine Gesetzgebung, die einen angemessenen Schutz gewährleistet, so können Personendaten ins Ausland nur bekannt gegeben werden, wenn:*

- a) hinreichende Garantien, insbesondere durch Vertrag, einen angemessenen Schutz im Ausland gewährleisten;*
- b) die betroffene Person im Einzelfall eingewilligt hat;*
- [...]*
- d) die Bekanntgabe im Einzelfall entweder für die Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses oder für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht unerlässlich ist; [...].»*

# Massnahmen: Grenzüberschreitende Bekanntgabe (II)

- Probleme im Umgang mit Behörden:
  - Nicht bereit (oder gesetzlich nicht erlaubt)  
Datenschutzverträge oder NDAs abzuschliessen
- Auswege:
  - Anonymisierung (aber Beweismittel dann oft nutzlos)
  - Einwilligung der betroffenen Person (aber Widerruf jederzeit!)
- Risiken:
  - Art. 271 und 273 StGB dennoch anwendbar

# Aktuelle Gerichtsentscheide

## Art. 6 Abs. 2 DSGVO (I)

- **HGer ZH HE140243-O** vom 30. September 2015: Vorsorgliches Verbot, der US Steuerbehörde (IRS) oder dem US Justizministerium (DoJ) irgendwelche Daten herauszugeben.
- **BezGer Horgen CG140026-F** vom 9. Juli 2015 (noch nicht rechtskräftig): Widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 DSGVO mangels Rechtfertigungsgrund nach Abs. 2; Anspruch auf Nichtherausgabe der Personendaten an US Behörden (DoJ).
- **OGer ZH LF140075-O/U** vom 3. März 2015: Aufhebung des Urteils der Vorinstanz; Verbot, Daten der betreffenden Person (u.a. auch Listen oder anonymisierte Daten) an US Behörden herauszugeben.
- **HGer ZH HE140487-O** vom 28. Januar 2015: Vorsorgliches Verbot, Personendaten ins Ausland zu übermitteln bzw. an US Behörden weiterzugeben sowie den alten oder neuen Firmennamen zu übermitteln.

# Aktuelle Gerichtsentscheide

## Art. 6 Abs. 2 DSGVO (II)

- **Zivilgericht Basel-Stadt V.2014.1228** vom 4. November 2014: Widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 6 Abs. 2 DSGVO mangels Rechtfertigungsgrund.
- **HGer ZH HE140223 vom 6. August 2014** (Bundesgericht ist in 4A\_497/2014 nicht auf die Beschwerde eingetreten): Erlass vorsorglicher Massnahmen mangels Glaubhaftmachen eines überwiegenden öffentlichen Interesses; keine Datenlieferung an US Behörden (IRS / DoJ).
- **BezGer Horgen ET14003 vom 24. Juli 2014**: Erlass vorsorglicher Massnahmen; überwiegendes Interesse einer ehemaligen Bankmitarbeiterin am Schutz vor allfälliger Strafverfolgung gegenüber dem öffentlichen Interesse einer möglichen Gefährdung des Finanzplatzes Schweiz.

# Verhältnis DSG und Art. 271 und 273 StGB (I)

	Art. 6 DSG	Art. 271 / 273 StGB
Geschütztes Rechtsgut	Persönlichkeit und Grundrechte von Personen	Gebietshoheit der CH
Tathandlung	Grenzüberschreitende Bekanntgabe von Personendaten	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Vornahme von Handlungen, welche ihrer Natur nach amtlichen Charakter tragen</li> <li>- Preisgabe oder Auskundtschaften von privaten Geheimnissen</li> </ul>
Grds. Zulässigkeit der konkreten Datenübermittlung bei	Rechtfertigung i.S.v. Art. 6 Abs. 2 DSG	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Bewilligung i.S.v. Art. 271 StGB (gilt nicht für Art. 273 StGB)</li> <li>- Anonymisierung oder Einwilligung bei Art. 273 StGB</li> <li>- Int. Rechthilfeverfahren</li> </ul>
Zuständige Behörde	EDÖB (Art. 6 Abs. 3 DSG; Art. 26 ff. DSG)	Bundesbehörden (gilt nicht für Art. 273 StGB)
Rechtsfolgen bei Verstoß	Mögliche Klagen zum Persönlichkeitsschutz nach Art. 28, 28a und 28l ZGB (Art. 15 DSG)	Verfolgung von Amtes wegen

# Verhältnis DSGVO und Art. 271 und 273 StGB (II)

- Keine Konkurrenz zwischen Art. 6 DSGVO und Art. 271/273 StGB – unterschiedliche Rechtsgüter
- Jedoch Idealkonkurrenz zwischen Art. 271 und 273 StGB
- Daher kommen Art. 6 DSGVO und Art. 271/273 StGB grundsätzlich parallel zur Anwendung
- Die Massnahmen zur Rechtfertigung der Datenübermittlung kommen ebenfalls parallel zur Anwendung, ausser wenn der Weg über die internationale Rechtshilfe gewählt wird  keine Anwendbarkeit DSGVO und Art. 271 und 273 StGB

# Vorgehen bei Herausgabewille (I)

- CH Partei möchte in einem ausländischen Verfahren möglichst viele Unterlagen einreichen
- Vor Erlass einer Anordnung mit Zwangsmassnahmen:
  - Freiwillige Herausgabe ans Gericht oder die ausländische Gegenseite und deren Anwälte
  - «Verschiebung» der Unterlagen ins Ausland
  - Kooperation mit ausländischem Gericht und Anwälten
- Risiken: evtl. immer noch Art. 271 (Vorschub leisten?), Art. 273 (anonymisieren/Einwilligung) und Art. 6 Abs. 2 DSGVO (Massnahmen für angemessenen Schutz)

# Vorgehen bei Herausgabewille (II)

- Nach Erlass einer Anordnung mit Zwangsmassnahmen:
  - Ausnahmebewilligung gemäss Art. 271 Abs. 1 StGB einholen
  - Herausgabe nur von anonymisierten Unterlagen (DSG und Art. 273 StGB)
  - Weg über internationale Rechtshilfe in Zivil- und Strafsachen
  - Kooperation mit ausländischen Gericht und Rechtsanwältinnen
  - Einwilligung von Dritten einholen (DSG und Art. 273 StGB)
  - Argumentationen über Notstand, Art. 6 Abs. 2 lit. e DSG?
- Risiken: keine wenn obige Massnahmen ergriffen werden; jedoch keine «fishing expeditions» möglich, Unterlagenherausgabe ist eingeschränkt

# Vorgehen bei Herausgabe- verweigerung

- CH Partei möchte in einem ausländischen Verfahren gar keine oder möglichst wenige Dokumente einreichen
- Vor Erlass einer Anordnung mit Zwangsmassnahmen
  - Verweis auf Risiko der Strafbarkeit nach Art. 271 Abs. 1 und 273 StGB
  - Verweis auf DSGVO und dass Einwilligungen eingeholt werden müssen
  - Verweis auf Arbeitsrecht (Fürsorgepflicht) bei Arbeitnehmern
  - etc.
- Nach Erlass einer Anordnung mit Zwangsmassnahmen:
  - Massnahmen wie bei Konstellation Herausgabewille

# Ausblick

- Anfragen werden zunehmen
- Bedeutung von Datenschutz wird zunehmen – höhere Bussen und mehr Befugnisse für EDÖB
- Erlass neuer Gesetze / Übereinkommen?
  - Bundesgesetz über Massnahmen zur Erleichterung der Bereinigung des Steuerstreits der CH Banken mit den Vereinigten Staaten
  - Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIA-Gesetz)

**Danke für Ihre Aufmerksamkeit!**