



10. Oktober 2012

Bericht des Bundesrates „Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA“ in Erfüllung des Postulates 10.3390 GPK NR / 10.3629 GPK SR vom 30. Mai 2010

Zusammenfassung

Die GPK NR und SR haben den Bundesrat mit Postulat 10.3390 GPK NR/10.3629 GPK SR beauftragt, die in ihrem Bericht vom 30. Mai 2010 „Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA“ aufgeworfenen Fragen zur Anwendung von Art. 271 StGB sowie zur Kompatibilität des Qualified Intermediary Agreement (QIA) mit dem schweizerischen Bankgeheimnis abzuklären. Mit dem vorliegenden Bericht erfüllt der Bundesrat dieses Postulat und zieht, soweit möglich, daraus die Lehren für die Zukunft.

Zunächst prüft der Bundesrat die Kompatibilität des QIA mit dem schweizerischen Bankgeheimnis. Das geltende Qualified-Intermediary-System verpflichtet den Qualified Intermediary (QI), seine Kunden in „US persons“ und „non-US persons“ zu unterteilen. Während „non-US persons“ ihre Identität gegenüber der amerikanischen Bundessteuerbehörde Internal Revenue Service (IRS) nicht offenlegen müssen, dürfen „US persons“ seit dem 1. Januar 2001 US-Wertschriften nur noch halten, wenn sie bereit sind, ein sogenanntes Formular W-9 zu unterzeichnen. Die Angaben im Formular ermöglichen dem QI, die auf den Wertschriften erzielten Erträge gegenüber dem IRS zu melden und damit die Identität der „US person“ offenzulegen. Stehen gesetzliche Bestimmungen wie etwa Art. 47 BankG einer Offenlegung der Identität entgegen, so unterscheidet das QIA zwischen Kontoeröffnungen vor und nach dem 1. Januar 2001. Im ersten Fall konnte der QI entweder die Zustimmung des Kontoinhabers zur Offenlegung seiner Identität oder dessen Ermächtigung zum Verkauf der US-Wertschriften einholen bzw. den Kontoinhaber auffordern, seine Identität selber mittels Formular W-9 offenzulegen. War der Kunde nicht einverstanden, so musste der QI die Wertschriften bis spätestens Ende 2002 verkaufen und eine Quellensteuer von 31 % abziehen. Für nach dem 1. Januar 2001 eröffnete Konten hat der QI vom Kunden die Zustimmung zur Offenlegung seiner Identität oder dessen Einverständnis einzuholen, dass für ihn keine US-Wertschriften gehalten werden. Da „non-US persons“ ihre Identität nicht offenlegen müssen und „US persons“ die Wahl zwischen Offenlegung oder Verkauf der Wertschriften bzw. Verzicht auf das Halten von US-Wertschriften hatten bzw. haben, kommt der Bundesrat zum Schluss, dass das QIA das Bankgeheimnis nicht verletzt.

Weiter prüft der Bundesrat die aufgeworfenen Fragen zur Erteilung von Bewilligungen gestützt auf Art. 271 Ziff. 1 StGB. Anlass für die Untersuchungen der GPK war eine vom EFD am 7. November 2000 erteilte generelle Bewilligung für diejenigen Personen, welche mit dem Vollzug der zwischen dem IRS und schweizerischen Banken oder Effekthändlern abgeschlossenen QIA befasst sind. Der Bundesrat ist aus heutiger Sicht der Auffassung, dass Gesuche nach Art. 271 StGB mit solcher politischer Relevanz wie der konkrete Fall ihm zum Entscheid vorzulegen sind und überdies in diesem Fall eine generell-abstrakte Regelung einer Einzelbewilligung mit unbestimmtem Adressatenkreis vorzuziehen gewesen wäre.

Nachdem der Bundesrat das Postulat 10.3390 GPK NR/10.3629 GPK SR erfüllt hat, beantragt er dessen Abschreibung.

1 Ausgangslage

Die GPK NR und SR haben in ihrem Bericht vom 30. Mai 2010 „Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA“¹ u. a. Fragen zur Auslegung und Anwendung von Art. 271 StGB und zum Qualified Intermediary Agreement (QIA) untersucht. Mit Postulat 10.3390 GPK NR/10.3629 GPK SR haben sie den Bundesrat beauftragt, "die im Bericht der GPK aufgeworfenen Fragen zur Anwendung des Artikels 271 StGB sowie zur Kompatibilität des QIA mit dem schweizerischen Bankgeheimnis in einem vertieften Bericht umfassend abzuklären".

Anlass für die Untersuchungen der GPK war eine vom EFD am 7. November 2000 erteilte generelle Bewilligung gemäss Art. 271 Ziff. 1 StGB für diejenigen Personen, welche mit dem Vollzug der zwischen der amerikanischen Bundessteuerbehörde IRS und schweizerischen Banken oder Effektenhändlern abgeschlossenen QIA befasst sind. Mit dieser Bewilligung hatte das EFD einem entsprechenden Ersuchen der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) vom 2. August 2000 entsprochen. Die Bewilligung des EFD erlaubte den mit der Anwendung der QIA befassten Personen – namentlich den Organen, Angestellten und Vertretern von Banken und Effektenhändlern oder deren Revisionsstellen und Beauftragten –, „die gemäss dem ‘Final Qualified Intermediary Withholding Agreement‘ (IRS Revenue Procedure 2000.12) vorgesehenen Handlungen auf schweizerischem Gebiet zu vollziehen, insbesondere die Vornahme von Quellensteuerabzügen nach amerikanischem Recht, die Abgabe von Informationen zu deren Vornahme an Dritte und die Durchführung von Kontrollen über diese Tätigkeiten“. Die Bewilligung wurde der SBVg zuhanden der Institute, welche mit dem IRS ein QIA abgeschlossen hatten, schriftlich eröffnet. In Kopie wurde sie der Bundeskanzlei (BK), der Bundesanwaltschaft (BA), dem Generalsekretariat des EFD, dem Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA, Direktion für Völkerrecht), der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV), der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) und der Schweizerischen Nationalbank (SNB) zur Information zugestellt. Als Rechtsgrundlage wurde neben Art. 271 Ziff. 1 StGB auch Art. 31 Abs. 1 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV; SR 172.010.1) genannt.

Die GPK stellen vorab die Frage, ob die Erteilung einer solchen unbefristeten (Global-) Bewilligung an einen Kreis von unbestimmten Personen überhaupt zulässig war. Unklar ist für die GPK auch die Zuständigkeits- und Kompetenzfrage. Zwar räume Art. 31 Abs. 1 RVOV den Departementen und der BK die Kompetenz ein, in ihrem Bereich über Bewilligungen nach Art. 271 Ziff. 1 StGB zu entscheiden. Nach Art. 31 Abs. 2 RVOV müssten aber Fälle von politischer oder anderer grundsätzlicher Bedeutung dem Bundesrat unterbreitet werden. Ob dies erfolgt sei, habe die GPK nicht überprüfen können (Bericht S. 322). Die GPK erachten es daher als "wünschenswert, dass seitens der Schweizer Behörden die nötige Klarheit geschaffen und insbesondere auch die Frage geklärt wird, welche Rolle die Schweizer Behörden bei privaten Verträgen zwischen den Schweizer Banken und dem amerikanischen Staat spielen oder spielen müssen. Ebenfalls ist zu klären, ob solche Genehmigungen nicht periodisch überprüft werden müssten." (Bericht S. 323) Dabei sind die GPK in ihrer Untersuchung der Frage nicht nachgegangen, „inwiefern das im Jahr 2000 zwischen dem amerikanischen Staat und der Schweizerischen Bankiervereinigung abgeschlossene QIA auch tatsächlich mit dem Bankgeheimnis kompatibel war, und falls ja, ob das auch später, d. h. im Zuge der einseitigen Verschärfungen durch den IRS, noch der Fall war“ (Bericht S. 323).

Mit vorliegendem Bericht beantwortet der Bundesrat die von den GPK gestellten Fragen.

¹ Der Bericht ist abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/berichte-aufsichtskommissionen/geschaeftspruefungskommission-GPK/berichte-2010/Documents/bericht-gpk-ns-ubs-kundendaten-usa-2010-05-30-d.pdf>.

2 Fragenkomplex zum QI-System

2.1 Rechtliche Ausgangslage

2.1.1 Schweizerisches Bankgeheimnis

Die Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses hat ihre Wurzel im Privatrecht.² Sie ergibt sich nach heute herrschender Lehre primär aus dem zwischen dem Kunden und der Bank bestehenden Vertragsverhältnis als vertragliche Verpflichtung der Bank und ihrer Mitarbeiter zur Geheimhaltung der persönlichen Verhältnisse des Kunden. Ist die Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses nicht ausdrücklich vereinbart, wird sie als Usanz Bestandteil der Vertragsbeziehung. Sie gilt zudem nach dem Vertrauensprinzip über die Dauer des Vertragsverhältnisses hinaus.³ Eine weitere Grundlage des Bankgeheimnisses liegt im gesetzlichen Anspruch auf Persönlichkeitsschutz jeder natürlichen und juristischen Person.⁴ Dieses in Art. 28 ff. des Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) verankerte Recht stellt seinerseits eine gesetzliche Konkretisierung von Art. 13 der Bundesverfassung (BV; SR 101) dar, wonach jede Person den Schutz ihrer Privatsphäre und vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten genießt.

Schliesslich hat der Gesetzgeber mit Art. 47 des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG; SR 952.0) dem Bankkunden im Zusammenhang mit der Geheimhaltung seiner Bankbeziehung zusätzlich einen strafrechtlichen Schutz gewährt. Diese Strafbestimmung schützt das Bankgeheimnis jedoch nur in dem Umfange, wie es durch Vertrag und Persönlichkeitsrecht konkret begründet wurde. Zur Wahrung des Bankgeheimnisses verpflichtet sind nach der gesetzlichen Aufzählung Organe, Angestellte, Beauftragte oder Liquidatoren einer Bank und Organe oder Angestellte einer Prüfgesellschaft. Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht sind sowohl die Verletzung des Bankgeheimnisses durch einen Geheimnisträger als auch der Versuch eines Aussenstehenden, in das Geheimnis einzudringen.⁵

Die Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses kann zum Voraus oder im Nachhinein durch Einwilligung des Berechtigten beschränkt werden. Die Einwilligung ist aber nur wirksam, wenn sie nicht auf Täuschung oder Irrtum, Drohung oder Zwang beruht. Zwang kann etwa vorliegen im Fall des von US-Gerichten praktizierten Verfahrens, einen Bankkunden unter Androhung von Sanktionen zur Preisgabe geschützter Informationen aufzufordern.⁶ In solchen Situationen kann es an wirklicher Selbstbestimmung fehlen, womit die Einwilligung nicht rechtfertigend wirkt. Allerdings kann auch bei einer durch behördliche Massnahmen erzwungenen Einwilligung in die Preisgabe des Bankgeheimnisses Selbstbestimmung und damit eine „ernsthafte“ Einwilligung vorliegen im Moment, wo der geheimnisberechtigte Bankkunde in Abwägung aller Vor- und Nachteile sich zur Offenlegung entscheidet und das Recht der Bank, die Herausgabe der Informationen zu verweigern, für ihn nicht vorteilhafter wäre.⁷ Schliesslich haben gesetzliche Zeugnis- und Auskunftspflichten – vor allem im Strafverfahren und in der internationalen Amts- und Rechtshilfe – Vorrang vor dem Bankgeheim-

² Vgl. etwa BSK BankG-Stratenwerth, Art. 47 N 1.

³ Vgl. Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Art. 47 N 4.

⁴ Bodmer/Kleiner/Lutz (Fn. 3), N 5.

⁵ BSK BankG-Stratenwerth, Art. 47 N 5, 11.

⁶ BSK BankG-Stratenwerth, Art. 47 N 25 ff.; Bodmer/Kleiner/Lutz (Fn. 3), Art. 47 N 11 ff.

⁷ Eingehend zu den sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen Günter Stratenwerth, Der behördlich erzwungene Verzicht auf das Bankgeheimnis, in: Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Bern 1987, S. 227 ff., 235 f.

nis.⁸ Die Verletzung des Bankgeheimnisses wird von Amtes wegen verfolgt; strafbar ist nicht nur die vorsätzliche, sondern auch die fahrlässige Geheimnisverletzung.⁹

2.1.2 Einführung des Qualified-Intermediary-Systems

Nach amerikanischem Steuerrecht wird auf Zinsen und Dividenden amerikanischer Wertpapiere, die einem nicht in den USA ansässigen Empfänger („Non-Resident Alien“, NRA) bezahlt werden, eine Quellensteuer von 30 % („NRA Withholding Tax“) erhoben. Das für den Rückbehalt der Steuer verantwortliche Finanzinstitut ist der „U.S. Withholding Agent“. Ist ein Investor in einem Land domiziliert, das mit den USA ein Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) abgeschlossen hat, kann er eine volle oder teilweise Entlastung von der Quellensteuer geltend machen.

Ende 1997 erliess der IRS strengere Verfahrensregeln zur Besteuerung von nicht in den USA domizilierten Ausländern und entsprechende Meldepflichten. Mit der Änderung wurde bezweckt, weit verbreitete Missbräuche der in den DBA vorgesehenen Entlastung von der Quellensteuer zu unterbinden. Bis dahin war die Berechtigung zu einer Steuerentlastung gewährt worden, sobald die Adresse eines Zahlungsempfängers in einem DBA-Land erfasst war. Dabei konnte Zahlungsempfänger auch eine Bank sein. So konnten in den USA wohnhafte Personen oder Staatsangehörige von Staaten, die kein DBA mit den USA abgeschlossen hatten, von der Steuerentlastung profitieren, indem sie Wertpapiere, insbesondere Aktien, über eine Bank in einem DBA-Staat hielten. Festzuhalten ist, dass solche Missbräuche über schweizerische Banken nicht möglich waren, weil diese verpflichtet waren, auf US-Kapitalerträgen, die sie für Rechnung von Kunden entgegennahmen, einen zusätzlichen Steuerrückbehalt in der Höhe der abkommensrechtlichen Entlastung an die ESTV abzuliefern und damit die internrechtliche amerikanische Quellensteuerbelastung von 30 % wieder herzustellen. Während in der Schweiz ansässige Personen diesen zusätzlichen Steuerrückbehalt bei ordnungsgemässer Deklaration ihrer US-Kapitalerträge zurückfordern konnten, überwies die ESTV die nicht zurückgeforderten Beträge des zusätzlichen Steuerrückhalts periodisch an die amerikanischen Steuerbehörden. Personen, die in Staaten ansässig waren, mit denen die USA ein DBA abgeschlossen hatten, konnten den Betrag des zusätzlichen Steuerrückhalts in den USA zurückfordern, wogegen der gesamte Abzug, bestehend aus der reduzierten US-Quellensteuer und dem zusätzlichen Steuerrückbehalt, für Personen in Staaten ohne DBA mit den USA eine definitive Belastung darstellte. Durch dieses System wurde sichergestellt, dass Personen, die nicht in der Schweiz ansässig waren, nicht gestützt auf das DBA Schweiz-USA unberechtigterweise in den Genuss einer Entlastung von der US-Quellensteuer kommen konnten. Die USA strebten eine weltweit einheitliche Neuregelung des Entlastungsverfahrens an und waren an der Weiterführung des schweizerischen zusätzlichen Steuerrückhalts nicht mehr interessiert.

Die Ende 1997 erlassenen Verfahrensregeln stellten Anforderungen an die Identifikation der Empfänger von Einkünften aus amerikanischen Quellen und das entsprechende Meldewesen. Nach ursprünglicher Fassung sollten nicht in den USA domizilierte Steuerpflichtige nur unter Offenlegung ihrer Identität dem „U.S. Withholding Agent“ gegenüber in den Genuss der Steuerreduktion kommen. Dies weckte auf den betroffenen Finanzplätzen grosse Bedenken, da Finanzinstitute aus Konkurrenzgründen in der Regel nicht erpicht sind, Kundendaten an die ihr vorgelagerte Depotstelle zu liefern. Als Alternative führte der IRS schliesslich das QI-System ein, das auf den 1. Januar 2001 in Kraft gesetzt wurde. Die Grundidee des QI-Systems war, einen Teil der Pflichten des „U.S. Withholding Agent“ auf ein ausländisches Finanzinstitut, einen sogenannten „Qualified Intermediary“ (QI), zu übertragen. Der QI übernimmt nach diesem System also die Verantwortung für die Identifikation der Leistungsempfänger nach den Weisungen des IRS und gegebenenfalls auch die Melde- und Steuerrück-

⁸ BSK BankG-Stratenwerth, Art. 47 N 33 ff.; Bodmer/Kleiner/Lutz (Fn. 3), Art. 47 N 56 ff.

⁹ BSK BankG-Stratenwerth, Art. 47 N 4.

behaltspflichtigen zu dessen Gunsten. Zu diesem Zweck unterzeichnet der QI ein „Qualified Intermediary Agreement“ (QIA). Das QIA ist ein vom IRS vorgegebener Formularvertrag, den dieser weltweit einsetzt. Wesentliche Voraussetzung für den Abschluss eines QIA mit dem IRS ist, dass ein Finanzinstitut die erforderlichen Identifikationsvorschriften („Know Your Customer Rules“) einhält, die sich zum grössten Teil auf die gemäss lokalem Bankenrecht erforderlichen Identifikationsverfahren abstützen. Als Alternative kann ein Finanzinstitut die Verwendung von US-Formularen für die Bescheinigung durch Kunden vorsehen.¹⁰ Für Schweizer QIs sind in einem Anhang zum QIA, dem sogenannten „Attachment for Switzerland“, spezielle Formalitäten der Kundenidentifikation festgehalten.¹¹ Gleich wurde auch gegenüber anderen Staaten verfahren, wobei sich die länderspezifischen Attachments sehr ähnlich sind und sich nur in gewissen Details bezüglich der zulässigen Kundenidentifikationsdokumente unterscheiden.

2.1.3 Regelungsinhalt des QIA

Das QIA verpflichtet den QI unter anderem, seine Kunden nach bestimmten Kriterien zu kategorisieren. Zentral ist die Kategorisierung in „U.S. persons“ und „non-U.S. persons“.

„U.S. persons“ dürfen seit dem 1. Januar 2001 US-Wertschriften nur noch halten, wenn sie bereit sind, ein sog. Formular W-9 zu unterzeichnen. Die Angaben im Formular ermöglichen und erlauben dem QI, die auf diesen US-Wertschriften erzielten Erträge gegenüber dem IRS zu melden und damit die Identität der „U.S. person“ offenzulegen. Stehen gesetzliche Bestimmungen wie etwa Art. 47 BankG einer Offenlegung der Identität entgegen, so unterscheidet das QIA zwischen Kontoeröffnungen vor und nach dem 1. Januar 2001. Wurde ein Konto vor dem Stichtag eröffnet, so konnte sich der QI vom Offenlegungsverbot befreien, indem er entweder (a) die Zustimmung des Kontoinhabers zur Offenlegung seiner Identität einholte; (b) dessen Ermächtigung zum Verkauf der US-Wertschriften einholte oder (c) den Kontoinhaber aufforderte, seine Identität selber mittels Formular W-9 offenzulegen. Erhielt der QI zu keiner dieser Vorgehensweisen das Einverständnis des Kunden, so musste der QI die Wertschriften bis spätestens Ende 2002 verkaufen und unter bestimmten Voraussetzungen eine anonymisierte Quellensteuer von 31 % („Backup Withholding Tax“, heute 28 %) abziehen. Für nach dem 1. Januar 2001 eröffnete Konten hat der QI (a) vom Kunden die Zustimmung zur Offenlegung seiner Identität einzuholen oder (b) das Einverständnis des Kunden einzuholen, dass für ihn keine US-Wertschriften gehalten werden bzw. dass im Falle eines grundsätzlich nicht zulässigen Haltens von US-Wertschriften die darauf anfallenden Erträge der Backup Withholding Tax unterliegen und die Wertschriften innert bestimmter Frist unter Abzug der Backup Withholding Tax auf dem Bruttoerlös veräussert werden.

„Non-U.S. persons“ mit US-Wertschriften im Depot können entweder durch ein amerikanisches Formular W-8BEN oder durch die im jeweiligen länderspezifischen QI Attachment aufgeführten Identifikationsdokumente (in der Regel diejenigen, die in den für Bankinstitute geltenden KYC-Vorschriften vorgesehen sind) identifiziert werden. Dies führt grundsätzlich zur vollständigen Befreiung von der amerikanischen Quellensteuer im Bereich der Zinseinkünfte („portfolio interest exemption“) bzw. zur Anwendung der reduzierten Quellensteuer nach Massgabe eines DBA. Eine Offenlegung ihrer Identität ist hierzu nicht erforderlich. Bei ungenügender Dokumentation muss der QI sicherstellen, dass die fraglichen Erträge aus US-Quellen der vollen amerikanischen Quellensteuer von 30 % unterliegen.¹²

¹⁰ Zum Ganzen vgl. Kurzbericht der FINMA vom 18.02.2009: Untersuchung der EBK des grenzüberschreitenden Geschäfts der UBS AG mit Privatkunden in den USA, Ziff. 3.1; GPK-Bericht (Fn. 1) S. 138 f.; Beilage 1 zu Zirkular Nr. 6971 der SBVg vom 7. April 2000, S. 1 ff.

¹¹ Kurzbericht der FINMA (Fn. 10), S. 9.

¹² Zum Regelungsinhalt des QIA s. insbesondere Kurzbericht der FINMA (Fn. 10), Ziff. 3.2; Beilage 1 zu Zirkular Nr. 6971 der SBVg vom 7. April 2000, S. 5 ff.; Zirkular Nr. 6999 der SBVg vom 24. August 2000 und Beilage „Trusts, Foundations and Offshore Companies“ vom 21. August 2000; ferner Urs. R. Behnisch, Amtshilfe in Steuersachen an die USA: Zur Bedeutung der QI-Normen, in: Jusletter vom 26. Januar 2009, Rz. 16 ff.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass neben den Vorschriften für die „U.S. persons“ auch die Regelung und korrekte Abwicklung des Quellensteuerverfahrens bei „non-U.S. persons“ ein zentrales Anliegen des QI-Systems war und ist.

2.2 Beantwortung der von den GPK aufgeworfenen Fragen im Zusammenhang mit dem QIA

Um die Kompatibilität des geltenden QIA mit dem schweizerischen Bankgeheimnis beurteilen zu können, ist die Frage zu prüfen, ob schweizerische Banken oder Effektenhändler in ihrer Eigenschaft als QI eine Verletzung des Bankgeheimnisses begangen haben bzw. begehen, wenn sie dem IRS die nach dem QIA erforderlichen Informationen aus ihren Kundenbeziehungen übermitteln. Die Antwort richtet sich allein nach schweizerischem Recht, d. h. nach Art. 47 BankG (dazu Ziff. 2.1.1); ausserhalb der Amts- und Rechtshilfe bestehen im vorliegenden Zusammenhang gegenüber einer ausländischen Behörde keine Auskunftspflichten.

Wie in Ziff. 2.1.3 dargelegt, müssen „non-US persons“ mit US-Wertschriften im Depot lediglich ihren Status mittels des Formulars W-8BEN oder durch andere hinreichende Dokumentation belegen; ihre Identität müssen sie dem IRS gegenüber nicht offenlegen. Damit kommt es zu keiner Informationsübermittlung, die eine Verletzung des Bankgeheimnisses bedeuten würde.

Die „US persons“ mussten in Bezug auf ihre vor dem 1. Januar 2001 entstandenen Kontobeziehungen entweder ihre Identität offenlegen oder die US-Wertschriften verkaufen; falls der Kunde keine dieser Optionen wählte, musste der QI bis Ende 2002 den Verkauf der US-Wertschriften vornehmen. Willigte ein Kunde in die Offenlegung seiner Identität ein, so geschah dies in Auswahl einer von zwei gegebenen Optionen. Der Verkauf der Wertschriften kann dabei als valable Alternative zur Offenlegung betrachtet werden. Damit erscheint die für eine rechtfertigende Einwilligung in die Preisgabe des Bankgeheimnisses erforderliche Selbstbestimmung gegeben, und ein bestehender Zwang zur Offenlegung kann verneint werden. In Fällen, wo die US-Wertschriften unter Abzug einer anonymisierten Quellensteuer verkauft wurden, kam es zu keiner Informationsübermittlung an den IRS, womit auch hier das Bankgeheimnis nicht tangiert war.

Nichts anderes ist bezüglich nach dem 1. Januar 2001 eröffneter Konten zu sagen, wo der Kunde entweder auf das Halten von US-Wertschriften verzichtet oder aber in die Offenlegung seiner Identität einwilligen muss.

3 Fragenkomplex zu Art. 271 StGB

3.1 Rechtliche Ausgangslage

Gemäss Art. 271 Ziff. 1 StGB macht sich strafbar, wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen, oder wer solchen Handlungen Vorschub leistet. Geschütztes Rechtsgut ist die staatliche Herrschaftssphäre. Es geht um die Wahrung der Unverletzlichkeit des Gebietes und der Gebietshoheit.¹³ Angriffsobjekt ist die schweizerische Souveränität; konkreter gesagt der „Anspruch der Schweiz, dass staatliches Handeln auf ihrem Gebiet allein durch ihre Institutionen vorgenommen werde, es sei denn, es liege eine Ermächtigungsnorm

¹³ Praxiskommentar StGB-Trechsel/Vest, Art. 271 N 1.

zu Gunsten einer ausländischen Behörde vor (z. B. völkerrechtlicher Vertrag, Gesetz oder Bewilligung einer Ausnahme durch eine schweizerische Behörde)¹⁴. Strafbar sind Schweizer und Ausländer, Privatpersonen und Beamte, die solche Handlungen vornehmen. Der Charakter der Handlung richtet sich nicht nach der Person des Täters, sondern danach, ob die Handlung „ihrer Natur nach“ einer Behörde oder einem Beamten zukommt.¹⁵

Über Bewilligungen nach Art. 271 Ziff. 1 StGB entscheiden gemäss Art. 31 RVOV die Departemente und die Bundeskanzlei in ihrem Bereich (Abs. 1) bzw. der Bundesrat in Fällen von politischer oder anderer grundsätzlicher Bedeutung (Abs. 2). Materielle Vorgaben für die Bewilligungserteilung enthält Art. 31 RVOV ebenso wenig wie Kriterien für die Beurteilung, was als Fall von politischer oder anderer grundsätzlicher Bedeutung einzustufen wäre. Für alle Bewilligungen gilt, dass sie der Bundesanwaltschaft und den mitinteressierten Departementen zuzustellen sind (Art. 31 Abs. 3 RVOV).

Tätigkeiten, die grundsätzlich nach Art. 271 Ziff. 1 StGB erfassbar sind, können aufgrund einer gesetzlichen Bestimmung, eines bilateralen Staatsvertrages oder eines multilateralen Übereinkommens generell bewilligt sein.¹⁶ Zu denken ist namentlich an all die Rechtsgrundlagen zur internationalen Rechts- und Amtshilfe.¹⁷ Wo solche fehlen, was gerade im Bereich der Verwaltungsverfahren häufiger vorkommt, bietet eine Bewilligung gemäss Art. 271 Ziff. 1 StGB zumindest in Einzelfällen eine Lösungsmöglichkeit.

3.2 Beantwortung der von den GPK aufgeworfenen Fragen im Zusammenhang mit Art. 271 StGB

3.2.1 Zuständigkeit des EFD für die Bewilligung vom 7. November 2000

Mit Erfüllung der im QIA festgelegten Identifikationsvorschriften¹⁸ handelt der QI für einen fremden Staat im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 StGB.

Gemäss Art. 31 Abs. 1 RVOV sind die Departemente und die Bundeskanzlei zur Erteilung von Bewilligungen nach Art. 271 Ziff. 1 StGB in ihrem Bereich befugt. Bei der Ausstellung der Bewilligung zuhanden der SBVg, mit welcher die mit der Anwendung des QIA befassten Personen autorisiert wurden, selbständig Amtshandlungen auf schweizerischem Gebiet zu vollziehen, handelt es sich – in einem erweiterten Sinn – um eine Aufsichtstätigkeit über die Banken und Unterstützung ausländischer Steuerveranlagungsverfahren. Diese Tätigkeit lag im Regelungsbereich der damals geltenden Verordnung vom 9. Mai 1979¹⁹ über die Aufgaben der Departemente, Gruppen und Ämter, die in Art. 10 Bst. e und k i. V. m. Art. 11 Ziff. 5 Bst. c bestimmte, dass das EFD, handelnd durch die Steuerverwaltung, für die Bearbeitung

¹⁴ BSK Strafrecht II-Hopf, Art. 271 N 6.

¹⁵ BSK Strafrecht II-Hopf, Art. 271 N 7.

¹⁶ BSK Strafrecht II-Hopf, Art. 271 N 18.

¹⁷ Dazu gehören u. a. das Bundesgesetz vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz, IRSG; SR 351.1); die bilateralen Staatsverträge im Rahmen der polizeilichen und/oder justiziellen Zusammenarbeit; das Europäische Übereinkommen vom 20. April 1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.1); staatsvertragliche Regelungen zur Thematik der Finanzkontrolle im Rahmen der bilateralen Abkommen mit der EU wie z. B. das Abkommen vom 25. Juni 2007 über wissenschaftlich-technische Zusammenarbeit zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft andererseits (SR 0.420.513.1) und die geltenden Doppelbesteuerungsabkommen.

¹⁸ Vgl. vorne Ziff. 2.1.2.

¹⁹ AS 1979 684.

der in den Bereich des Departementes fallenden in- und ausländischen Fragen sowie für die Beaufsichtigung der Banken zuständig war.

Damals wurden die Verhandlungen über die Durchsetzung des QIA in der Schweiz von einer Delegation aus Repräsentanten der ESTV und der SBVg geführt. Hauptziel der Delegation war es, eine mit dem Bankgeheimnis kompatible Lösung zu finden. Angesichts der Tatsache, dass Bewilligungen gemäss Art. 271 Ziff. 1 StGB vom Staat erteilt werden müssen, rechtfertigt es sich, dass der Staat den Inhalt von Verträgen, die zwischen einer ausländischen Behörde und privaten Rechtssubjekten abgeschlossen werden, mitbestimmt.

3.2.2 Hätte die Bewilligung durch den Bundesrat erteilt werden müssen?

Gemäss Art. 31 Abs. 2 RVOV sind Fälle von politischer oder anderer grundsätzlicher Bedeutung dem Bundesrat zu unterbreiten. Im hier zur Diskussion stehenden Fall ist die Bewilligung vom 7. November durch das EFD erteilt, d. h. dem Bundesrat nicht zum Entscheid unterbreitet worden. Hingegen hat das EFD dem Bundesrat am 20. Oktober 2000 eine Teilrevision der Verordnung vom 15. Juni 1998²⁰ zum schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen vom 2. Oktober 1996²¹ beantragt und dabei das QIA erwähnt. Die durch die Änderung vom 1. November 2000²² revidierte Verordnung nimmt denn in Art. 11 auch explizit Bezug auf das QIA, das als steuerliche Sache angesehen wurde. Die in der Bewilligung des EFD vom 7. November 2000 (s. Ziff. 1) aufgeführten, durch das QIA vorgesehenen Handlungen, insbesondere die Vornahme von Quellensteuerabzügen nach amerikanischem Recht, die Abgabe von Informationen zu deren Vornahme an Dritte und die Durchführung von Kontrollen über diese Tätigkeiten, beschlagen einen politisch sensiblen Bereich. Der Bundesrat ist daher aus heutiger Sicht der Auffassung, dass ihm Gesuche nach Art. 271 Ziff. 1 StGB mit politischer Relevanz wie dasjenige der SBVg vom 2. August 2000 in Anwendung von Art. 31 Abs. 2 RVOV zum Entscheid vorzulegen sind. Ausserdem ist zu erwähnen, dass in Bezug auf die Erteilung von Bewilligungen nach Art. 271 Ziff. 1 StGB die Praxis präzisiert wurde. So werden Bewilligungen nur noch an natürliche und juristische Einzelpersonen (und nicht mehr an ganze Branchen) erteilt.

Im Oktober 2009 hat das EFD in Anwendung der neuen Praxis dem Bundesrat das Gesuch einer in Deutschland domizilierten GmbH vorgelegt. Dabei handelte es sich um den folgenden Sachverhalt: Seit dem 1. Januar 2009 ist in Deutschland eine Regelung in Kraft, wonach in Deutschland domizilierte Unternehmen die Möglichkeit haben, ihre elektronischen Bücher auch ausserhalb Deutschlands zu führen. Auf Antrag des Steuerpflichtigen kann die deutsche Finanzbehörde sogar eine Verlagerung in ein Land ausserhalb der Europäischen Union bewilligen. Eine Bedingung dafür ist jedoch, dass die zuständige Behörde des Staates, in welchen die elektronischen Aufzeichnungen ausgelagert werden sollen, einem Zugriff der deutschen Finanzbehörde auf die elektronischen Bücher sowie weitere elektronische Aufzeichnungen zustimmt. Im konkreten Fall hat der Bundesrat dem zuständigen Finanzamt in Deutschland den gewünschten Zugriff bewilligt. Im Bewilligungsentscheid des Bundesrates vom 21. Oktober 2009 wird festgehalten, dass die Bewilligung jederzeit widerrufen werden kann. Seither entscheidet das EFD bei gleichartigen Gesuchen zwar selber, orientiert sich jedoch an diesem Grundsatzentscheid vom 21. Oktober 2009. Damit wurde einerseits dem Zweck von Art. 31 Abs. 2 RVOV Rechnung getragen, indem ein konkreter Fall dem Bundesrat vorgelegt wurde; andererseits wird dem Bedürfnis der Praktikabilität dadurch entsprochen, dass das EFD gleich gelagerte Fälle selbst entscheidet.

²⁰ SR 672.933.61.

²¹ SR 0.672.933.61.

²² AS 2000 2998.

In einem weiteren Entscheid hat der Bundesrat am 4. April 2012 den in einem Verfahren mit den US-Behörden stehenden, namentlich bekannten Schweizer Banken eine Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB zur Wahrung ihrer Interessen, insbesondere zur Darlegung ihres Geschäftsgebarens im grenzüberschreitenden US-Geschäft, erteilt. Diese Bewilligung wurde befristet und kann auf Gesuch verlängert werden.

3.2.3 Einzelbewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB oder gesetzgeberische Lösung auf generell-abstrakter Ebene?

Eine an einen unbestimmten (aber immerhin bestimmbar) Kreis von Personen gerichtete und zudem zeitlich unbegrenzte Bewilligung wie diejenige des EFD vom 7. November 2000 sprengt nach der damaligen Auffassung des Bundesrates den Rahmen von Artikel 31 RVOV zwar nicht. Hingegen ist die Frage berechtigt, ob ein solches Vorgehen aus rechtsstaatlicher Optik optimal gewesen ist. Der Bundesrat ist in diesem Punkt zum Schluss gekommen, dass im konkreten Fall und aus heutiger Sicht eine generell-abstrakte Regelung einer Einzelbewilligung mit unbestimmtem Adressatenkreis vorzuziehen gewesen wäre. Das Gebot der Rechtsstaatlichkeit verlangt für immer wiederkehrende Fragen nach generell-abstrakten Antworten des Gesetz- oder Verordnungsgebers. Nur so können die rechtsgleiche und transparente Erledigung der Ersuchen gewährleistet und die Souveränitätsbeschränkung, als die die bewilligte Vornahme von "fremden" Amtshandlungen auf schweizerischem Territorium verstanden werden muss, demokratisch ausreichend legitimiert werden.

Daher sollen die mit der Bewilligungserteilung befassten Departemente in dem Sinne für die Problematik sensibilisiert werden, dass ihnen empfohlen wird, sich um geeignete staatsvertragliche oder gesetzgeberische Lösungen zu bemühen, wenn sie im Zusammenhang mit einer bestimmten Sachverhaltskonstellation eine Häufung von ähnlichen Bewilligungsgesuchen feststellen. An dieser Stelle sei auch darauf hingewiesen, dass unter der Federführung des Bundesamtes für Justiz geprüft wird, ob und wie die Gesetzgebung für die Erteilung von solchen Bewilligungen optimiert werden muss.