

Vorstudie für ein «Souveränitätsschutzgesetz»

Gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Spannungsfeld zwischen Kooperation mit ausländischen Behörden und Wahrung der schweizerischen Gebietshoheit

Projektarbeit eingereicht der Universität Bern
im Rahmen des Executive Master of Public Administration (MPA)

Betreuender Dozent:

Prof. Dr. Matthias Oesch

Kompetenzzentrum für Public Management

Schanzeneckstrasse 1

CH-3001 Bern

Verfasserin:

Dr. iur. Susanne Kuster

von Eschenbach SG

Humboldtstrasse 47

CH-3013 Bern

Bern, 29. November 2010

Die vorliegende Arbeit wurde im Rahmen des Executive Master of Public Administration der Universität Bern verfasst.

Die inhaltliche Verantwortung für die eingereichten Arbeiten liegt bei den Autorinnen und Autoren.

Vorwort

«Souveränität der Schweiz» – ein Schlagwort, das wie «Unabhängigkeit» oder «Neutralität» je nach politischer Couleur ein gewisses Polarisierungspotenzial in sich trägt. Aus dem Arbeitstitel «Souveränitätsschutzgesetz» zu schliessen, es gehe bei der vorliegenden Projektarbeit ausschliesslich um die Erarbeitung von Abwehrmassnahmen mit Réduitcharakter zum Schutz der schweizerischen Unabhängigkeit, wäre allerdings verfehlt. Ebenso wichtig ist nämlich der Aspekt der Stärkung und Systematisierung der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden. Ausgangspunkt meiner Untersuchung bildet daher das Spannungsfeld zwischen Wahrung der schweizerischen Gebietshoheit einerseits und internationaler Kooperation andererseits.

Dr. Michael Leupold, Direktor des Bundesamts für Justiz, gab den Anstoss zu meinen Überlegungen für die Vorstudie zu einem «Souveränitätsschutzgesetz»; ihm sowie Prof. Dr. Luzius Mader, Vizedirektor des Bundesamtes für Justiz, danke ich herzlich für ihre hilfreichen Anregungen und die kritische Durchsicht des Entwurfs. Bei der Erarbeitung der Vorstudie konnte ich ausserdem auf einige bereits bestehende oder noch im Gang befindliche Untersuchungen zurückgreifen, die zwar unabhängig von der Idee für die vorliegende Arbeit an die Hand genommen worden waren, aus denen ich dann aber wichtige Querbezüge zum hier im Fokus stehenden Spannungsfeld herstellen konnte. Den verschiedenen an diesen Vorarbeiten beteiligten Mitarbeitenden des Bundesamts für Justiz bin ich daher ebenfalls zu Dank verpflichtet.

Bern, im November 2010

Susanne Kuster

Zusammenfassung

Als Teil einer globalisierten Welt ist auch die Schweiz mit dem Problem konfrontiert, dass verschiedene Rechtsordnungen aufeinander treffen und miteinander in Konflikt geraten können, wenn es um die Beurteilung von grenzüberschreitenden Sachverhalten geht. Wollen ausländische Behörden ihre Rechtsordnung mit Wirkung in der Schweiz gegenüber schweizerischen Unternehmen oder Privaten einseitig durchsetzen, kann dieses Vorgehen mit der Verletzung von bilateral vereinbartem Staatsvertragsrecht oder innerschweizerischem Recht verbunden sein. Die betroffenen Unternehmen oder Privaten finden sich regelmässig im Dilemma, dass sie entweder schweizerisches oder aber ausländisches Recht brechen müssen und damit mitten im Zentrum eines Rechtskonflikts stehen. Ausländische Behörden wie auch kooperierende schweizerische Rechtsunterworfenen machen sich zudem unter Umständen wegen Verletzung der schweizerischen Gebietshoheit strafbar, sofern die ausländische Amtshandlung auf schweizerischem Territorium bzw. die Zusammenarbeit nicht in irgendeiner Form durch schweizerische Behörden erlaubt worden ist. Tangiert ist aus einer staats- und völkerrechtlichen Sicht auch die schweizerische Souveränität; die Schweiz soll selber über das Mass der Öffnung ihrer Rechtsordnung gegenüber derjenigen eines anderen Staates entscheiden können. Sehr häufig liegt es aber gerade im Interesse des Landes und der Privaten, mit ausländischen Behörden zusammenzuarbeiten. Die Gewährleistung einer Möglichkeit zur Kooperation ist deshalb in grundsätzlicher Perspektive oft unbestritten und entsprechend etabliert; zahlreiche Staatsverträge und innerstaatliche Erlasse im Bereich der Amts- und Rechtshilfe sehen eine solche Zusammenarbeit vor. Allerdings bestehen Unklarheiten dort, wo entweder keine oder keine eindeutigen Rechtsgrundlagen für eine bestimmte Kooperationsform bestehen oder wo geltende Rechtsgrundlagen von anderen Staaten oder auch Privaten unterlaufen werden – etwa weil sie als zu eng, zu umständlich oder zu unflexibel wahrgenommen werden. In solchen Fällen ist ein nicht geringes Eskalationspotenzial für Rechts- und Souveränitätskonflikte festzustellen.

Die Vorstudie zu einem «Souveränitätsschutzgesetz» analysiert vor diesem Hintergrund zunächst die Instrumente des geltenden Rechts. Eine besonders wichtige Rolle spielt dabei das mit Blick auf geltende Amts- und Rechtshilfebestimmungen subsidiär zur Anwendung gelangende Bewilligungsverfahren i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches. Diese Strafnorm stellt eine Handlung für einen fremden Staat unter Strafe und verweist gleichzeitig auf die Möglichkeit einer Bewilligung zur Vornahme einer solchen Handlung, ohne allerdings selber materielle Kriterien dafür vorzugeben. Das zweite Instrument ist ein Daten- oder Beweisherausgabeverbot des Bundesrates gestützt auf dessen Kompetenz von Art. 184 Abs. 3 der Schweizerischen Bundesverfassung. Ein solches Herausgabeverbot dient dazu, eine als unrechtmässig erachtete Zusammenarbeit mit einer ausländischen Behörde individuell-konkret zu verbieten und gegenüber dem fremden Staat eine klare Position zu beziehen. Aus dieser Analyse ergibt sich Handlungsbedarf de lege ferenda hauptsächlich im Bereich der verwaltungsrechtlichen Kriterien für zulässige Kooperationshandlungen, falls diese sich nicht auf eine spezifische Amts- oder Rechtshilfenorm stützen können. Zudem fehlt

es an einer Konkretisierung auf Gesetzesstufe für individuell-konkrete Herausgabeverbote. Davon ausgehend schlägt die Vorstudie ein Konzept für gesetzgeberische Massnahmen vor. Notwendig ist in materieller Hinsicht erstens eine verwaltungsrechtliche Auffangregelung für die Zusammenarbeit zwischen Bundesbehörden mit ausländischen Behörden, welche zum Tragen kommen soll, wenn keine spezifische Amts- oder Rechtshilfenorm anwendbar ist. Die Auffangregelung soll gleichzeitig die materiellen Kriterien für die Erteilung einer Bewilligung i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 StGB enthalten; insbesondere muss die Bewilligung auf einer systematisch vorzunehmenden Abwägung der Interessen zwischen Wahrung der schweizerischen Gebietshoheit und Souveränität einerseits und Kooperation, Beachtung von aussenpolitischen Aspekten sowie von Rechten und Pflichten von betroffenen Privaten andererseits beruhen. Zweitens braucht es im Dienste der Rechtssicherheit eine verwaltungsrechtliche Umschreibung der zulässigen Kooperation von Privaten mit ausländischen Behörden. Es darf dabei mit Blick auf den Straftatbestand der Handlung für einen fremden Staat nicht um einen Bereich gehen, der nach schweizerischem Recht Sache der Behörden ist, insbesondere nicht um eine Beweiserhebung in Zivil- und Strafsachen. Drittens soll die bisher ausschliesslich auf die Verfassung gestützte bundesrätliche Kompetenz zum Erlass von Herausgabeverboten und denkbaren ähnlichen individuell-konkreten Abwehrmassnahmen gegen drohende Souveränitätsverletzungen auf gesetzlicher Ebene konkretisiert werden. Als Richtschnur dazu dient die Voraussetzung, wonach ein akuter Rechts- und Souveränitätskonflikt von besonderer Schwere und besonderer Dringlichkeit (z.B. schwere aussenpolitische Konsequenzen, besonders negative Auswirkungen für den betroffenen Privaten und/ oder die Schweiz als Ganzes, etc.) drohen muss. In prozessualer Hinsicht sind einzelne Aspekte des verwaltungsrechtlichen Bewilligungsverfahrens i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 StGB zu klären. Besonders wichtig ist hierbei eine Modifikation der heutigen dezentralen Zuständigkeitsordnung für die Erteilung einer Bewilligung, um die Beantwortung der sich jeweils stellenden Grundsatzfragen und die dafür notwendige Interessenabwägung zwischen Kooperation und Wahrung der Gebietshoheit bzw. Souveränität zu systematisieren und zu vereinheitlichen. Ebenso soll vorgeschrieben werden, dass eine Bewilligung an Private zur Vornahme einer Handlung für einen fremden Staat in Verfügungsform zu ergehen hat und der Beschwerde an den Bundesrat unterliegt, sofern sie von einem Departement und nicht – wegen ihrer besonderen politischen Bedeutung – direkt vom Bundesrat erteilt wird. In legislativer Hinsicht ist für die Umsetzung des Konzepts vorab die Ergänzung von bestehenden Erlassen, insbesondere des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes und der dazugehörigen Verordnung, sowie die Bündelung der neuen Bestimmungen in einem Mantelerlass, zu empfehlen.

Der Arbeitstitel «Souveränitätsschutzgesetz» erweist sich schlussendlich als für die vorgeschlagenen gesetzgeberischen Massnahmen zu eng gefasst, weil der Aspekt der Abwehrmassnahmen zum Schutz der schweizerischen Souveränität nur die eine Seite des Spannungsfelds zwischen Kooperation und Wahrung der schweizerischen Gebietshoheit absteckt. Auf der anderen Seite steht die Stärkung und Systematisierung der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden. Beide Seiten tragen letztlich zur Prävention vor Rechts- und Souveränitätskonflikten bei.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	I
Zusammenfassung	II
Inhaltsverzeichnis	IV
Abbildungsverzeichnis	VII
Tabellenverzeichnis	VIII
Abkürzungsverzeichnis	IX
1 Einleitung	1
1.1 Problemstellung	1
1.2 Zielsetzung der Arbeit	2
1.3 Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes	2
1.4 Aufbau der Arbeit	3
1.5 Methodisches Vorgehen	3
2 Ausgangslage	4
2.1. Konfliktpotenziale im Spannungsfeld zwischen staatlicher Souveränität und internationaler Kooperation	4
2.1.1 Der Grundsatz der Territorialität und seine Relativierungen	4
2.1.2 Arten der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden	5
2.1.3 Probleme in der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden	7
2.2. Beispiele für konkrete Rechts- und Souveränitätskonflikte	8
2.2.1. Der Fall UBS	8
2.2.2. Der Fall Rich	8
2.2.3. Vor-Ort-Kontrollen von Schweizer Banken durch US-amerikanische Behördenvertreter	9
2.2.4. Die Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) und der revidierte US Estate Tax Act	9
3 Handlungsmöglichkeiten bei Rechts- und Souveränitätskonflikten nach geltendem Recht	10
3.1 Vorbemerkungen	10
3.2 Erteilung einer Bewilligung zur Vornahme einer Handlung für einen fremden Staat	10
3.2.1 Der Tatbestand der Handlung für einen fremden Staat nach Art. 271 Ziff. 1 StGB	10

3.2.2	Fehlende Bewilligung als objektive Strafbarkeitsbedingung.....	12
3.2.3	Verhältnis von Art. 271 Ziff. 1 StGB zu Amts- und Rechtshilfebestimmungen	12
3.2.4	Zuständigkeitsordnung für die Erteilung einer Bewilligung zur Vornahme einer Handlung für einen fremden Staat	13
3.3	Erlass einer verfassungsunmittelbaren Verordnung oder Verfügung des Bundesrates nach Art. 184 Abs. 3 BV	14
3.3.1	Allgemeines	14
3.3.2	Anwendbarkeit von Art. 184 Abs. 3 BV für die Lösung von Rechts- und Souveränitätskonflikten	15
3.4	Schlussfolgerungen	16
3.5	Schematische Darstellung der bestehenden Handlungsmöglichkeiten	17
4	Bestehender Handlungsbedarf	18
4.1	Rechtsunsicherheiten im Bereich der Erteilung von Bewilligungen für Handlungen für einen fremden Staat.....	18
4.2	Fehlende gesetzliche Grundlagen im Bereich von Herausgabeverboten und ähnlichen Massnahmen	20
4.3	Handlungsbedarf de lege ferenda.....	21
5	Konzeption eines «Souveränitätsschutzgesetzes».....	22
5.1	Ziele eines «Souveränitätsschutzgesetzes»	22
5.2	Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen	22
5.3	Adressatenkreis	22
5.4	Zu regelnde Aspekte materiellrechtlicher Natur	23
5.4.1	Auffangregelung für die Leistung von Amtshilfe.....	23
5.4.1.1	Grundidee.....	23
5.4.1.2	Bewilligungskriterien.....	23
5.4.1.3	Verhältnis zu anderen Normen	24
5.4.2	Bewilligungsfreies Handeln.....	24
5.4.3	Ausnahmebewilligungen.....	25
5.4.4	Kompetenz zum Erlass von präventiven Herausgabeverboten und anderen Massnahmen ausserhalb von Bewilligungsverfahren	26
5.5	Zu regelnde Aspekte verfahrensrechtlicher Natur	26
5.5.1	Rechtsnatur von Bewilligungen nach Art. 271 Ziff. 1 StGB und von Herausgabeverboten.....	26
5.5.2	Beschwerdemöglichkeit	27
5.5.3	Dezentrale oder zentrale Zuständigkeit im Normalfall?	28

5.5.3.1	Vorbemerkung: SWOT-Analyse	28
5.5.3.2	Stärken und Schwächen der dezentralen Zuständigkeitsordnung.....	29
5.5.3.3	Chancen und Risiken der dezentralen Zuständigkeitsordnung	30
5.5.3.4	Zielsetzungen zur Weiterentwicklung der Zuständigkeitsordnung	30
5.5.3.5	Lösungsmöglichkeiten und ihre Bewertung	31
5.5.4	Zentrale Zuständigkeit in Fällen von politischer oder anderer grundsätzlicher Bedeutung: Bundesrat	33
5.5.5	Mitwirkungsrechte der Legislative?.....	33
5.6	Rechtsetzungstechnische Aspekte.....	34
6	Fazit.....	36
	Literaturverzeichnis.....	i
	Selbstständigkeitserklärung.....	iii
	Über die Autorin.....	iv

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Handlungsmöglichkeiten nach geltendem Recht im Überblick	17
Abbildung 2: Rechtsunsicherheiten bei der Erteilung einer Bewilligung von Handlungen für einen fremden Staat.....	19

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Typen der möglichen Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden.....	6
Tabelle 2: Stärken und Schwächen der dezentralen Zuständigkeitsordnung	29
Tabelle 3: Chancen und Risiken der dezentralen Zuständigkeitsordnung	30
Tabelle 4: Verknüpfung von Stärken/Chancen und Schwächen/Risiken.....	31

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934, SR 952.0
BBl	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BJ	Bundesamt für Justiz
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
bzw.	beziehungsweise
CEO	Chief Executive Officer
CH	Confoederatio Helvetica, Schweizerische Eidgenossenschaft
DBA-D	Abkommen vom 11. August 1971 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen, SR 0.672.913.62
DBA-USA	Abkommen vom 2. Oktober 1996 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen, SR 0.672.933.61.
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992, SR 235.1
E.	Erwägung
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
ESTV	Eidgenössische Steuerverwaltung
f./ ff.	folgende/ fortfolgende
FATCA	Foreign Account Tax Compliance Act
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMAG	Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007, SR 956
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, SR 291
IRS	Internal Revenue Service
IRSG	Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. März 1981 (Rechtshilfegesetz), SR 351.1
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit

N.	Note
ParlG	Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz), SR 171.10
RAB	Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde
RAG	Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 16. Dezember 2005 (Revisionsaufsichtsgesetz), SR 221.302
resp.	respektive
RuVG	Bundesgesetz über die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte politisch exponierter Personen vom 1. Oktober 2010, BBl 2010 6563
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997, SR 172.010
RVOV	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998, SR172.010.1
S.	Seite
SEC	Securities Exchange Commission
seco	Staatssekretariat für Wirtschaft
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
SWOT	Strengths, Weaknesses, Opportunities, Threats
lit.	litera
u.a.	unter anderem
US	United States
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
USD	US-Dollar
VGG	Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz), SR172.32
vgl.	vergleiche
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer

1 Einleitung

1.1 Problemstellung

Darf der Bundesrat gegenüber einem schweizerischen Unternehmen ein Verbot zur Herausgabe bestimmter Beweismittel erlassen, wenn ein anderer Staat ebendiese Beweismittel mittels eines an dieses Unternehmen gerichteten Herausgabebefehls beschaffen will? Oder darf die zuständige schweizerische Behörde es zulassen, dass die Vertreterin einer ausländischen Behörde mit dem CEO einer Schweizer Bank Gespräche auf schweizerischem Territorium führt, um die Erfolgsaussichten eines Aufsichtsverfahrens im Ausland auszuloten?

Diese und ähnliche Fragestellungen beschäftigen die Bundesbehörden immer wieder. Mit den Chancen einer weitgehend globalisierten Wirtschaft ist auch das Risiko des heftigeren Zusammenpralls verschiedener Rechtsordnungen verknüpft. Wollen ausländische Behörden gegenüber schweizerischen Unternehmen oder Privaten ihre Rechtsordnung mit Wirkung in der Schweiz einseitig durchsetzen, kann dieses Vorgehen mit der Verletzung von bi- oder multilateral vereinbartem Staatsvertragsrecht oder innerschweizerischem Recht verbunden sein. In solchen Situationen sind die betroffenen Unternehmen oder Privaten regelmässig mit dem Dilemma konfrontiert, dass sie entweder schweizerisches oder aber ausländisches Recht brechen müssen und damit mitten im Zentrum eines Rechtskonflikts stehen. Aus staats- und völkerrechtlicher Sicht stellt sich das Problem, dass mit einem solchen Handeln der ausländischen Behörden bzw. der schweizerischen Rechtsunterworfenen, die mit einer ausländischen Behörde kooperieren, die schweizerische Gebietshoheit bzw. die staatliche Souveränität (konkret der Grundsatz der Geltung und Beachtung schweizerischen Rechts innerhalb des schweizerischen Territoriums sowie der Rechtsdurchsetzung durch schweizerische Behörden) in Frage gestellt ist. Das hinter dem Souveränitätsanspruch stehende öffentliche Interesse ist nicht nur ein abstrakter Grundsatz, sondern steht nicht zuletzt auch für die nach schweizerischem Recht garantierten individuellen Rechte und Pflichten der Rechtsunterworfenen, allen voran für die rechtsstaatlichen und menschenrechtlichen Garantien. Umgekehrt liegt es sehr häufig gerade im aussenpolitischen Interesse des Landes und im Interesse der schweizerischen Privaten und Unternehmen, die Kooperation mit ausländischen Behörden zu suchen oder auszubauen.

Es stellt sich dementsprechend auf der einen Seite die Frage, ob die Bundesrat und Bundesverwaltung zur Verfügung stehenden Mittel genügen, um auf Verletzungen der Souveränität, insbesondere auf unerwünschte unilaterale Handlungen ausländischer Behörden mit Rechtswirkungen in der Schweiz sowie andere (behördliche oder private) Handlungen im Interesse eines anderen Staates auf schweizerischem Territorium in angemessener und wirksamer Weise reagieren zu können. Auf der anderen Seite gibt es heute keine allgemeine Antwort auf die Frage, welche Art der Kooperation im öffentlichen und/ oder im privaten Interesse ermöglicht werden soll. Wie also kann die Schweiz den Rahmen der erwünschten Kooperation klarer abstecken, um gleichzeitig den ausserhalb dieses Rahmens liegenden Ansprüchen von auslän-

dischen Behörden und manchmal auch von involvierten Privaten und Unternehmen wo nötig zielgerichteter als heute entgegen zu treten?

1.2 Zielsetzung der Arbeit

Ausgehend von der soeben geschilderten Problemstellung hat das Bundesamt für Justiz (BJ) seitens vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) den Auftrag erhalten, den Handlungsbedarf im Bereich Kooperation und Souveränitätsschutz abzuklären und dem Bundesrat anfangs 2011 einen Antrag im Hinblick auf legislatorische Massnahmen zu stellen.¹ In diesem Rahmen stellt die vorliegende Arbeit eine selbstständige Vorstudie für ein mögliches künftiges Rechtsetzungsprojekt mit dem vorläufigen Arbeitstitel «Souveränitätsschutzgesetz» dar.² Sie hat zum Ziel, auf der Basis des geltenden Rechts die wichtigsten im Rechtsetzungsprozess zu klärenden Fragen darzulegen sowie eine erste Konzeptskizze für ein «Souveränitätsschutzgesetz» zu entwerfen.

1.3 Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Die Vorstudie befasst sich mit Blick auf die erwähnte Zielsetzung mit den Reaktionsmöglichkeiten des Bundesrates und der zuständigen Bundesbehörden gegen unilaterale Massnahmen anderer Staaten nach geltendem schweizerischem Recht und möglichen Verbesserungsvorschlägen zum Souveränitätsschutz in diesem Bereich. Zudem erarbeitet sie einen ersten Vorschlag für Querschnittbestimmungen über die zulässige Kooperation von schweizerischen Behörden sowie Privaten mit ausländischen Behörden. Die Ursachen der in jüngerer Zeit festgestellten Probleme im Spannungsfeld zwischen erhöhten Kooperationsansprüchen und Schutz der schweizerischen Souveränität können im Rahmen der vorliegenden Vorstudie allerdings nicht untersucht werden. Aus diesem Grund werden die Phänomene Globalisierung und Unilateralismus einzelner Staaten sowie die damit verknüpften völkerrechtlichen Herausforderungen der Staatengemeinschaft als grundsätzlich gegeben zur Kenntnis genommen, aber nicht weiter analysiert. Die Vorstudie soll jedoch einen konkreten Beitrag für die weiteren Arbeiten des Bundesamtes für Justiz für ein «Souveränitätsschutzgesetz» bilden. Beim Entscheid über das definitive Weiterverfolgen dieses Projekts werden dann weitere Abklärungen, so etwa Rechtsvergleiche, besonders im Bereich von Querschnittbestimmungen über die Zusammenarbeit mit dem Ausland, vorzunehmen und zu berücksichtigen sein, die an dieser Stelle ebenfalls nicht geleistet werden können.

¹ Der Bundesrat hat in seinem Bericht zur Abschreibung der Motion 07.3281 vom 4. Juni 2010, BBl 2010 4095, S. 4099 f. (betreffend ein Unternehmensjuristengesetz) in Aussicht gestellt, ein «Souveränitätsschutzgesetz» zu prüfen.

² Bereits seit längerem war eine interdepartementale Arbeitsgruppe zur grenzüberschreitenden Amtshilfe an der Arbeit (siehe dazu WYSS, S. 231 ff.). Obwohl diese provisorisch zum Schluss gekommen ist, dass diesbezüglich kein oder nur punktuell Handlungsbedarf bestehe, wird nun in einer BJ-internen Arbeitsgruppe die Idee weiterverfolgt, die Themen Kooperation und Souveränitätsschutz in einer Gesamtschau zu Handen des Bundesrates zu analysieren. Eine weitere interdepartementale Arbeitsgruppe unter Federführung des BJ hat den Auftrag, die geltende Bewilligungspraxis zu Art. 271 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) vom 21. Dezember 1937, SR 311.0, zu untersuchen. Die Autorin ist Mitglied der beiden zuletzt genannten Arbeitsgruppen.

1.4 Aufbau der Arbeit

Nach einer Darlegung der Ausgangslage anhand konkreter Beispiele von Kooperations- und Souveränitätsschutzproblemen im zweiten Kapitel werden im dritten Kapitel die geltenden Rechtsgrundlagen für schweizerische Reaktionen auf bestehende oder drohende Gebietsshoheits- bzw. Souveränitätsverletzungen analysiert. Im Kapitel vier wird gestützt darauf der Handlungsbedarf *de lege ferenda* umrissen, worauf im Kapitel fünf erste konzeptionelle Grundlagen für legislatorische Massnahmen erarbeitet werden. Das Kapitel sechs schliesslich bietet ein kurzes Fazit.

1.5 Methodisches Vorgehen

Die Vorstudie zu einem «Souveränitätsschutzgesetz» bedient sich der folgenden wissenschaftlichen Methoden: Die Darlegung der bestehenden Handlungsmöglichkeiten stützt sich auf eine *Analyse der einschlägigen rechtswissenschaftlichen Literatur sowie auf Arbeitsunterlagen des Bundesamtes für Justiz*. Das Vorgehen insgesamt und besonders die Entwicklung der konzeptionellen Grundlagen orientieren sich an den anerkannten *Methoden der Legistik*.³ Im Kapitel 4 dient ausserdem eine *SWOT-Analyse* der Erarbeitung einer möglichen Lösung für eine modifizierte Regelung der Zuständigkeiten im Bereich Kooperation und Souveränitätsschutz.

³ Insbesondere dient die Beschreibung der Phasen des Rechtsetzungsprozesses bei MÜLLER G., N. 69 ff. sowie der Rechtsetzungsmethodik im GESETZGEBUNGSLEITFADEN, N. 287 ff., als Orientierungshilfe.

2 Ausgangslage

2.1. Konfliktpotenziale im Spannungsfeld zwischen staatlicher Souveränität und internationaler Kooperation

2.1.1 Der Grundsatz der Territorialität und seine Relativierungen

In der Schweiz gilt – wie in allen kontinentaleuropäischen Staaten – der Grundsatz der Territorialität der Rechtsordnung. Dieses Prinzip findet sich nicht explizit in der Schweizerischen Bundesverfassung, liegt der Rechtsordnung der Schweiz jedoch wie selbstverständlich zu Grunde. Danach ist innerhalb der schweizerischen Grenzen für alle Rechtsverhältnisse ausschliesslich schweizerisches Recht anwendbar (sogenannte positive Gebietshoheit), und dieses wird durch die schweizerischen Behörden durchgesetzt; ein anderer Staat darf daher im Grundsatz seine Gewalt nicht innerhalb des Gebiets der Schweiz betätigen (sogenannte negative Gebietshoheit).⁴ Eine Verletzung der schweizerischen Gebietshoheit durch andere Staaten oder Private wird strafrechtlich geahndet und stellt gleichzeitig in völkerrechtlicher Perspektive eine Verletzung des staatlichen Souveränitätsanspruchs dar.

Das Territorialitätsprinzip hilft nun allerdings in grenzüberschreitenden Sachverhalten und den daraus sich ergebenden Rechtskonflikten zwischen verschiedenen Rechtsordnungen, wie sie in einer globalisierten Welt mit grenzüberschreitendem Wirtschafts- und Personenverkehr typischerweise entstehen, oft nicht weiter. Im Gegenteil ist zum Zweck einer möglichst effizienten Konfliktvermeidung resp. -lösung häufig eine Kooperation mit dem Ausland und damit in vielen Fällen eine Relativierung des Grundsatzes der schweizerischen Gebietshoheit erwünscht und notwendig. Ziel entsprechender Konflikt- oder Zusammenarbeitsregelungen ist dann jeweils u.a. die Herstellung und Wahrung von Rechtssicherheit für die beteiligten natürlichen und juristischen Personen, die Förderung der schweizerischen Interessen im Ausland im Allgemeinen und diejenigen der schweizerischen Aussenwirtschaft im Speziellen. Aus dem Grundsatz der schweizerischen Souveränität ergibt sich für diese erwünschte Kooperation, dass die Schweiz selbständig und unabhängig darüber entscheiden können soll, in welchen Bereichen sie diese zulassen will und in welcher Intensität und mit welchen Modalitäten die Zusammenarbeit erfolgen soll. Hat die Schweiz daher für bestimmte Bereiche eine staatsvertragliche oder innerstaatliche Regelung zur Kooperation mit dem Ausland abgeschlossen bzw. einseitig erlassen oder duldet sie in anderer Weise direkte oder indirekte Auswirkungen einer fremden Rechtsordnung in der Schweiz, ermöglicht sie in unterschiedlichem Ausmass auch die Behördenzusammenarbeit bei grenzüberschreitenden Sachverhalten. In diesen Fällen der freiwilligen Zusammenarbeit wird nicht nur die schweizerische Gebietshoheit, sondern auch die schweizerische Souveränität nicht verletzt.

⁴ Siehe zum Ganzen HANGARTNER, S. 21, der in historischer Perspektive ausserdem darauf hinweist, dass das Territorialitätsprinzip im Laufe der Geschichte das Personalitätsprinzip (wonach sich der Herrschaftsbereich der Staatsgewalt anhand personaler Beziehungen, z.B. der Nationalität einer Person, bestimmt) zurückgedrängt hat, sowie TSCHANNEN, N. 10 zu § 12.

2.1.2 Arten der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden

Die Schweiz hat eine grosse Zahl bilateraler Staatsverträge und multilateraler Übereinkommen abgeschlossen, aber auch einseitig eigene innerstaatliche Regelungen – teilweise i.S.v. Auffangregelungen – erlassen. Die in diesen Rechtsgrundlagen vorgesehene Intensität und Modalitäten der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden sind dabei sehr breit gefächert. Zudem betreffen diese Verträge und Erlasse nicht nur das konkrete Verhältnis zwischen schweizerischen und ausländischen Behörden, sondern teilweise auch dasjenige von Privaten, die der schweizerischen Rechtsordnung unterstehen, zu ausländischen Behörden: Einerseits kann festgelegt sein, inwieweit eine andere Rechtsordnung auf schweizerischem Hoheitsgebiet direkt oder indirekt Anwendung finden darf und somit auch von Privaten zu beachten ist. Andererseits betrifft der grösste Teil der Zusammenarbeit zwischen Behörden auch Rechte und Pflichten von Privaten.⁵ Dementsprechend fallen die Relativierungen der schweizerischen Gebietshoheit je nach den zu Grunde liegenden öffentlichen und privaten Interessen sehr unterschiedlich stark aus.

Zur Veranschaulichung des soeben Gesagten mögen einige Beispiele dienen: Bei Zivilsachen, wo für grenzüberschreitende Sachverhalte u.a. das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)⁶ zu beachten ist, ist in Abweichung zum Territorialitätsgrundsatz die Anwendbarkeit ausländischen Rechts innerhalb der Schweiz durch schweizerische Behörden vorgesehen;⁷ ebenfalls können gemäss Haager Beweisaufnahmeübereinkommen⁸ zivilprozessuale Beweiserhebungen auf dem Gebiet der Schweiz durch konsularische oder diplomatische Vertretungen oder durch Beauftragte eines anderen Vertragsstaats vorgenommen werden.⁹ Im internationalen Privatrecht geht die Relativierung des Grundsatzes der Territorialität demnach so weit, dass das Verhältnis zwischen Grundsatz und Ausnahme teilweise umgekehrt wird. Viel weniger weit gehen demgegenüber die Relativierungen des Territorialitätsprinzips im Bereich der Strafrechtshilfe. Hier dürfen nach dem Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG)¹⁰ strafprozessuale Handlungen zu Gunsten einer ausländischen Behörde wie z.B. Zeugeneinvernahmen oder andere Beweiserhebungen nur durch schweizerische Behörden vorgenommen werden,¹¹ und ausländisches Recht kann nur sehr beschränkt berücksichtigt werden. Im Verwaltungsrecht existieren ebenfalls verschiedene Formen der Zusammenarbeit zwischen der Schweiz und dem Ausland im Rahmen der grenzüberschreitenden Amtshilfe. Zu nennen sind etwa die mit zahlreichen Staaten abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen, welche nebst vielen weiteren Bereichen auch den Aus-

⁵ Dies bedeutet allerdings nicht, dass sich insbesondere Amtshilfeverfahren zwangsläufig zum Nachteil von Privaten auswirken müssten (vgl. WYSS, S. 220).

⁶ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG), SR 291.

⁷ Vgl. z.B. Art. 13 ff. IPRG.

⁸ Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 18. März 1970 (Haager Beweisaufnahmeübereinkommen), SR 0.274.132.

⁹ Art. 15 ff. Haager Beweisaufnahmeübereinkommen.

¹⁰ Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. März 1981 (Rechtshilfegesetz, IRSG), SR 351.1.

¹¹ So z.B. Art. 65a IRSG.

tausch von Steuerdaten zwischen den beteiligten Steuerbehörden normieren.¹² Von zunehmender Wichtigkeit ist darüber hinaus die Kooperation der Behörden im Rahmen ihrer jeweiligen Aufsichtstätigkeit, so etwa bei der Zulassung von Medikamenten¹³ oder – ganz wichtig – im Finanzbereich, wo nach geltendem Recht beispielsweise bestimmte Vor-Ort-Kontrollen von Finanzinstituten in der Schweiz durch ausländische Behörden zulässig sind.¹⁴

Schematisch lassen sich die Lösungsmöglichkeiten für potenzielle Konflikte im Spannungsfeld zwischen Kooperation und Souveränitätsschutz je nach der Intensität der Öffnung der schweizerischen Rechtsordnung den folgenden 3 Typen zuordnen (wobei die Grenzen in der Realität fließend sind):

Intensität der Öffnung der schweizerischen Rechtsordnung	Auswirkungen der fremden Rechtsordnung auf schweizerischem Hoheitsgebiet	Zusammenarbeit zwischen Behörden	Verkehr zwischen Privaten und ausländischen Behörden	Beispiele
Geschlossenheit	Keine zulässigen Wirkungen des fremden Rechts	Überwiegen des Territorialitätsgrundsatzes, keine Zusammenarbeit zwischen Behörden untereinander oder zwischen Privaten und ausländischen Behörden	-	Bis vor Kurzem: Ausschluss der Steueramtshilfeleistung bei Steuerhinterziehung
Teilöffnung (Amts- oder Rechtshilfe) ¹⁵	Indirekte Wirkung des fremden Rechts	Zusammenarbeit unter Wahrung des Territorialitätsgrundsatzes: Vornahme von Amts- oder Rechtshilfehandlungen zu Gunsten einer ausländischen Behörde durch eine CH-Behörde gemäss Staatsvertrag oder innerstaatlichem Erlass	Indirekter Verkehr über die CH-Behörde	Zeugeneinvernahme im Rahmen der Strafrechtshilfe Steueramtshilfe bei Steuerbetrug
Öffnung	Direkte Wirkung des fremden Rechts	Ausländische Behörde nimmt auf CH-Gebiet selber eine Amtshandlungen vor	Direkter Verkehr (höchstens begleitende Funktion der CH-Behörde)	Inspektion eines CH-Finanzinstituts durch US-Behörde

Tabelle 1: Typen der möglichen Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden

¹² So z.B. Art. 27 des Abkommens vom 11. August 1971 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen (DBA-D), SR 0.672.913.62.

¹³ Z.B. das Memorandum of Understanding zwischen dem Department of Health and Human Services der USA und Swissmedic über den Informationsaustausch über pharmazeutische Produkte vom 22. September 2003, einsehbar unter <<http://www.fda.gov/InternationalPrograms/Agreements/MemorandaofUnderstanding/ucm107636.htm>>, besucht am 20. November 2010.

¹⁴ Siehe etwa Art. 27 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 16. Dezember 2005 (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG), SR 221.302, oder Art. 43 Abs. 2 ff. des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG), SR 956.1.

¹⁵ Unter Rechtshilfe wird in aller Regel ein Informationsaustausch zwischen Justizbehörden verstanden (insbesondere in Straf- und in Zivilverfahren), während Amtshilfe einen solchen Austausch zwischen Verwaltungsbehörden beschreibt (z.B. in einem Steuerverfahren).

2.1.3 Probleme in der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden

Probleme im Spannungsfeld zwischen Kooperation und Gebietshoheits- bzw. Souveränitätsschutz ergeben sich einmal dort, wo nicht klar ist, ob eine bestimmte beabsichtigte Handlung im Bereich der internationalen Zusammenarbeit zwischen schweizerischen und ausländischen Behörden oder zwischen Privaten in der Schweiz mit ausländischen Behörden von einer bestehenden staatsvertraglichen oder innerschweizerischen Regelung erfasst ist. Ebenfalls kommt es vor, dass zwar eine (staatsvertragliche) Regelung besteht, diese aber unilateral durch den Vertragsstaat der Schweiz missachtet und umgangen wird. Schliesslich ist es auch möglich, dass tatsächlich keine Regelung besteht, z.B. aufgrund eines bewussten Verzichts zur Zusammenarbeit. Diesbezüglich gilt es darauf hinzuweisen, dass die Schweiz aus naheliegenden und legitimen Gründen nicht in allen Bereichen im selben Mass an einer Kooperation und den entsprechenden Vereinbarungen mit dem Ausland interessiert ist. Die jüngeren Erfahrungen und Erkenntnisse der Bundesverwaltung zeigen, dass heute hauptsächlich im Finanzbereich ungelöste Konflikte zwischen schweizerischem und ausländischem Recht bestehen, was an der spezifischen volkswirtschaftlichen Interessenlage der Schweiz als internationalem Finanzplatz liegen mag.¹⁶

Sodann ergibt sich besonderes Konfliktpotenzial, wo nicht nur zwei Rechtsordnungen, sondern darüber hinaus auch verschiedene Rechtssysteme aufeinander treffen. Dies trifft im Verhältnis zu sogenannten «common law»-Staaten und dabei speziell zu den USA in besonders hohem Masse zu. Von grosser Bedeutung ist hier die Tatsache, dass gerade US-Recht weitreichende extraterritoriale Wirkungen kennt und demzufolge etwa Staatsverträge über die Rechtshilfe mit anderen Staaten einen anderen Stellenwert haben als in kontinentaleuropäischen Rechtssystemen. Aus schweizerischer Sicht mag daher manchen «die unilateralistische Tendenz der USA, verbunden mit der weiten Zuständigkeit der amerikanischen Gerichte, als zu einseitig, in gewisser Weise egoistisch und ‚parochial‘»¹⁷ oder ganz allgemein als der geopolitischen Grossmachtmentalität entsprechend erscheinen. Beachtenswert ist zudem, dass speziell die Beweiserhebung in common law-Zivilverfahren nicht wie nach kontinentaleuropäischer Auffassung Sache des Gerichts, sondern der Parteien im Rahmen der «pretrial discovery» ist. Amerikanische Verwaltungsbehörden kennen sodann die sogenannten «subpoenas», womit die Herausgabe von Beweismitteln unter Androhung von einschneidenden Zwangsmassnahmen, meist in Form von sehr hohen Geldbussen, gerichtlich erzwungen werden kann.¹⁸ Kumuliert bestehen aus diesen Gründen die grössten Probleme und Unsicherheiten im Bereich der Finanzwirtschaft im Verhältnis zu den USA: Der sogenannte «Justizkonflikt mit den USA» war bereits in den 1980er- und 1990er-Jahren ein Thema, sowohl in der Politik wie auch in der Rechtswissenschaft.¹⁹ Genau diesem Umfeld entspringen wiederum aktuelle Prob-

¹⁶ Siehe zum Ganzen die Übersichtstabelle zur Bewilligungspraxis der verschiedenen Departemente und Ämter im Anhang zum Protokoll der Arbeitsgruppe zu Art. 271 StGB/Art. 31 RVOV vom 14. September 2010, insbesondere die Bemerkungen der FINMA (unveröffentlicht). Vgl. auch WYSS, S. 219.

¹⁷ VISCHER, S. 65 f.; «parochial» (wörtlich etwa «zur Pfarrei gehörend») meint hier wohl, dass die USA gerne davon ausgehen, dass sie grundsätzlich für die ganze Weltgemeinschaft zuständig sind, sofern dies ihren Interessen dient.

¹⁸ Vgl. FREI, S. 74 ff.

¹⁹ Vgl. ZULAUF, S. 3 ff.

lemfälle und dementsprechend sowohl die Idee für ein «Souveränitätsschutzgesetz» wie auch die im nächsten Kapitel skizzierten Beispiele von konkreten Rechts- und Souveränitätskonflikten.

2.2. Beispiele für konkrete Rechts- und Souveränitätskonflikte

2.2.1. Der Fall UBS

Die diversen Schauplätze des «Falles UBS» haben sowohl die Schweizer Behörden als auch die Öffentlichkeit seit 2008 intensiv beschäftigt. Im Zusammenhang mit dem Thema Rechts- und Souveränitätsverletzung ist der folgende Aspekt von Bedeutung: Die US-amerikanische Steuerbehörde Internal Revenue Service (IRS) leitete im Juli 2008 bei einem Zivilgericht in Miami ein sogenanntes John Doe Summons-Verfahren gegen die UBS AG ein. Mit diesem Verfahren wurde die Herausgabe von in der Schweiz gelegenen Bankkundendaten von rund 52'000 UBS-Kunden angestrebt. Hätte die UBS AG nun gestützt auf einen Entscheid des zuständigen Gerichts die verlangten Kundendaten direkt an den IRS übermittelt, hätte sie sich nach Art. 271 und/ oder Art. 273 des schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB)²⁰ strafbar gemacht sowie Art. 47 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen (BankG)²¹ verletzt. Mit dem Vorgehen des IRS war eine Missachtung des für den Informationsaustausch massgeblichen Staatsvertrags, des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und den USA (DBA-USA)²², verbunden. Da solche Staatsverträge unmittelbarer Teil der schweizerischen Rechtsordnung sind, verletzte das Vorgehen des IRS demnach schweizerisches Recht. Der Rechts- und Souveränitätskonflikt wurde schliesslich gelöst mit Hilfe eines zusätzlichen Staatsvertrages²³, der gestützt auf besondere Kriterien die Amtshilfeleistung in rund 4'450 Fällen innert einer bestimmten Zeit und unter Einhaltung der rechtsstaatlichen Verfahrensvorschriften vorsieht.

2.2.2. Der Fall Rich

Ein amerikanisches Gericht forderte die in der Schweiz domizilierte Firma Marc Rich & Co. AG am 25. August 1983 mittels einer «subpoena» von 50'000 USD pro Tag auf, alle Geschäftsunterlagen über bestimmte Transaktionen im Zusammenhang mit Öllieferungen an den Iran herauszugeben. Der Bundesrat erachtete den dadurch entstandenen Justizkonflikt zwischen der Schweiz und den USA als so gravierend, dass er am 19. September 1983 ein Herausgabeverbot betreffend die verlangten Geschäftsunterlagen gegen die Marc Rich & Co. verhängte. In seiner Verfügung hielt der Bundesrat fest, dass die Aufforderung des amerikanischen Gerichts einen unzulässigen Eingriff in die schweizerische Gerichtsbarkeit darstelle und

²⁰ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB), SR 311.0.

²¹ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, BankG), SR 952.0.

²² Abkommen vom 2. Oktober 1996 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen, SR 0.672.933.61.

²³ Abkommen vom 19. August 2009 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfegesuch des Internal Revenue Service der Vereinigten Staaten von Amerika betreffend UBS AG, einer nach schweizerischem Recht errichteten Aktiengesellschaft, SR 0.672.933.612.

der einzig zulässige Weg für die Beweiserhebung in der Schweiz zu Handen ausländischer Behörden und Gerichte über die internationale Rechtshilfe führe.²⁴

2.2.3. Vor-Ort-Kontrollen von Schweizer Banken durch US-amerikanische Behördenvertreter

Die Schweizer Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA) ist immer häufiger mit Anfragen der von ihr beaufsichtigten Finanzinstitute konfrontiert, ob sie Vertreterinnen oder Vertreter von US-amerikanischen Aufsichtsbehörden wie z.B. der amerikanischen Börsenaufsicht Securities Exchange Commission (SEC) für Inspektionen (Vor-Ort-Kontrollen) empfangen dürfen. Nach amerikanischem Recht müssen sich auch Schweizer Finanzinstitute bei der SEC registrieren lassen, wenn sie als Investment Adviser oder Broker-Dealer mit US-Wertschriften handeln wollen. Die FINMA prüft von Fall zu Fall, ob dafür eine Bewilligung erteilt werden kann.²⁵

2.2.4. Die Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) und der revidierte US Estate Tax Act

Der US-amerikanische Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), der per Anfang 2013 in Kraft gesetzt werden soll, ist ein Erlass, der eine prohibitiv wirkende Quellensteuer auf Zahlungen aus US-Quellen an nicht in den USA domizilierte Finanzinstitute im Ausland vorsieht. Betroffen sind nicht nur Zahlungen an natürliche Personen (US Bürger und Green Card Holder), sondern auch an Gesellschaften mit Sitz im Ausland, an denen ein amerikanischer Steuerpflichtiger mit mehr als 10 % beteiligt ist. Von der Quellensteuerpflicht erfasst sind ausserdem nicht nur Einkünfte aus US-Wertschriften, sondern auch aus anderen Quellen wie etwa Löhne, Mieteinnahmen, Gewinne, etc. Ein Finanzinstitut in der Schweiz – oder auch in einem anderen Staat – kann sich dieser Quellensteuerpflicht entledigen, wenn es sich zur Übermittlung von Kontoinformationen über die von ihm verwalteten meldepflichtigen Einkünfte und Vermögen verpflichtet. Auch der revidierte US Estate Tax Act, eine Nachlasssteuer auch für alle Nicht-Amerikaner, sofern diese über US-Wertpapiere im Wert von mehr als 60'000 USD verfügen, stipuliert eine solche umfassende Meldepflicht. Mit den beiden US-Gesetzen wird (mindestens indirekt) Druck auf ausländische Finanzinstitute aufgebaut werden, den zuständigen US-Behörden die erforderlichen Einkommens- und Vermögensinformationen über jene Personen, die in den weiten persönlichen Anwendungsbereich der Gesetze fallen, selbständig und automatisch zu liefern.²⁶ Eine derartige automatische einseitige Informationsübermittlung, zu dem sich die schweizerischen Finanzinstitute gegenüber der amerikanischen Steuerbehörde IRS verpflichten könnten bzw. müssten, steht im Konflikt mit dem einschlägigen schweizerischen Recht, insbesondere mit dem Bankkundengeheimnis nach Art. 47 BankG sowie mit dem Verbot der Vornahme einer Handlung für einen fremden Staat nach Art. 271 Ziff. 1 StGB.

²⁴ Die erwähnte Verfügung ist nicht publiziert worden; vgl. aber die ähnliche Argumentation im Antrag des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 25. Juli 1985 betreffend Verweigerung der gerichtlichen Verfolgung von Marc Rich durch den Bundesrat, VPB 51.5, E. III.2.e.

²⁵ Vgl. dazu das Schreiben der FINMA vom 16. Juni 2010 an den Direktor des Bundesamtes für Justiz (unveröffentlicht).

²⁶ Siehe das Gutachten von Hans-Peter Bauer zu Handen der FINMA vom 31. März 2010 (unveröffentlicht).

3 Handlungsmöglichkeiten bei Rechts- und Souveränitätskonflikten nach geltendem Recht

3.1 Vorbemerkungen

Im Zusammenhang mit Rechts- und Souveränitätskonflikten sind grundsätzlich zwei Ebenen staatlichen Handelns zu unterscheiden. Die erste Ebene ist diejenige des Strafrechts: Eine bereits erfolgte Verletzung der schweizerischen Gebietshoheit kann im Nachhinein strafrechtlich verfolgt werden. Der Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 StGB stellt eine Handlung für einen fremden Staat unter Strafe – allerdings nur, sofern sie ohne Bewilligung erfolgt. Damit wird bereits auf die zweite Ebene verwiesen, nämlich diejenige des Verwaltungsrechts, die ihrerseits verschiedene Instrumente zur Verfügung stellt. Wird eine Bewilligung zur Vornahme einer Handlung für einen fremden Staat erteilt, hat dies infolgedessen nicht nur die Strafflosigkeit für die betroffene Person oder das betroffene Unternehmen zur Folge, sondern wird auch im Einzelfall festgelegt, welche verwaltungsrechtlichen Rechte und Pflichten die Bewilligung konkret beinhaltet. Umgekehrt setzt die Verweigerung einer solchen Bewilligung der zulässigen Kooperation klare Grenzen. Zudem besteht in besonderen Fällen die Möglichkeit, dass der Bundesrat gestützt auf seine verfassungsunmittelbare Kompetenz nach Art. 184 Abs. 3 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV)²⁷ ein Verbot verfügt, wonach z.B. bestimmte Daten nicht an eine ausländische Behörde übermittelt werden dürfen.²⁸ Auf der verwaltungsrechtlichen Ebene ist sodann auch das im Kapitel 2.1.1. bereits erwähnte Netz der Amts- sowie teilweise der Rechtshilfeverträge und -erlasse anzusiedeln, das die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden auf generell-abstrakte Weise regelt. Wie die folgende Analyse in den Abschnitten 3.2. bis 3.5. zeigt, sind die angesprochenen Ebenen und Instrumente miteinander in mehrfacher Weise verknüpft.

3.2 Erteilung einer Bewilligung zur Vornahme einer Handlung für einen fremden Staat

3.2.1 Der Tatbestand der Handlung für einen fremden Staat nach Art. 271 Ziff. 1 StGB

Als Rechtsgut ausdrücklich geschützt wird die schweizerische Gebietshoheit im 13. Titel des StGB (Verbrechen und Vergehen gegen den Staat und die Landesverteidigung).²⁹ Vorliegend relevant ist Art. 271 Ziff. 1 StGB, der die verbotenen Handlungen für einen fremden Staat und damit die Verletzung der schweizerischen Gebietshoheit und Souveränität unter Strafe stellt: Wer auf schweizerischem Gebiet für einen fremden Staat ohne Bewilligung Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen, wird mit einer Freiheitsstrafe bis

²⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

²⁸ Eine solche Verfügung gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV ist in diesem Fall eher der Rechtsanwendung als der Rechtsetzung zuzuordnen und wird hier deshalb als verwaltungsrechtliches Handeln aufgefasst. Gegenteilig zu entscheiden wäre, falls der Bundesrat eine verfassungsunmittelbare Verordnung erlassen würde.

²⁹ Vgl. HOPF, N. 5 (mit weiterführenden Hinweisen).

zu drei Jahren oder Geldstrafe, in schweren Fällen mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft. Mit der gleichen Strafe wird bedroht, wer einer solchen Handlung Vorschub leistet.³⁰

Der Straftatbestand von Art. 271 Ziff. 1 StGB ist kein Sonderdelikt, d.h. hinsichtlich des Adressatenkreises ist einzige Tatbestandsvoraussetzung, dass «für» einen fremden Staat bzw. «in seinem Interesse» gehandelt wird. Unerheblich ist es aus diesem Grund, ob die Handlung durch Schweizerinnen oder Schweizer, Ausländerinnen oder Ausländer, Privatpersonen oder Staatsangestellte begangen werden. Sodann ist eine Handlung tatbestandsmässig, wenn sie nach schweizerischer Rechtsauffassung ihrem Wesen oder Zweck gemäss als Amtstätigkeit gelten muss; dies ist der Fall, wenn sie nach innerschweizerischem Recht einer Behörde des Bundes, eines Kantons oder einer Gemeinde zusteht.³¹ Teilweise wird in der Lehre präzisiert, dass die Tätigkeit in Ausübung einer hoheitlichen Funktion erfolgen muss (was nicht zwingend gleichzeitig das Bestehen einer Kompetenz zur Zwangsausübung voraussetzt). In der Praxis stellen sich vielfache Abgrenzungsfragen zwischen amtlichen bzw. hoheitlichen und nichtamtlichen bzw. nichthoheitlichen Handlungen. Typische Beispiele für nach Art. 271 Ziff. 1 StGB tatbestandsmässiges Handeln sind polizeiliche Handlungen, Untersuchungshandlungen zu straf-, steuer- oder devisenrechtlichen Zwecken, Recherchen im Interesse ausländischer Zollbehörden, Finanzverwaltungen oder Staatsbanken, prozessuale Vernehmungen, Augenscheine, Beweiserhebungen oder die direkte Zustellung von amtlichen Mitteilungen mit Rechtswirkungen an Private in der Schweiz.³² Schwierig ist der Entscheid über die Subsumtion unter den Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 StGB immer dann, wenn es um eine Handlung geht, die nach dem ausländischen Recht Sache der Prozessparteien, d.h. auch von Privaten ist, z.B. im Falle der Beweiserhebung wie etwa Zeugenbefragungen durch die Prozessparteien (oder ihre Rechtsvertretung) eines Zivilprozesses gemäss US-Recht. Eine solche Zeugenbefragung in der Schweiz erfolgt im Interesse der Rechtsprechung des fremden Staats und da nach schweizerischem Recht die Beweiserhebung eine hoheitliche Zuständigkeit ist, ist dieser Sachverhalt im Grundsatz strafbar. Die schweizerische Lehre und Praxis ist sich zudem bis heute nicht ganz einig, inwieweit informelle Vorgänge, die einzig der Abklärung von Prozesschancen und der Prozessvorbereitung dienen, ebenfalls strafbar sein sollen und ob die Auskunft erteilenden Personen dadurch der Handlung für den fremden Staat Vorschub leisten.³³

³⁰ Hier von untergeordneter Bedeutung ist Art. 271 Ziff. 2 StGB, wonach ebenfalls unter Strafe steht, wer die erwähnten Handlungen für eine ausländische Partei oder eine andere Organisation des Auslandes vornimmt. Im Fokus steht dabei hauptsächlich die Tätigkeit auf Schweizer Territorium für Organisationen, die durch enge Verknüpfung mit einer Staatspartei oder dem Staat selber parastaatlichen Charakter hat (siehe dazu HOPF, N. 8).

³¹ Vgl. HOPF, N. 11.

³² Siehe HOPF, N. 11 und die dortigen weiteren Hinweise.

³³ Das Bundesgericht scheint hier tendenziell von einer strengeren Auslegung geleitet zu sein als die Rechtslehre und wohl auch als die Praxis der Bundesbehörden (vgl. BGE 114 IV 128 E. 3b und 4 und HOPF, N. 15 f. mit weiteren Hinweisen auf die Diskussion in der Strafrechtsdogmatik; ZULAUF, S. 1087 f., schliesst aus dem erwähnten BGE 114 IV 128 gerade, dass [immerhin – *Anmerkung der Autorin*] ausserhalb von Verfahren ein grosser Spielraum für informelle, keinen hoheitlichen Charakter aufweisende Gespräche bestehe).

3.2.2 Fehlende Bewilligung als objektive Strafbarkeitsbedingung

Für die vorliegende Fragestellung sind die im vorangehenden Kapitel beleuchteten Abgrenzungsprobleme allerdings nur bedingt von Bedeutung, solange die Handlung mit staatlicher Erlaubnis erfolgt. Die generelle und/ oder individuelle Bewilligung hebt nämlich die Rechtswidrigkeit der Verletzung der schweizerischen Gebietshoheit auf, d.h. es liegt in diesem Fall eine erlaubte Handlung vor.³⁴ Das Fehlen einer Bewilligung ist somit im Sinne der allgemeinen Strafrechtslehre als objektive Strafbarkeitsbedingung zu behandeln. Weder der Wortlaut von Art. 271 Ziff. 1 StGB noch die Praxis der Bundesanwaltschaft dazu verlangen ein bestimmtes Formerfordernis für die Bewilligung, d.h. eine irgendwie geartete behördliche Zustimmung inklusive eine mündlich erteilte behördliche Auskunft über die Zulässigkeit der Handlung genügt – auch wenn sich aus Gründen der besseren Beweisbarkeit die Schriftlichkeit empfiehlt.³⁵

3.2.3 Verhältnis von Art. 271 Ziff. 1 StGB zu Amts- und Rechtshilfebestimmungen

Das Vorliegen der objektiven und subjektiven Tatbestandselemente von Art. 271 Ziff. 1 StGB ist nach dem soeben Festgestellten erst durch die Strafuntersuchungsbehörden zu prüfen, wenn keine Bewilligung vorliegt. Daraus kann für das Verhältnis zwischen Bewilligungen nach Art. 271 Ziff. 1 StGB und Verfügungen oder Entscheiden aufgrund von Amts- oder Rechtshilfebestimmungen Folgendes abgeleitet werden: Die Tatbestandselemente von Art. 271 Ziff. 1 StGB selbst können nicht als materielle Kriterien dienen für die Frage, ob eine Bewilligung zu erteilen ist oder nicht, sondern es geht dabei um einen Entscheid darüber, inwieweit in einem konkreten Fall vom Grundsatz der schweizerischen Gebietshoheit abgewichen werden und eine Kooperation mit ausländischen Behörden zugelassen werden soll. Explizite materielle Kriterien für eine solche Handlung zu Gunsten eines fremden Staats finden sich sehr häufig in einem generell-abstrakten Sinn in geltenden Amts- oder Rechtshilfebestimmungen, die letztlich die in Normen gegossene Interessenabwägung zwischen dem Anspruch auf Wahrung der schweizerischen Souveränität und dem Interesse nach Kooperation mit anderen Staaten darstellen. Solche Rechtssätze treten in der Form einer gesetzlichen Bestimmung, eines bilateralen Staatsvertrags oder eines multilateralen Übereinkommens auf. Die darin vorgesehenen Handlungen für einen fremden Staat sind dadurch entweder bereits generell-abstrakt bewilligt³⁶ oder als generell zulässig erklärt und nur noch auf den konkreten Einzelfall zu übertragen. So ist z.B. ein Entscheid der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV), welche die Amtshilfe in einem Steuerverfahren gegenüber der US-Steuerbehörde IRS Amtshilfe gestützt auf das DBA-USA verfügt und infolgedessen eine Informationsübermittlung an die USA zulässt, nichts anderes als eine auf den Einzelfall übertragene generelle Bewilligung i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 StGB.

³⁴ Vgl. HOPF, N. 18.

³⁵ Siehe dazu die Auskunft des Vertreters der Bundesanwaltschaft im Protokoll über die Sitzung der Arbeitsgruppe zu Art. 271 StGB/Art. 31 RVOV vom 14. September 2010 (unveröffentlicht).

³⁶ Vgl. HOPF, N. 18.

Damit ist nun allerdings die Frage noch nicht beantwortet, wie vorzugehen ist, wenn entweder gar keine spezifische Regelung über die zulässige Amts- oder Rechtshilfe oder die Kooperation von Privaten für die entsprechenden Handlungen besteht, wenn eine solche Bestimmung eine bestimmte Handlung explizit ausschliesst oder wenn im Einzelfall die Amts- oder Rechtshilfeleistung gerade abgelehnt worden ist. Der Bundesrat hat dazu in einem Rechtshilfe-fall, in seinem Entscheid betreffend die Vermögenswerte des ehemaligen philippinischen Präsidenten Marcos, klar festgehalten, dass eine Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB gegenüber anderen Behelfen subsidiär sei. Die infolgedessen betont zurückhaltende Bewilligungspraxis beruhe auf folgenden Überlegungen: Wenn der Rechtshilfeweg aus grundsätzlichen Überlegungen ausgeschlossen sei (d.h. wenn die Rechtshilfeleistung aufgrund der einschlägigen Rechtshilfenorm nicht erteilt werden dürfte – *Anmerkung der Autorin*), solle nicht der Zweck der verschlossenen Rechtshilfe über den Umweg einer Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB doch noch erreicht werden. Nur wenn die Beschreitung des Rechtshilfewegs an sich zwar offen stehe, im Einzelfall aber praktisch unmöglich oder sinnlos sei, könne eine Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB erteilt werden. Im konkreten Fall erschien der Rechtshilfeweg nicht als zum Vornherein aussichtslos, weshalb das Gesuch um Bewilligung in jenem Zeitpunkt abgewiesen wurde.³⁷ Aus diesem Entscheid des Bundesrates spricht der an sich selbstverständliche Grundsatz, dass generell-abstrakte Rechts- oder Amtshilfenormen (oder allenfalls auch andere, insbesondere für Private anwendbare Bestimmungen über die Grenzen der Kooperation mit ausländischen Behörden) nicht durch eine gegenläufige Einzelfallbewilligung i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 StGB unterminiert werden sollen. Gestützt wird dieser Grundsatz letztlich auch durch die Tatsache, dass die Strafnorm selbst keine materiellen bzw. verwaltungsrechtlichen Bewilligungskriterien enthält.

3.2.4 Zuständigkeitsordnung für die Erteilung einer Bewilligung zur Vornahme einer Handlung für einen fremden Staat

Art. 31 Abs. 1 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV)³⁸ sieht vor, dass die Departemente und die Bundeskanzlei je «in ihrem Bereich über Bewilligungen nach Artikel 271 Ziffer 1 des Strafgesetzbuches zur Vornahme von Handlungen für einen fremden Staat entscheiden». Nach den jeweils anwendbaren Organisationserlassen kann diese Kompetenz auch weiter an die Bundesämter delegiert sein. Art. 31 Abs. 2 RVOV bestimmt für den Ausnahmefall, dass Fälle von politischer oder anderer grundsätzlicher Bedeutung dem Bundesrat zu unterbreiten sind. Diese Zuständigkeitsordnung kann nach der allgemein anerkannten juristischen Auslegungsregel der *lex specialis* selbstverständlich nur dann zur Anwendung kommen, wenn keine spezifischere Zuständigkeitsnorm Platz greift. Insbesondere enthalten Amts- und Rechtshilfebestimmungen normalerweise spezifische Kompetenz- und Verfahrensregelungen, die somit Vorrang vor der Zuständigkeitsordnung gemäss der RVOV haben.³⁹

³⁷ Entscheid des Bundesrates vom 25. Juni 1997, VPB 61.82, E. III. 2., IV und VI. Im konkreten Fall lag zwar bereits ein die Rechtshilfe ablehnender Entscheid vor, jedoch in erster Linie aufgrund von Formfehlern. Zudem war die Schweiz in der Zwischenzeit dem Haager Beweisaufnahmeübereinkommen beigetreten, welche die Rechtshilfebeziehungen auch mit den USA auf eine tragfähigere Grundlage stellte.

³⁸ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV), SR172.010.1.

³⁹ So z.B. für den Bereich der Aufsicht über Revisorinnen und Revisoren die Zuständigkeit der Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) für die Leistung von Amtshilfe gemäss Art. 27 Abs. 2 und Art. 28 Abs. 2 und 3 RAG.

Die notwendige Interessenabwägung zwischen Souveränitätsanspruch und Kooperationsinteresse für einen Einzelbewilligungsentscheid nach Art. 271 Ziff. 1 StGB ist daher im Fall, dass keine Amts- oder Rechtshilfebestimmung anwendbar ist, vom zuständigen Departement bzw. Amt oder in den Fällen von politischer oder anderer grundsätzlicher Bedeutung durch den Bundesrat ad hoc zu treffen.

3.3 Erlass einer verfassungsunmittelbaren Verordnung oder Verfügung des Bundesrates nach Art. 184 Abs. 3 BV

3.3.1 Allgemeines

In einer Situation, in der keine staatsvertragliche oder gesetzliche Lösung für einen bestimmten Rechts- und Souveränitätskonflikt besteht oder gefunden werden kann, kann von Fall zu Fall Art. 184 BV weiterhelfen. Diese Verfassungsbestimmung regelt die Zuständigkeiten des Bundesrates im Bereich der Besorgung der Beziehungen zum Ausland. In Abs. 3 des genannten Artikels wird der Bundesrat für kompetent erklärt zum Erlass von Verordnungen und Verfügungen, wenn die Wahrung der Interessen des Landes es erfordert. Verordnungen sind zu befristen und bei andauernder Regelungsbedürftigkeit und -fähigkeit einer bestimmten Situation ist eine solche Verordnung in ein Gesetz im formellen Sinn zu überführen.⁴⁰ Bei dieser Verfügungs- und Verordnungskompetenz handelt es sich um eine selbständige, verfassungsunmittelbare Zuständigkeit des Bundesrates, d.h. die Verfügung oder Verordnung stützt sich direkt auf die Bundesverfassung und nicht auf ein formelles Gesetz. Somit ersetzt eine Verfügung oder Verordnung gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV vom Grundsatz her ein Bundesgesetz und ist infolgedessen aus demokratischen und rechtsstaatlichen Gründen ein ausserordentliches Instrument. Der sachliche Anwendungsbereich dieser bundesrätlichen Kompetenz ist nicht abschliessend umschrieben – was angesichts der sich laufend verändernden aussenpolitischen Umstände auch gar nicht möglich wäre. Der Begriff der Landesinteressen steht dabei in engem Zusammenhang mit den auswärtigen, d.h. aussenpolitischen Interessen gemäss Art. 54 Abs. 1 BV und setzt voraus, dass Aussenpolitik immer auch Interessenwahrung sein soll.⁴¹ Sodann ist der Anwendungsbereich von Art. 184 Abs. 3 BV nicht trennscharf von jenem von Art. 185 Abs. 3 BV abgrenzbar; dieser enthält zwar ebenfalls eine ähnliche verfassungsunmittelbare Kompetenz des Bundesrates zum Erlass von Verfügungen und Verordnungen, hat aber Massnahmen zur Behebung von unmittelbar drohenden schweren Störungen der äusseren oder inneren Sicherheit zum Inhalt und damit einen polizeilichen und sicherheitspolitischen Fokus.⁴² In der Praxis stützt sich der Bundesrat allerdings des Öfteren auf beide Kompetenzartikel gleichzeitig. Für die vorliegende Untersuchung von Reaktionsmöglichkeiten auf einseitige rechtliche Massnahmen ausländischer Behörden dürften in aller Regel ausschliesslich aussenpolitische Interessen, nicht aber unmittelbar bedrohte sicherheitspolizeiliche oder -

Ein weiteres Beispiel ist die Zuständigkeit der ESTV für die Leistung von Amtshilfe gegenüber ausländischen Steuerbehörden, z.B. gemäss DBA-USA oder DBA-D.

⁴⁰ BGE 122 IV 258 E. 2.a, 123 IV 35 E. 3.a und 132 I 229 E. 4.3.

⁴¹ Vgl. THÜRER/TRUONG/SCHWENDIMANN, N. 20.

⁴² Vgl. THÜRER/TRUONG/SCHWENDIMANN, N. 18.

politische Interessen betroffen sein, weshalb hier Art. 185 Abs. 3 BV ausser Acht gelassen werden kann.

Dass es im Einzelfall sehr schwierig festzulegen und letztlich immer eine Wertungsfrage ist, welche Massnahmen zur Wahrung der Interessen des Landes genau gefordert bzw. zulässig sind, zeigt die Tatsache, dass die bisherigen Fälle der Ausübung der Kompetenzen gemäss Art. 184 Abs. 3 BV zuweilen politisch höchst umstritten waren. Nicht erst seit der Untersuchung der parlamentarischen Geschäftsprüfungsdelegation zum «Fall Tinner» gilt daher die Meinung als vorherrschend, dass der Bundesrat von seinen verfassungsunmittelbaren Kompetenzen aus staatsrechtlichen und staatspolitischen Überlegungen nur zurückhaltend Gebrauch machen sollte.⁴³ Mit Blick auf das schweizerische Verhältnis von (halbdirekter) Demokratie, Gewaltenteilung und Rechtsstaatlichkeit sind Befürchtungen im Zusammenhang mit einer allzu exzessiv genutzten Exekutivkompetenz denn auch nachvollziehbar. Rechtslehre und Praxis verlangen daher, dass die Ausübung der bundesrätlichen Kompetenzen von Massnahmen gemäss Art. 184 Abs. 3 BV die Voraussetzungen der Notwendigkeit, der Dringlichkeit und der Verhältnismässigkeit erfüllen.⁴⁴ Die Beurteilung dieser Kriterien ist nur unter Berücksichtigung der konkreten Umstände möglich. Faktisch wird der Bundesrat dementsprechend nebst den aussenpolitischen Interessen der Schweiz immer auch innenpolitische Aspekte erwägen, wenn er über den Erlass einer Verfügung oder einer Verordnung im Rahmen seiner verfassungsunmittelbaren Kompetenzen entscheiden muss.

3.3.2 Anwendbarkeit von Art. 184 Abs. 3 BV für die Lösung von Rechts- und Souveränitätskonflikten

Für die hier besonders interessierende Frage der Reaktion auf unilaterale rechtliche Massnahmen und die damit verbundenen Rechts- und Souveränitätskonflikte ist die verfassungsunmittelbare Kompetenz des Bundesrates zum Erlass von Verordnungen und Verfügungen von besonderer Bedeutung, wenn keine Rechts- oder Amtshilfebestimmung zur Lösung des Konflikts zur Verfügung steht oder sich die Bezugnahme darauf als nicht (mehr) zielführend erweist. Die Kompetenz nach Art. 184 Abs. 3 BV kann auch ausserhalb eines Bewilligungsverfahrens i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 StGB als Grundlage dienen für den Erlass z.B. eines Herausgabeverbotes an den von einer ausländischen rechtlichen Massnahme betroffenen Privaten: Der Bundesrat verfügte das im Kapitel 2.2.2. erwähnte Herausgabeverbot an die Marc Rich & Co. AG mit Bezugnahme auf seine bereits von der früheren Bundesverfassung vorgesehene Kompetenz. Auch im Fall UBS (vgl. oben 2.2.1.) hat der Bundesrat einen Entscheid über ein Herausgabeverbot gegenüber der UBS gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV getroffen, allerdings «nur» im Sinne eines vorbehaltenen Entschlusses unter bestimmten – hernach nicht eingetretenen – Voraussetzungen.⁴⁵ Interessanterweise hat er zuvor auch im umgekehrten Sinn eine Datenherausgabe an die USA erwogen, diese Möglichkeit aber aus prinzipiellen rechtsstaatli-

⁴³ Siehe den Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 19. Januar 2009, BBl 2009 5007, S. 5061. Für – weniger umstrittene – Fälle von Verordnungen gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV siehe THÜRER/TRUONG/SCHWENDIMANN, N. 21.

⁴⁴ Vgl. MAHON, N. 17.

⁴⁵ Siehe dazu die Medienmitteilung des EJPD vom 8. Juli 2009, verfügbar unter <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2009/ref_2009-07-08.html>, besucht am 20. November 2010.

chen Gründen verworfen.⁴⁶ Art. 184 Abs. 3 BV kann aufgrund seines weiten Anwendungsbereichs somit auch dazu dienen, eine Kooperationshandlung mit ausländischen Behörden in einem Einzelfall als zulässig zu erklären. Eine verfassungsunmittelbare Verfügung oder Verordnung muss aber, wie bereits ausgeführt, so oder so die Ausnahme bleiben.

3.4 Schlussfolgerungen

Ein Entscheid über Erteilung oder Ablehnung einer Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB beantwortet die Frage, in welchem Verhältnis aus schweizerischer Sicht der Grundsatz der Territorialität und der staatlichen Souveränität zum Kooperationsinteresse gegenüber einem anderen Staat steht. Wird eine bestimmte Handlung generell oder im Einzelfall zugelassen, so überwiegt das Kooperationsinteresse; wird sie nicht erteilt oder gar auf der Basis von Art. 184 Abs. 3 BV ein explizites Verbot erlassen, ist das Interesse des Souveränitätsschutzes als gewichtiger eingestuft worden. Weil Art. 271 Ziff. 1 StGB selber keine materiellen Bewilligungskriterien enthält, sollte sich ein solcher Entscheid im Grundsatz auf eine Amts- oder Rechtshilfenorm oder eine andere Norm über die zulässige Zusammenarbeit stützen können. Sofern keine Regelung in einem Staatsvertrag vereinbart worden ist, sind die Rechtsgrundlagen vorab in innerstaatlichen Gesetzes- oder zumindest Verordnungsnormen zu suchen, denn staatliches Handeln soll im Sinne des Legalitätsprinzips von Art. 5 Abs. 1 BV immer auf einem Rechtssatz beruhen. Diesbezüglich gilt es darauf hinzuweisen, dass Art. 164 Abs. 1 BV zudem verlangt, dass alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form eines Bundesgesetzes zu erlassen sind; dazu gehören auch Bestimmungen über Rechte und Pflichten von Personen (lit. c.), die Aufgaben und Leistungen des Bundes (lit. e.) oder die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden (lit. g). Eine Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB kann alle diese Aspekte berühren, insbesondere weil sie Rechte und Pflichten von Personen festlegt und Aufgaben und Leistungen des Bundes sowie die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden berührt.⁴⁷ Fehlt allerdings eine Rechtsgrundlage für die beabsichtigte Einzelfallbewilligung, steht nach geltendem Recht an sich nur Art. 184 Abs. 3 BV zur Verfügung.

⁴⁶ Vgl. die Botschaft zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfegesuch betreffend UBS AG sowie des Änderungsprotokolls vom 14. April 2010, BBl 2010 2965, S. 2975.

⁴⁷ Siehe für die Forderung nach einer formellgesetzlichen Grundlage im Bereich der Amtshilfe auch WYSS, S. 235 f. und S. 247. Eine im Falle des Vorliegens eines Staatsvertrags relevante (und bisher unbeantwortete) Frage ist, ob der Verordnungsgeber (d.h. der Bundesrat) Amtshilfefragen konkretisierend regeln darf (vgl. WYSS, S. 240).

3.5 Schematische Darstellung der bestehenden Handlungsmöglichkeiten

Schematisch lassen sich die bestehenden Handlungsmöglichkeiten bei einem aktuellen oder drohenden Rechts- und Souveränitätskonflikt nach dem zuvor Gesagten wie folgt darstellen:

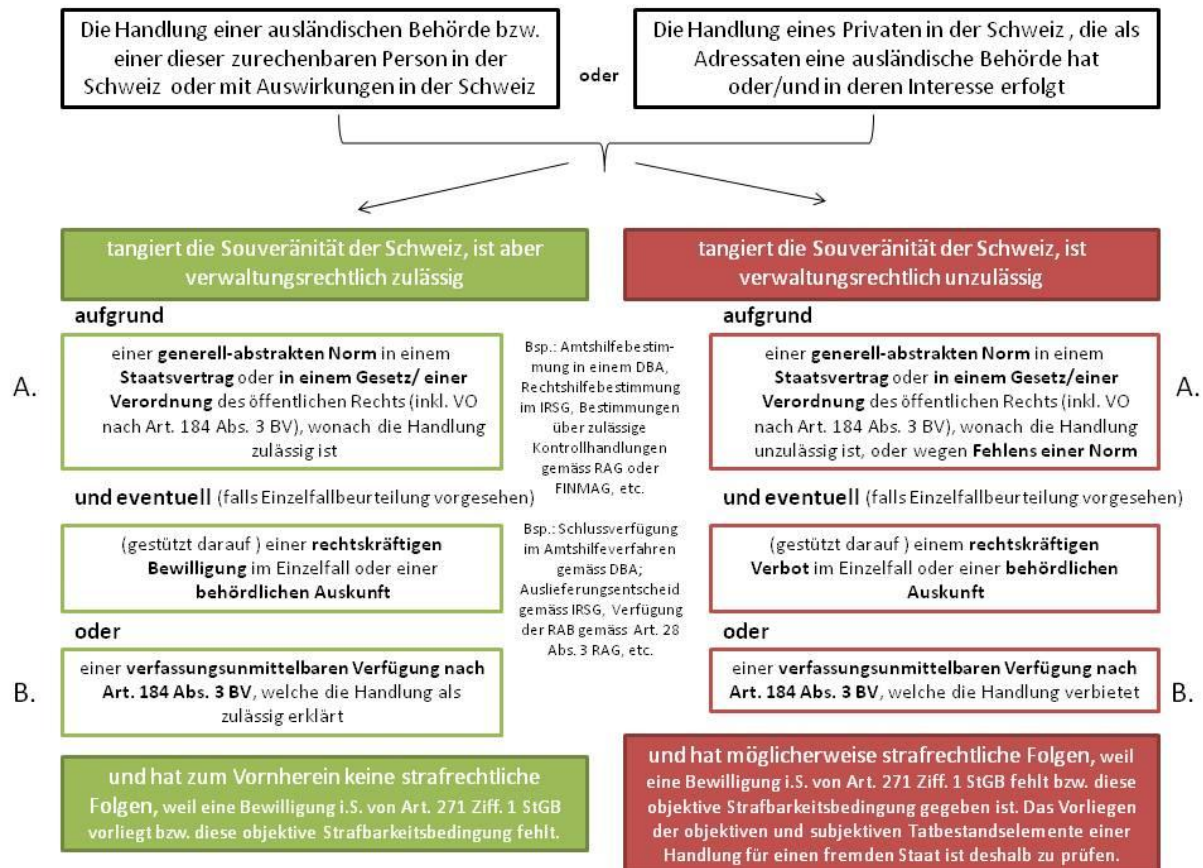


Abbildung 1: Handlungsmöglichkeiten nach geltendem Recht im Überblick

4 Bestehender Handlungsbedarf

4.1 Rechtsunsicherheiten im Bereich der Erteilung von Bewilligungen für Handlungen für einen fremden Staat

Eine erhebliche Rechtsunsicherheit ergibt sich nach der heutigen Rechtslage erstens dort, wo keine spezifische Norm zur grenzüberschreitenden Zusammenarbeit zwischen Behörden oder Privaten und ausländischen Behörden zur Verfügung steht, aber trotzdem Bedarf nach einer solchen Kooperation auszumachen ist. In vielen Fällen wird dann um eine Einzelfallbewilligung i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 StGB nachgesucht und entsprechende Bewilligungsentscheide verweisen in Ermangelung materieller bzw. verwaltungsrechtlicher Bewilligungskriterien meist direkt auf diese Strafnorm. Mit Blick auf die im Kapitel 3.4. erwähnten Anforderungen von Art. 5 Abs. 1 und Art. 164 Abs. 1 BV ist dieser Rechtszustand insgesamt unbefriedigend: Die normalerweise generell-abstrakt zu beantwortende Grundfrage des richtigen Verhältnisses zwischen Wahrung der Souveränität einerseits und Kooperationsinteresse andererseits muss hier ad hoc beantwortet werden, da Art. 271 Ziff. 1 StGB selbst wie erwähnt nicht weiterhilft. Nicht erstaunlich ist es daher, dass die verschiedenen für die Bewilligungserteilung zuständigen Departemente und Ämter eine sehr uneinheitliche Bewilligungspraxis entwickelt haben.⁴⁸ Zweitens bestehen auch dort, wo spezifische Rechts- oder Amtshilferegelungen anwendbar sind, unterschiedliche Standards hinsichtlich der den zugelassenen Handlungen auf schweizerischem Gebiet zu Grunde liegenden Interessenabwägung. Dies hat letztlich auch damit zu tun, dass für die Amtshilfe – anders als für die Rechtshilfe mit dem IRSG – keine Auffanggesetzgebung existiert, die auch die Funktion von «Minimal Standards» hätte. Nur für den Fall, dass es beim potenziellen Rechts- und Souveränitätskonflikt um die Übermittlung von Personendaten im Sinne des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG)⁴⁹ geht und eine staatsvertragliche oder gesetzliche Norm für die Übermittlung fehlt, kommt eine Auffangregelung zum Tragen: Art. 6 Abs. 2 DSG, welcher auf Behörden wie auch auf Private anwendbar ist, sieht bestimmte, alternativ zur Anwendung kommende Voraussetzungen für die Bekanntgabe von Personendaten ans Ausland vor, die auch im Verfahren zur Erteilung einer Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB zu beachten sind. Notwendig ist etwa die Einwilligung des Betroffenen (lit. b) oder ein überwiegendes öffentliches Interesse (lit. d).⁵⁰

Besonders fragwürdig ist es drittens, wenn in gewissen Bereichen offenbar mittels Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB schon fast standardmässig geltendes – und zumeist strengeres – Amts- oder Rechtshilferecht laufend unterminiert wird, um damit den häufig erheblich aufwändigeren und länger dauernden Amts- oder Rechtshilfeweg umgehen zu können.⁵¹ Nicht

⁴⁸ Vgl. die Übersichtstabelle zur Bewilligungspraxis der verschiedenen Departemente und Ämter im Anhang zum Protokoll der Arbeitsgruppe zu Art. 271 StGB/Art. 31 RVOV vom 14. September 2010 (unveröffentlicht).

⁴⁹ Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG), SR 235.1.

⁵⁰ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) und zum Bundesbeschluss betreffend den Beitritt der Schweiz zum Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung vom 19. Februar 2003, BBl 2003 2101, S. 2129.

⁵¹ Dies ist etwa der Fall bei Bewilligungen zur sogenannten selbständigen Beweisaufnahme; vgl. dazu FREI, S. 74 und HONEGGER/KOLB, S. 44.

verschwiegen sei in diesem Zusammenhang, dass es auch zu Situationen kommen kann, in denen die ausländischen Behörden erheblichen Druck auf die betroffenen Privaten und/ oder die schweizerischen Behörden machen, obwohl das zu Grunde liegende Problem an sich mit Hilfe einer bestehenden Amts- und Rechtshilferegelung gelöst werden könnte.⁵²

Und viertens ist es denkbar, dass in einem Einzelfall gerade aus staatspolitischem Interesse die Notwendigkeit für den ausnahmsweisen Vorrang einer ad-hoc-Bewilligung besteht; wird der Weg über eine solche Bewilligung allerdings zur Regellösung in immer gleichen oder ähnlichen Situationen, so sollte konsequenterweise eine Erweiterung oder Anpassung des anwendbaren Staatsvertrags oder der innerstaatlichen Rechtsnorm ins Auge gefasst werden – auch wenn die Tatsache zu berücksichtigen ist, dass sich die Kooperationsbedürfnisse von ausländischen Behörden und von Privaten in den diversen Politikbereichen sehr rasch wandeln können und sich infolgedessen auch die relevante Auffassung davon, welche Massnahmen für die schweizerische Souveränität als unproblematisch zu erachten sind, verändern kann.

Zusammenfassend lassen sich die wichtigsten hier detektierten Rechtsunsicherheiten im Schema der bestehenden Handlungsmöglichkeiten folgendermassen verorten:

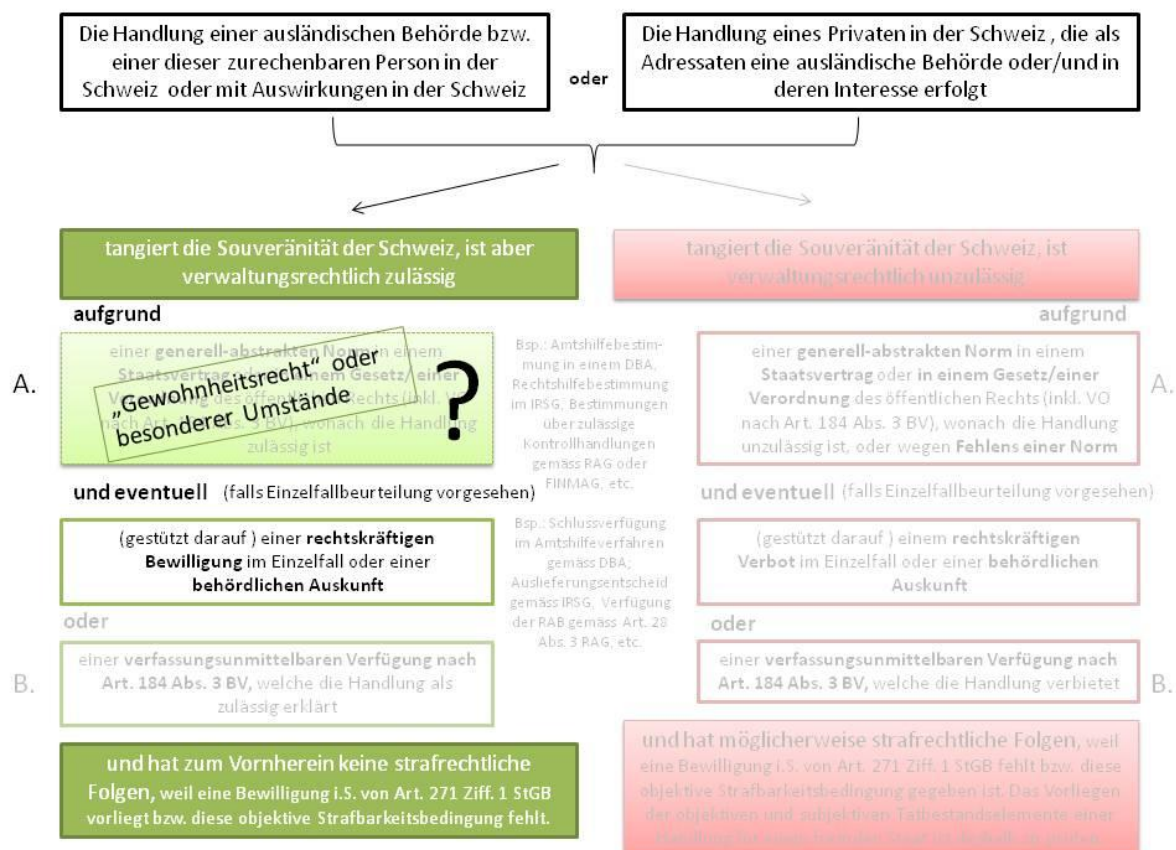


Abbildung 2: Rechtsunsicherheiten bei der Erteilung einer Bewilligung von Handlungen für einen fremden Staat

⁵² Um einen solchen Fall handelte es sich eigentlich auch im oben angesprochenen «Fall UBS» (siehe dazu Kapitel 2.2.1.); allerdings wurde zur Lösung dieses Problems nicht eine Einzelfallbewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB erteilt, sondern ein eigenständiger Staatsvertrag ausgehandelt; an sich wäre das geltende DBA-USA einzuhalten gewesen. Siehe zu diesem Themenbereich auch HONEGGER/KOLB, S. 10 und 42.

Ein inzwischen auch von den Geschäftsprüfungskommissionen von National- und Ständerat thematisiertes und als problematisch eingestuftes Beispiel⁵³ aus jüngerer Zeit für eine Bewilligung ohne spezifische Rechtsgrundlage – dafür mit grosser politischer Bedeutung – ist die Bewilligung, die das EFD am 7. November 2000 gegenüber der Schweizerischen Bankiervereinigung erteilt hat, damit Schweizer Finanzintermediäre mit dem IRS ein sogenanntes Qualified Intermediary Withholding Agreement (QIA) abschliessen konnten. Mit einer Verfügung unter Bezugnahme auf Art. 271 Ziff. 1 StGB bewilligte das EFD in einem generellen und unbefristeten Sinne, dass die im QI vorgesehenen Handlungen auf schweizerischem Gebiet vollzogen werden dürfen, insbesondere die Vornahme von Quellensteuerabzügen nach amerikanischem Recht, die Abgabe von Informationen zu deren Vornahme an Dritte und die Durchführung von Kontrollen über diese Tätigkeit.⁵⁴

4.2 Fehlende gesetzliche Grundlagen im Bereich von Herausgabeverboten und ähnlichen Massnahmen

Für den Erlass eines Herausgabeverbots ausserhalb eines Bewilligungsverfahrens i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 StGB besteht im geltenden Recht wie schon gesagt keine gesetzliche Grundlage. Im Sinne der oben erwähnten Grundsätze von Art. 5 Abs. 1 und 164 Abs. 1 BV muss es infolgedessen als ein klarer Mangel erscheinen, dass für solche «Blocking orders» keine generell-abstrakte Regelung auf Gesetzesstufe besteht. Geht man davon aus, dass die Fälle Rich & Co. und UBS AG keine Einzelfälle bleiben werden, weil die globalisierte Handels- und Wirtschaftstätigkeit von schweizerischen Unternehmen und daher auch die damit verbundenen Rechts- und Souveränitätskonflikte tendenziell eher noch zu- als abnehmen werden, so muss der Gesetzgeber in diesem Bereich zur Lösung der potenziellen Probleme tätig werden.

Ein vergleichbares Problem bestand bis vor Kurzem im Bereich der Blockierung bzw. Rückgabe von unrechtmässig erworbenen Vermögenswerten politisch exponierter Personen, speziell ehemaliger Staatsoberhäupter. Hier haben die Eidgenössischen Räte kürzlich einer Gesetzesvorlage zugestimmt, wonach solche Gelder künftig blockiert und den betroffenen Staaten zurückerstattet werden können.⁵⁵ In Zukunft wird für einen Blockierungsentscheid also nicht mehr Art. 184 Abs. 3 BV bemüht werden müssen,⁵⁶ sondern es steht ein geregeltes Verfahren auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage zur Verfügung.

⁵³ Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA, Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrates und des Ständerates vom 30. Mai 2010, S. 139 f. und 322 f., verfügbar 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>>, besucht am 20. November 2010.

⁵⁴ Vgl. die Bewilligung des EFD vom 7. November 2000 (nicht veröffentlicht).

⁵⁵ Bundesgesetz über die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte politisch exponierter Personen (RuVG) vom 1. Oktober 2010, BBl 2010 6563 (noch nicht in Kraft gesetzt).

⁵⁶ Vgl. dazu THÜRER/TRUONG/SCHWENDIMANN, N. 23, sowie BGE 132 I 229.

4.3 Handlungsbedarf de lege ferenda

Aus der Analyse des geltenden Rechts und der diskutierten Regelungslücken und Rechtsunsicherheiten ergeben sich folgende Erkenntnisse zum Handlungsbedarf de lege ferenda:

1. Die rechtliche Konzeption von Art. 271 Ziff. 1 StGB setzt voraus, dass sich eine Bewilligung für die Vornahme von Handlungen für einen fremden Staat auf materielle, d.h. verwaltungsrechtliche Bewilligungskriterien in einer genügenden gesetzlichen Grundlage stützen können muss. Hauptsächlich im Bereich der (sektoriell geregelten) Amtshilfe bestehen diesbezüglich erhebliche Regelungslücken und damit Rechtsunsicherheiten, welche ausgeräumt werden sollten. De lege ferenda sollte daher eine Auffangregelung ins Auge gefasst werden, ähnlich wie dies im Bereich von Personendaten mit Art. 6 DSGVO bereits der Fall ist. Für die Rechtshilfe in Strafsachen steht mit dem IRSG ein subsidiär zu den Rechtshilfeverträgen zur Anwendung gelangendes Regelwerk zur Verfügung, weshalb hier wohl kein Bedarf für eine weitere Auffangregelung besteht. Die Überschneidungen zur Amtshilfe und zum Bewilligungsverfahren nach Art. 271 Ziff. 1 StGB sollten bei der Rechtshilfe aber dennoch überprüft werden.
2. Aus der Auffangregelung müssten sich insbesondere die Kriterien für die vorzunehmende Interessenabwägung zwischen Wahrung der schweizerischen Souveränität und legitimen Kooperationsansprüchen ergeben. Aus diesen Regelungen ergäbe sich gleichzeitig auch eine Art «Minimal Standard»-Vorschrift für sektorielle Amtshilferegungen.
3. Ferner sollte versucht werden, ausgehend vom tatbestandsmässigen Handeln nach Art. 271 Ziff. 1 StGB, eine gesetzliche Definition der nicht gebietshoheitsrelevanten bzw. nicht bewilligungspflichtigen Handlungen zu finden. Dies würde insbesondere zu mehr Rechtssicherheit für Private führen, wenn sie von ausländischen Behörden zu bestimmten Handlungen aufgefordert werden. Gestützt auf eine solche Definition könnten auch die zuständigen schweizerischen Behörden problemloser behördliche Auskünfte über die Zulässigkeit der beabsichtigten Handlung oder aber eine Bewilligung dafür erteilen oder ablehnen.
4. Zu überlegen ist auch die Einführung einer Kompetenz, wonach unter bestimmten, engen Voraussetzungen von geltenden Amts- und Rechtshilfebestimmungen abgewichen werden und somit eine Ausnahmbewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB erteilt werden dürfte.
5. Zu beantworten wären zudem die heute offenen Verfahrensfragen rund um das Bewilligungsverfahren nach Art. 271 Ziff. 1 StGB i.V.m. Art. 31 RVOV. Insbesondere sollte eine klare Regelung über die Rechtsnatur der Bewilligung und die daraus folgenden allfälligen Beschwerdemöglichkeiten getroffen werden. Zu überprüfen ist sodann auch die Zuständigkeit für die Erteilung der Bewilligung.
6. Des Weiteren sollte eine gesetzliche Regelung für den Erlass von Herausgabeverboten (und allfälligen ähnlichen Massnahmen) und dadurch eine Konkretisierung der heutigen verfassungsunmittelbaren Kompetenz des Bundesrates nach Art. 184 Abs. 3 BV ins Auge gefasst werden.

5 Konzeption eines «Souveränitätsschutzgesetzes»

5.1 Ziele eines «Souveränitätsschutzgesetzes»

Ziel von legislatorischen Massnahmen und möglicherweise eines eigentlichen «Souveränitätsschutzgesetzes» ist es, die schweizerische Gebietshoheit und Souveränität soweit als nötig gegen unrechtmässige Übergriffe fremder Rechtsordnungen zu schützen und in Ergänzung zu den Amts- und Rechtshilfenormen Handlungsinstrumente zur Vorbeugung oder Beseitigung von Rechts- und Souveränitätskonflikten zur Verfügung zu stellen. Zu diesem Zweck soll einerseits das Verfahren zur Bewilligung einer Handlung für einen fremden Staat materiell und formell systematisiert und reguliert werden. Kern dieser Normierung ist eine (Auffang-) Regelung für die zulässige Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden sowohl von schweizerischen Behörden als auch von Privaten. Andererseits soll mit der Kompetenz des Bundesrates zum Erlass von Herausgabeverboten und ähnlichen Massnahmen zum Schutz der Souveränität eine neue gesetzlich verankerte Reaktionsmöglichkeit auf drohende oder bereits bestehende Rechts- und Souveränitätskonflikte geschaffen werden.

5.2 Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Die auswärtigen Angelegenheiten sind gemäss Art. 54 Abs. 1 BV Sache des Bundes. Diese Zuständigkeit ist eine allgemeine und umfassende, und es gehört dazu auch die Gesetzgebung betreffend grenzüberschreitende Sachverhalte.⁵⁷ Nach Abs. 2 dieser Verfassungsbestimmung setzt sich der Bund u.a. ein für die Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz, was einen möglichst hohen Grad der Selbstbestimmung der eigenen Zukunft bedeutet.⁵⁸ Art. 101 Abs. 1 BV erklärt zudem die Wahrung der Interessen der schweizerischen Wirtschaft im Ausland zur Bundessache. Es liegt aus diesen Gründen in der Rechtsetzungskompetenz des Bundes, Regelungen zur Wahrung der schweizerischen Souveränität und zur Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden zu treffen. Von Bedeutung ist sodann Art. 184 Abs. 1 BV, wonach die auswärtigen Angelegenheiten durch den Bundesrat zu besorgen sind, dies unter Wahrung der Mitwirkungsrechte der Bundesversammlung.

5.3 Adressatenkreis

Gesetzgeberische Massnahmen im Bereich Kooperation und Souveränitätsschutz richten sich primär an die mit der Amts- und Rechtshilfe befassten schweizerischen Behörden und an den Bundesrat. Sodann sind natürliche und juristische Personen in der Schweiz angesprochen, deren Rechte und Pflichten von solchen Amts- und Rechtshilfebegehren betroffen sind und/oder die von sich aus mit ausländischen Behörden kooperieren wollen. Schliesslich richten sich die Bestimmungen an ausländische Behörden, welche auf schweizerischem Gebiet eine behördliche Handlung vornehmen wollen oder anderweitig den Anspruch stellen, dass die fremde Rechtsordnung in der Schweiz direkte oder indirekte Rechtswirkungen zeitigt.

⁵⁷ EHRENZELLER/KLEY/LUTZ/PFISTERER, N. 4 und 6.

⁵⁸ EHRENZELLER/KLEY/LUTZ/PFISTERER, N. 22.

5.4 Zu regelnde Aspekte materiellrechtlicher Natur

5.4.1 Auffangregelung für die Leistung von Amtshilfe

5.4.1.1 Grundidee

Existiert für einen bestimmten Fall schweizerischerseits zwar das Bedürfnis oder die Notwendigkeit für eine Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden, hingegen keine entsprechende Rechtsgrundlage im Amts- und Rechtshilferecht, so soll künftig eine Auffangregelung Platz greifen, welche die Grundsätze der erlaubten Zusammenarbeit enthält. Es handelt sich dabei um eine Rechtsgrundlage für die Erteilung einer Einzelfallbewilligung i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 StGB zur Füllung der im Kapitel 4.1. festgestellten Regelungslücken. Es wird noch vertiefter Untersuchungen der geltenden Spezialgesetzgebung bzw. der anwendbaren Staatsverträge bedürfen, um entscheiden zu können, ob eine solche Auffangregelung nur für den verwaltungsrechtlichen Amtshilfebereich nötig ist, oder ob auch in der Rechtshilfe in Strafsachen und allenfalls auch in Zivilsachen Lücken bestehen. Hier werden die Überschneidungen zur Amtshilfe und zum Verfahren für die Bewilligung einer Handlung für einen fremden Staat noch genauer zu untersuchen sein.

5.4.1.2 Bewilligungskriterien

Das von Art. 271 Ziff. 1 StGB angesprochene Bewilligungsverfahren muss auf einer Abwägung des Interesses zur Wahrung der schweizerischen Gebietshoheit und Souveränität einerseits und des Interesses zur Kooperation und zur Beachtung anderer aussenpolitischer Aspekte sowie der Interessen der betroffenen Privaten andererseits beruhen. Vor diesem Hintergrund sollen die Bewilligungskriterien für die Auffangregelung entlang folgenden Prüfprogramms festgelegt werden:

- Besteht ein Rechtskonflikt?
- Hat dieser Rechtskonflikt grundsätzlich das Potenzial für einen aussenpolitisch erheblichen Konflikt?
- Welche Ansprüche und Interessen macht die ausländische Behörde resp. der fremde Staat geltend?
- Welche aussen- und innenpolitischen Interessen hat die Schweiz im konkreten Fall?
- Welche privaten Ansprüche und Interessen, insbesondere grundrechtlich geschützte Positionen, speziell auch von Drittpersonen, sind betroffen?
- Welchen Eingriffsgrad (unselbständige/ selbständige Amtshandlung, indirekte/ direkte Anwendbarkeit des ausländischen Rechts, etc.) in die schweizerische Gebietshoheit und Souveränität soll die zu bewilligende Handlung haben?
- Kann der beabsichtigte Eingriffsgrad mit Hilfe von Auflagen gesenkt werden?

Es kann an dieser Stelle noch nicht gesagt werden, ob sich dieses Prüfprogramm zu «harten» konkreten Bewilligungskriterien verdichten lässt. Zuvor wird ein Vergleich mit bestehenden Amts- und Rechtshilfenormen noch detailliert zeigen müssen, ob sich daraus Standardbewilli-

gungskriterien bzw. «Minimal Standards» ableiten lassen. Zu bedenken ist dabei auch, inwieweit harte Bewilligungskriterien zu einem Rechtsanspruch führen sollen. Eine mögliche Alternative dazu wäre, dass der Gesetzgeber die zuständige Behörde verbindlich anweisen würde, die erwähnten Aspekte bei der Erteilung bzw. Ablehnung einer Bewilligung zu prüfen und ihre Erwägungen entsprechend nachvollziehbar auszugestalten.

5.4.1.3 Verhältnis zu anderen Normen

Der Gesetzgeber soll mit Hilfe einer Kollisionsnorm klarstellen, dass speziellere Amts- und Rechtshilfenormen bzw. andere Normen über die zulässige Kooperation Vorrang haben vor der hier diskutierten Auffangregelung. Insbesondere sollen die Bewilligungskriterien gemäss «Souveränitätsschutzgesetz» grundsätzlich nur dann zur Anwendung kommen, wenn bestehende Amts- oder Rechtshilfe Regelungen überhaupt Raum dafür lassen. Ziel der Kollisionsnorm ist die Verhinderung einer Umgehungsmöglichkeit hinsichtlich strengerer Spezialnormen (siehe allerdings eine mögliche Ausnahme dazu nachfolgend unter 5.4.3.).

5.4.2 Bewilligungsfreies Handeln

Es erscheint zum Zwecke der Herstellung erhöhter Rechtssicherheit sinnvoll, dass der Gesetzgeber ausgehend vom Tatbestand der Handlung für einen fremden Staat eine verwaltungsrechtliche Definition des nicht gebietshoheitsverletzenden und damit bewilligungsfreien Handelns festlegt. Diese Klarstellung dient speziell denjenigen privaten natürlichen und juristischen Personen in der Schweiz, die grenzüberschreitend tätig sind und in diesem Rahmen des Öfteren bestimmte Informationen an ausländische Behörden übermitteln sollen oder wollen. Zu berücksichtigen sind dabei die folgenden Punkte:

- Es darf um keine Handlung gehen, die nach schweizerischem Recht hoheitlich und damit Sache der Behörden ist.
- Es handelt sich insbesondere nicht um eine Beweiserhebung in Zivil- und Strafsachen.
- Eine rechtspolitische Entscheidung wird gefordert sein bei der Frage, welche prozessvorbereitenden Handlungen die schweizerische Gebietshoheit nicht tangieren: Folgt man dem Bundesgericht, müsste verlangt werden, dass es generell um keine prozessvorbereitende Handlung gehen darf.⁵⁹ Folgt man hingegen einem bedeutenden Teil der Rechtslehre, so wären die gebietshoheitsverletzenden Handlungen nur jene, deren Ergebnisse in grundsätzlich verwertbarer Weise in ein ausländisches Verfahren eingebracht werden können. Nicht gebietshoheitsrelevant wären infolgedessen rein prozessvorbereitende Befragungen zur Abklärung von Prozesschancen und -risiken.⁶⁰

Der Gesetzgeber könnte über diese Klarstellung hinaus explizit vorsehen, dass Private einen Anspruch auf behördliche Auskünfte über die Zulässigkeit bestimmter Handlungen zu Gunsten von ausländischen Behörden haben. Zweck wäre die Erhöhung der Rechtssicherheit bei

⁵⁹ BGE 114 IV 128 E. 1 und 4.

⁶⁰ Vgl. zu diesen Abgrenzungsfragen HOPF, N. 15 mit weiteren Hinweisen.

grenzüberschreitenden Handlungen wie z.B. bei einer Auskunftserteilung über in der Schweiz hergestellte Produkte mit dem Ziel einer Zulassung im Ausland.

5.4.3 Ausnahmewilligungen

Erfahrungen der Bundesverwaltung zeigen, dass in an sich durch Amts- oder Rechtshilfe geregelten Bereichen oftmals explizit um Einzelbewilligungen i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 StGB nachgesucht wird, z.B. weil die bestehenden Regelungen als zu kompliziert und zu einschränkend empfunden werden.⁶¹ Zu prüfen ist daher, ob für besondere Situationen, in denen die Einhaltung von bestehenden Amts- und Rechtshilfenormen tatsächlich als nicht zielführend erscheint, eine ausdrückliche Möglichkeit zur ausnahmsweisen Bewilligung einer Handlung zu Gunsten eines fremden Staats in Abweichung von geltenden Amts- und Rechtshilfebestimmungen vorzusehen ist. Eine solche Ausnahmewilligung dürfte aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit, der Rechtsgleichheit, der Rechtssicherheit sowie der konzeptionellen Logik in Bezug auf das Verhältnis zwischen Art. 271 Ziff. 1 StGB und bestehenden Amts- und Rechtshilfe Regelungen nur unter ganz bestimmten, einschränkenden Voraussetzungen erteilt werden. Denkbar sind etwa die folgenden Voraussetzungen:

- Bestehen eines akuten Rechts- und Souveränitätskonflikts von besonderer Schwere (z.B. schwere aussenpolitische Konsequenzen, besonders negative Auswirkungen auf die schweizerische Volkswirtschaft, etc.)
- Bestehen einer besonderen Dringlichkeit
- Keine Einschränkung von Rechten bzw. Ausweitung von Pflichten von Privaten im Vergleich zu den im Regelfall anwendbaren Amts- und Rechtshilfebestimmungen

Zuständig für die Anwendung einer solchen Ausnahmeklausel müsste der Bundesrat und nicht ein Departement oder ein Amt sein, da ein solches Vorgehen per se besondere politische und rechtlich grundsätzliche Bedeutung hätte. Bei einer weiteren Prüfung einer Regelung über eine Ausnahmewilligung soll nebst den bereits erwähnten Bedenken auch in Erwägung gezogen werden, dass eine solche Möglichkeit geradezu als Einladung verstanden werden könnte, geltendes Recht zu umgehen. Übrig bliebe dann aus grundsätzlichen Überlegungen eventuell nur noch eine Ausnahmewilligung für Fälle der Gesetzesergänzung, was wohl wieder deckungsgleich mit der unter 5.4.1. besprochenen Auffangregelung wäre. Zudem ist eine gesetzliche Regelung von Ausnahmewilligungen auch vor dem Hintergrund der immer zur Verfügung stehenden Kompetenz des Bundesrates zum Erlass von verfassungsunmittelbaren Verordnungen oder Verfügungen nach Art. 184 Abs. 3 BV bzw. einem neuen Instrument gemäss Kapitel 5.4.4. in einer nächsten Phase nochmals genau zu analysieren.

⁶¹ Dies ergibt sich aus Auskünften verschiedener Personen der Arbeitsgruppe zu Art. 271 StGB /Art. 31 RVOV sowie aus den Erfahrungen des BJ insbesondere im Bereich der Rechtshilfe.

5.4.4 Kompetenz zum Erlass von präventiven Herausgabeverboten und anderen Massnahmen ausserhalb von Bewilligungsverfahren

Das «Souveränitätsschutzgesetz» soll nebst den bereits erwähnten Aspekten den Bundesrat für zuständig zum Erlass von Herausgabeverboten («Blocking Orders») oder allfälligen ähnlichen Massnahmen erklären. Sinn einer solchen Kompetenz ist es, ein Instrument für besondere Rechts- und Souveränitätskonflikte zu schaffen, um einerseits der schweizerischen Position gegenüber dem involvierten ausländischen Staat besonderen Nachdruck zu verleihen und andererseits gegenüber den betroffenen Privaten Rechtssicherheit herzustellen. Inhaltlich wird es dabei also um eine Bekräftigung der Geltung des jeweils betroffenen schweizerischen Gesetzes- und/ oder Staatsvertragsrechts gehen, das einer Datenherausgabe oder einer anderen verlangten Massnahme gerade entgegensteht – wie dies in den Fällen Rich und UBS der Fall war. Mit dem Erlass eines solchen Verbots würde im Voraus explizit darauf hingewiesen, dass eine Datenherausgabe nach schweizerischem Recht unzulässig sei und strafrechtlich geahndet werde. Ein solches Verbot hätte daher nebst der rechtlichen hauptsächlich eine aussenpolitische Bedeutung und eignete sich daher wohl nur in Fällen, in denen sich eine ganz besondere Drucksituation manifestiert. Für die konkrete Ausgestaltung sollen die folgenden Punkte berücksichtigt werden:

- Eine Regelung über Herausgabeverbote und allfällige ähnliche Massnahmen soll als Kann-Bestimmung formuliert sein, welche dem Bundesrat genügend Ermessensspielraum belässt, um die konkreten Umstände der Situation und speziell die aussenpolitischen Aspekte ausreichend würdigen zu können. Besonders zu berücksichtigen sind drohende Gegenmassnahmen als Reaktion auf einen solchen «Blocking Order».
- Als Ausgangspunkt für die Formulierung von Voraussetzungen soll Art. 184 Abs. 3 BV dienen, der von der Wahrung der Interessen des Landes spricht. Konkretisiert werden kann dieser Ansatz mit Blick auf Lehre und Praxis etwa mit einer Voraussetzung, wonach ein akuter Rechts- und Souveränitätskonflikt von besonderer Schwere und besonderer Dringlichkeit (z.B. schwere aussenpolitische Konsequenzen, besonders negative Auswirkungen für den betroffenen Privaten und/ oder die Schweiz als Ganzes, etc.) drohen muss.

5.5 Zu regelnde Aspekte verfahrensrechtlicher Natur

5.5.1 Rechtsnatur von Bewilligungen nach Art. 271 Ziff. 1 StGB und von Herausgabeverboten

Der Bundesrat hat mit sehr knapper Begründung in seiner Entscheid im Fall der Vermögenswerte des ehemaligen philippinischen Präsidenten Marcos⁶² festgehalten, dass eine Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB die Gesuchsteller unmittelbar in ihrer Rechtsstellung berühre, weshalb es sich dabei um eine Verfügung nach Art. 5 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)⁶³ handle. In der Praxis der Departemente wird die Bewilligung hinge-

⁶² Entscheid des Bundesrates vom 25. Juni 1997, VPB 61.82, E. II. 4.

⁶³ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG), SR 172.021.

gen nicht in jedem Fall als Verfügung eingestuft resp. ausgestaltet.⁶⁴ Der Gesetzgeber sollte hier Klarheit schaffen. Für eine künftige Regelung ist m.E. zu unterscheiden zwischen dem Fall, in welchem das Bewilligungsgesuch von einer ausländischen Behörde gestellt wird, und jenem, in welchem eine Privatperson um eine Bewilligung ersucht oder davon betroffen ist. In der ersten Konstellation ist aus völkerrechtlicher Sicht entscheidend, dass ein anderer Staat an sich nicht Rechtsunterworfen der schweizerischen Gesetzgebung ist. Es ist deshalb in der Rechts- und Amtshilfe Usus, dass der gesuchstellenden Behörde ein Entscheid per diplomatische Note und nicht per Verfügung mitgeteilt wird. An dieser Praxis kann festgehalten werden. Gegenüber privaten Gesuchstellenden oder sonstigen Betroffenen, welche der schweizerischen Rechtsordnung unterstehen, lassen die Kriterien von Art. 5 VwVG für die Qualifikation einer Handlung als Verfügung allerdings nur eine Lösung zu, nämlich die Einordnung der Bewilligung i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 StGB als Verfügung: Erstens handelt es sich dabei um eine Anordnung einer Behörde in einem Einzelfall, gestützt auf öffentliches Recht des Bundes (Art. 5 Abs. 1 VwVG),⁶⁵ denn das zuständige Departement oder der Bundesrat wendet hier geltendes Amts- und Rechtshilferecht oder künftig die hier vorgeschlagene Auffangregelung an. Zweitens werden mit dieser Bewilligung je nach Situation Rechte und Pflichten begründet, aufgehoben oder geändert (lit. a), solche Rechte und Pflichten festgestellt (lit. b) oder die Begründung, Aufhebung, Änderung oder Feststellung von Rechten und Pflichten umgekehrt abgelehnt (lit. c), indem die Vornahme einer Handlung für einen fremden Staat entweder – allenfalls unter bestimmten Auflagen – bewilligt oder nicht bewilligt wird. Die gleichen Bedingungen sind bei einem Herausgabeverbot durch den Bundesrat erfüllt. Zusammenfassend ist daher zu empfehlen, dass der Erlass einer Verfügung ausdrücklich verlangt wird.

5.5.2 Beschwerdemöglichkeit

Aus der Rechtsnatur der Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB als Verfügung ergibt sich, dass diese nach Art. 44 VwVG grundsätzlich der Anfechtung mittels Beschwerde unterliegt. Gemäss Art. 72 lit. a VwVG i.V.m. Art. 32 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG)⁶⁶ ist der Bundesrat – und nicht das Bundesverwaltungsgericht – zuständig für die Beurteilung von Verfügungen auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt. Diese Ausnahme zur richterlichen Beurteilung ist mit der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV vereinbar und auch sinnvoll, weil auswärtige Angelegenheiten hochgradig politisch und damit

⁶⁴ Vgl. dazu die Übersichtstabelle zur Bewilligungspraxis der verschiedenen Departemente und Ämter im Anhang zum Protokoll der Arbeitsgruppe zu Art. 271 StGB/Art. 31 RVOV vom 14. September 2010 (unveröffentlicht), sowie Schreiben des BJ vom 10. November 2009 an das Generalsekretariat EVD, welches die Frage der Einstufung als Verfügung letztlich offen lässt. WYSS, S. 243, verlangt für Amtshilfehandlungen zumindest im Fall, wo Rechtspositionen irreversibel umgestaltet werden sollen, eine Verfügung.

⁶⁵ Mit öffentlichem Recht des Bundes ist nach herrschender Lehre Bundesverwaltungsrecht gemeint; allerdings gibt es gute Gründe, um daneben auch Akte mit einer unmittelbaren Grundlage im Verfassungsrecht als Verfügung einzustufen (siehe dazu MÜLLER M., N. 34). Ein individuell-konkretes Herausgabeverbot des Bundesrates gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV ist jedenfalls schon gemäss Verfassungswortlaut eine Verfügung nach Art. 5 Ziff. 1 VwVG.

⁶⁶ Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG), SR172.32.

nicht justiziabel sind. Wie zuvor erwähnt, ist bei der Erteilung einer Bewilligung einer Handlung für einen fremden Staat, insbesondere in von Amts- und Rechtshilfe unregulierten Bereichen, immer eine Interessenabwägung zwischen dem Souveränitätsanspruch der Schweiz und dem Kooperationsinteresse (das sich wiederum aus betroffenen privaten und öffentlichen und insbesondere auch ausserpolitischen Interessen ergibt) vorzunehmen. Eine solche Bewilligung kann ohne Weiteres unter den Begriff der übrigen auswärtigen Angelegenheiten gemäss Art. 72 lit. a VwVG bzw. Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG subsumiert werden.⁶⁷ Allerdings ist zu prüfen, ob eine entsprechende Klarstellung des Gesetzgebers vorzunehmen ist. Dabei würde ausdrücklich vorgesehen, dass es um eine auswärtige Angelegenheit mit Beschwerdemöglichkeit an den Bundesrat (und nicht an das Bundesverwaltungsgericht) geht – mit Ausnahme derjenigen Fälle, die wegen ihrer (besonderen) politischen oder grundsätzlichen Bedeutung direkt vom Bundesrat zu entscheiden sind (vgl. das übernächste Kapitel 5.5.4.). Bei einem Herausgabeverbot (siehe dazu oben, Kapitel 5.4.4.) handelt es sich wegen dessen potenziell grosser ausserpolitischer Bedeutung eindeutig ebenfalls um einen nicht justiziablen Entscheid des Bundesrates.

5.5.3 Dezentrale oder zentrale Zuständigkeit im Normalfall?

5.5.3.1 Vorbemerkung: SWOT-Analyse

Nach Art. 31 Abs. 1 RVOV sind, wie zuvor unter 3.2.4. erläutert, die Departemente und die Bundeskanzlei je in ihrem Bereich zur Erteilung von Bewilligungen i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 StGB zuständig. Gestützt auf die jeweils anwendbaren Organisations- und Delegationsnormen kann die Bewilligungserteilung auch an Ämter oder ausgelagerte Organisationseinheiten delegiert sein, was tatsächlich häufig der Fall ist.⁶⁸ Zur Förderung einer einheitlicheren Bewilligungspraxis im Bereich von Handlungen für einen fremden Staat ist es denkbar, nebst der gesetzgeberischen Einführung von materiellen Bewilligungskriterien und formellen Verfahrensregeln auch die Zuständigkeiten für die Bewilligungserteilung neu zu organisieren und beispielsweise eine zentrale Bewilligungsinstanz zu installieren.⁶⁹ Um die heutige dezentrale Zuständigkeitsordnung zu analysieren, eignet sich ein Vorgehen gemäss der aus der strategischen Managementlehre bekannten SWOT-Analyse. Diese umfasst eine Stärken-Schwächen-Analyse (Organisationsanalyse, d.h. Innensicht: S= Strengths [Stärken], W= Weaknesses [Schwächen]) und eine Chancen-Gefahren-Analyse, (Umfeldanalyse, d.h. Aussensicht (O= Opportunities [Chancen], T=Threats [Gefahren])); die beiden Dimensionen werden hernach miteinander in Beziehung gesetzt, um verschiedene strategische Optionen zu generieren mit dem Ziel, die Stärken zu maximieren und die Schwächen zu minimieren.⁷⁰

⁶⁷ In diesem Sinne dürfte eine Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB die in der Rechtslehre geforderte Voraussetzung, dass die Verfügung überwiegend auf politischen Erwägungen beruhen müsse, um unter den Ausnahmetatbestand von Art. 72 lit. a VwVG zu fallen (vgl. LEBER, N. 8), in jedem Fall erfüllen.

⁶⁸ Vgl. dazu die Übersichtstabelle zur Bewilligungspraxis der verschiedenen Departemente und Ämter im Anhang zum Protokoll der Arbeitsgruppe zu Art. 271 StGB/ Art. 31 RVOV vom 14. September 2010 (unveröffentlicht).

⁶⁹ Diese Forderung wird u.a. von ZULAUF, S. 1092, erhoben.

⁷⁰ Vgl. dazu THOM/RITZ, S. 59 f.

5.5.3.2 *Stärken und Schwächen der dezentralen Zuständigkeitsordnung*

Im Folgenden wird das Innenverhältnis, d.h. die Stärken und Schwächen der Organisation analysiert mittels gezielter Betrachtung einzelner wichtiger Aspekte (Beantwortung der Grundsatzfragen [Interessenabwägung], Einbezug von Fachkenntnissen, Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit der Betroffenen und Verhältnis zwischen der Schweiz und dem involvierten Staat).

Aspekte	Stärken	Schwächen
<i>Beantwortung der Grundsatzfragen (Interessenabwägung)</i>	<ul style="list-style-type: none"> – Fallbezogene und differenzierte Praxis der zuständigen Fachinstanz 	<ul style="list-style-type: none"> – Keine einheitliche Bewilligungspraxis und keine einheitliche Beantwortung der sich stellenden Grundsatzfragen, d.h. wiederkehrende Unsicherheiten bei den involvierten Departementen und Ämtern – Fehlende Koordination zwischen Departementen und Ämtern und ineffiziente negative Kompetenzkonflikte – Sichtweise der involvierten Amtsstelle ist durch die Nähe zum Fach tendenziell von der Sichtweise der Gesuchstellenden geprägt (z.B. Interessen der beaufichtigten Banken stehen im Vordergrund statt Gesamtinteresse des Landes).
<i>Einbezug von Fachkenntnissen</i>	<ul style="list-style-type: none"> – Hohe Legitimation: Fachkenntnisse des jeweiligen Departements bzw. Amtes direkt verfügbar (z.B. vertiefte Kenntnisse des internationalen Finanzmarkts und des Finanzmarktrechts bei der FINMA). – Zuständiges Departement oder Amt kann als Ansprechstelle für die Gesuchstellenden auch in anderen Fragen Querbezüge zur übrigen Tätigkeit herstellen (z.B. FINMA zu Erkenntnissen aus der Aufsicht über Bank X). 	<ul style="list-style-type: none"> – Fachsicht kann den Blick auf die sich stellenden Grundsatzfragen der Interessenabwägung verstellen (vgl. oben) – Potenzielle Konflikte mit anderen Fachsichtweisen, insbesondere des EDA
<i>Rechtsgleichheit/ Rechtssicherheit der betroffenen Privaten</i>	<ul style="list-style-type: none"> – Sicherstellung der Gleichbehandlung und der Rechtssicherheit für die Gesuchsteller im selben Fachbereich in ähnlichen Interessenlagen (z.B. Banken im grenzüberschreitenden Geschäft mit den USA). 	<ul style="list-style-type: none"> – Fehlende Vergleichsmöglichkeiten über die Fachbereiche hinaus, d.h. die gleichen Betroffenen werden in unterschiedlichen Situationen unterschiedlich behandelt (z.B. grosszügigere Bewilligungspraxis der FINMA im Vergleich zur RAB oder zum EVD/seco oder umgekehrt).
<i>Verhältnis zwischen der Schweiz und dem involvierten Staat</i>	<i>Keine.</i>	<ul style="list-style-type: none"> – Verzettelung/Unklarheiten in der Zuständigkeit, hierarchisch tief angesiedelte Kompetenzen und tendenzielle Unerfahrenheit führen zu einem schwachen Auftreten der schweizerischen Behörden gegen Aussen.

Tabelle 2: *Stärken und Schwächen der dezentralen Zuständigkeitsordnung*

5.5.3.3 Chancen und Risiken der dezentralen Zuständigkeitsordnung

Die Umfeldanalyse, d.h. die Sicht der Organisation auf die Beziehungen nach aussen, wird unter Berücksichtigung der gleichen Aspekte durchgeführt wie die Organisationsanalyse.

Aspekte	Chancen	Risiken
<i>Beantwortung der Grundsatzfragen</i>	<i>Keine.</i>	– Uneinheitliche Beantwortung der Grundsatzfragen kann durch die involvierten ausländischen Behörden/die betroffenen Privaten strategisch für die Wahrung von Eigeninteressen genutzt werden (z.B. Erhöhung von Prozesschancen vor einem ausländischen Gericht)
<i>Einbezug von Fachkenntnissen</i>	– Vertrauen der Gesuchsteller in hohe Fachkenntnisse der Bewilligungsbehörde fördert konstruktive Zusammenarbeit: Früherkennung von Rechtskonflikten – Private und behördliche Gesuchstellende können sich an ihnen bereits bekannte Verwaltungsstellen wenden: tendenziell einfacherer, unbürokratischer Zugang für Private (z.B. Banken an «ihre» Aufsichtspersonen bei der FINMA)	<i>Keine.</i>
<i>Rechtsgleichheit/ Rechtssicherheit der betroffenen Privaten</i>	<i>Keine.</i>	– Unzufriedenheit der Gesuchstellenden wegen Rechtsunsicherheit aufgrund der im Voraus teilweise schwer bestimmbarer Zuständigkeit – potenzielle Ungleichbehandlung der gleichen Gesuchsteller (z.B. Firma Y) durch verschiedene Bewilligungszuständigkeiten für verschiedenen Situationen
<i>Verhältnis zwischen der Schweiz und dem involvierten Staat</i>	– direkter Zugang zur jeweiligen «Schwesterorganisation» zwischen Behörden (z.B. SEC zur FINMA) erleichtert den frühzeitigen Austausch	– Fehlendes Vertrauen in Verfahren der schweizerischen Behörden durch Verzettelung/Unklarheiten bei der Zuständigkeit, tief angesiedelte Kompetenzen und tendenzielle Unerfahrenheit des jeweils zuständigen Amtes; stärkt die Position des involvierten fremden Staats

Tabelle 3: Chancen und Risiken der dezentralen Zuständigkeitsordnung

5.5.3.4 Zielsetzungen zur Weiterentwicklung der Zuständigkeitsordnung

Nun werden im Kern der SWOT-Analyse die Innen- und die Aussensicht bzw. die Stärken, Schwächen, Chancen und Risiken miteinander verknüpft. Hernach werden Handlungsmöglichkeiten im Hinblick auf eine Weiterentwicklung der Zuständigkeitsordnung entwickelt.

	Stärken	Schwächen
Chancen	– Fallbezogene, differenzierte Praxis – Hohe Fachkenntnisse – Hohes Vertrauen	– Zu geringes Gewicht der Grundsatzfragen wird nur teilweise durch die fallbezogene, differenzierte Praxis kompensiert

	<ul style="list-style-type: none"> – Unbürokratischer Zugang zur Bewilligungsbehörde – Früherkennung von Rechts- und Souveränitätskonflikten 	<ul style="list-style-type: none"> – Rest neutralisiert sich in etwa
Risiken	<ul style="list-style-type: none"> – Risiko der Instrumentalisierung der Bewilligungsbehörde (insbesondere durch betroffene Private) wird durch erhöhtes Vertrauen in die Fachkenntnisse der und leichteren Zugang zur Bewilligungsbehörde kompensiert – Rest neutralisiert sich in etwa 	<ul style="list-style-type: none"> – Grundsatzfragen haben zu wenig Gewicht – Fehlende Koordination – Rechtsunsicherheit durch uneinheitliche Praxis – Schwaches Gewicht gegenüber betroffenem fremden Staat

Tabelle 4: Verknüpfung von Stärken/Chancen und Schwächen/Risiken

Aus dieser SWOT-Analyse ergeben sich somit die folgenden Zielsetzungen für die Zuständigkeitsordnung im Bereich Bewilligungen nach Art. 271 Ziff. 1 StGB:

1. Die zuständige Bewilligungsbehörde muss weiterhin über hohe Fachkenntnisse und das Vertrauen der behördlichen und privaten Gesuchstellenden verfügen und soll leicht zugänglich sein (Feld Chancen/Stärken).
2. Verbesserungsbedarf besteht im Bereich der Koordination zwischen den zuständigen Bewilligungsbehörden. Damit erhalten die sich stellenden Grundsatzfragen im Bereich der vorzunehmenden Interessenabwägung zwischen Souveränitätsschutz und Kooperation verstärktes Gewicht. Gleichzeitig wird die Rechtssicherheit verbessert und die schweizerischen Behörden können nach aussen stärker auftreten (Feld Schwächen/ Risiken).

5.5.3.5 Lösungsmöglichkeiten und ihre Bewertung

Als letzter Schritt der SWOT-Analyse werden nun gestützt auf die erarbeiteten Zielsetzungen verschiedene Lösungsmöglichkeiten für die Weiterentwicklung der Zuständigkeitsordnung aufgezeigt und bewertet.

Für die Organisation der Bewilligungserteilung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB sind die folgenden drei Grundtypen denkbar:

- Dezentrale Bewilligungsbehörden⁷¹
- Zentrale Bewilligungsbehörde
- Mischform: Nebeneinander von dezentralen und zentralen Elementen für die Bewilligungserteilung

Bei jedem der drei Grundtypen sind verschiedene Modalitäten der verwaltungsinternen horizontalen Koordination und Kooperation möglich, wie beispielsweise ein standardmässiger Einbezug des EDA durch die zuständige Fachbewilligungsinstanz.

Eine zentrale Bewilligungsbehörde wie z.B. das BJ würde zwar eindeutig einer einheitlicheren Bewilligungspraxis dienen und könnte damit die festgestellten Schwächen und Risiken der heutigen dezentralen Zuständigkeitsorganisation beheben. Insbesondere erhielten die sich

⁷¹ Dieser Grundtyp wird hier nicht mehr separat beurteilt, da er der zuvor analysierten heutigen Situation entspricht.

stellenden Grundsatzfragen, d.h. die Interessenabwägung zwischen Kooperation und Souveränitätsschutz durch eine fachunabhängige Sichtweise wieder mehr Gewicht. Gleichzeitig würde die vereinheitlichte Praxis die Rechtssicherheit erhöhen und das Auftreten nach aussen tendenziell stärken. Die aufgezeigten Stärken und Chancen der heutigen Situation würde eine zentrale Bewilligungsbehörde allerdings nicht mitbringen, denn es würde ihr das Fachwissen aus den einzelnen Fachbereichen fehlen und das Vertrauen der gesuchstellenden Behörden und Privaten wäre zumindest in einer ersten Phase geringer als gegenüber den heute zuständigen Departementen und Ämtern. Dies wäre einer Früherkennung von Rechts- und Souveränitätskonflikten abträglich. Der Zugang zur Behörde wäre formalisierter und komplizierter als zwischen ausländischen und schweizerischen Fachbehörden oder zwischen Privaten und den ihnen bereits aus der normalen Tätigkeit bekannten schweizerischen Fachbehörden. Die Koordinationsprobleme wären mit einer zentralen Bewilligungsbehörde grundsätzlich nicht behoben, sondern würden sich verschieben. Die Zentralstelle müsste die betroffenen Fachdepartemente und -ämter zwangsläufig einbeziehen. Die Idee einer zentralen Bewilligungsbehörde ist daher zu verwerfen.

Die erarbeiteten Zielsetzungen erfüllen könnte jedoch eine Kombination von zentralen und dezentralen Zuständigkeiten mit neuen Modalitäten der Koordination zwischen den Departementen und den neuen vorgeschlagenen materiellen Bewilligungskriterien (siehe Kapitel 5.4.1.). Zu prüfen sind hier drei Massnahmen: Erstens sollte in der RVOV die Delegation der departementalen Zuständigkeit an die Ämter ausgeschlossen werden. Die Nähe zum nötigen Fachwissen wäre dadurch immer noch garantiert, während gleichzeitig die sich stellenden Grundsatzfragen auch tatsächlich aus einer politischen Optik beurteilt würden. Zweitens könnte in der RVOV vorgesehen werden, dass vor Erteilung oder Ablehnung einer Bewilligung wegen des notwendigen Einbezugs des aussenpolitischen Fokus‘ zwingend das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten zu konsultieren ist. Von selbst versteht sich, dass im Falle von Differenzen zwischen den Departementen die Angelegenheit durch den Bundesrat zu entscheiden wäre. Drittens sollte eine besondere Regelung getroffen werden, wo heute ausgelagerte Organisationen, die nicht der Weisungskompetenz der Departemente unterstehen, für die Bewilligungserteilung zuständig sind und auch ein besonderes Interesse von ausländischen Behörden und betroffenen Privaten nach stärkerer Kooperation besteht. Dies ist heute besonders im exponierten Finanzbereich der Fall, wo die FINMA und die RAB in ähnlichen Aufsichtsbereichen tätig sind und es zudem auch zu Überschneidungen mit den Kompetenzen der administrativ zuständigen Departemente EFD und EJPD kommen kann. Hier sollte trotz formaler Auslagerung in den jeweiligen Organisationserlassen ausdrücklich eine zentrale Zuständigkeit des jeweiligen Departements vorgesehen werden. Mit diesen drei Massnahmen kann der heutigen Zersplitterung der Zuständigkeiten wirksam begegnet und die Koordination gestärkt werden, was auch dem kraftvolleren Auftreten gegenüber dem involvierten Staat dienlich ist. Dadurch wird auch die nötige Interessenabwägung zwischen Souveränitätsschutz und Kooperation verstärktes Gewicht erhalten und, zusammen mit den vorgeschlagenen materiellen Bewilligungskriterien, eine einheitlichere Bewilligungspraxis gewährleistet.

5.5.4 Zentrale Zuständigkeit in Fällen von politischer oder anderer grundsätzlicher Bedeutung: Bundesrat

Art. 31 Abs. 2 RVOV sieht heute als Ausnahme von der Regel der departementalen Zuständigkeit vor, dass Fälle von politischer oder anderer grundsätzlicher Bedeutung dem Bundesrat zu unterbreiten sind. Dieses Verhältnis von Regel und Ausnahme ist durchaus im Sinne des Verordnungsgebers, d.h. des Bundesrats, der sich nicht mit Bagatellfällen beschäftigen soll. Die verwendeten Begriffe «politische» bzw. «andere grundsätzliche Bedeutung» sind allerdings sehr stark auslegungsbedürftig: Weil jede private oder behördliche Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden, geschweige denn eine Verweigerung der Kooperation, im Kern eine aussenpolitische Bedeutung hat, muss mit dem Begriff in Art. 31 Abs. 2 RVOV wohl eine «besondere politische Bedeutung» gemeint sein. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Departemente und Ämter auf diese Weise auch über die Frage entscheiden, ob sich eine oder zwei Instanzen mit der Sache befassen können, da gemäss Art. 72 lit. a VwVG bzw. Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG eine direkt vom Bundesrat erlassene Verfügung, wie oben bereits erwähnt, richtigerweise nicht beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar ist (ein Herausgabeverbot soll nach der gleichen Logik nicht anfechtbar sein).

Im Dienste der Klarheit der Zuständigkeiten aus Sicht der betroffenen Departemente und Ämter und der weiteren Vereinheitlichung der Bewilligungspraxis muss deshalb geprüft werden, ob Art. 31 Abs. 2 RVOV etwa wie folgt präzisiert werden könnte: Einerseits sollte deutlich gemacht werden, dass es um Fälle von «besonderer» politischer oder anderer grundsätzlicher Bedeutung geht. Andererseits könnten beispielhaft Fälle mit einer solchen besonderen Bedeutung erwähnt werden, so z.B. negative Auswirkungen auf die Beziehung zum involvierten Staat oder drohende schwere Konsequenzen für die schweizerische Volkswirtschaft. Auch ein derart konkretisierter Art. 31 Abs. 2 RVOV macht es allerdings unumgänglich, dass die primär zuständigen Departemente und die Bundeskanzlei die Umstände des konkreten Einzelfalls sorgfältig abklären und im Zweifel an den Bundesrat gelangen.

5.5.5 Mitwirkungsrechte der Legislative?

Der Bundesrat ist nach Art. 184 Abs. 1 BV zuständig für die Besorgung der auswärtigen Angelegenheiten unter Wahrung der Mitwirkungsrechte der Bundesversammlung. Die parlamentarischen Mitwirkungsrechte wiederum sind konkretisiert in Art. 152 Abs. 2 des Parlamentsgesetzes (ParlG)⁷², wonach der Bundesrat die Ratspräsidien und die für die Aussenpolitik zuständigen Kommissionen regelmässig, frühzeitig und umfassend über wichtige aussenpolitische Entwicklungen informieren muss. Darüber hinaus muss der Bundesrat die zuständigen Kommissionen zu wesentlichen Vorhaben sowie zu bedeutenden Verhandlungsmandaten konsultieren (Art. 152 Abs. 3 ParlG); dasselbe gilt im Fall, wo er einen völkerrechtlichen Vertrag vorläufig anwenden will (Art. 152 Abs. 3^{bis} ParlG). Es stellt sich nun die Frage, in welchem Bezug diese parlamentarischen Mitwirkungsrechte zu den hier konzipierten gesetzgeberischen Massnahmen stehen. Die Erteilung oder Verweigerung einer Einzelfallbewilligung zur Vornahme einer Handlung für einen fremden Staat ist grundsätzlich Rechtsanwendung und damit eindeutig eine Exekutivaufgabe. Ein solcher Anwendungsfall ist per se trotz aus-

⁷² Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz, ParlG), SR 171.10.

senpolitischem Bezug noch keine wichtige aussenpolitische Entwicklung, über welche die Ratspräsidien und die für die Aussenpolitik zuständigen Kommissionen nach Art. 152 Abs. 2 ParlG zu informieren wären. Fälle von besonderer politischer oder anderer grundsätzlicher Bedeutung hingegen sowie der Erlass eines präventiven Herausgabeverbots oder Ähnlichem haben nach dem hier entwickelten Konzept zumindest das Potenzial einer wichtigen aussenpolitischen Entwicklung. In einem solchen Fall muss der Bundesrat dementsprechend bereits nach geltendem Recht die Mitwirkungsrechte der Bundesversammlung beachten. Ein diesbezüglicher gesetzgeberischer Handlungsbedarf ist aus diesem Grund nicht auszumachen.

5.6 Rechtsetzungstechnische Aspekte

Zu beantworten ist nun noch die legistische Frage, in welches Kleid das oben erarbeitete Konzept gegossen werden soll.⁷³ Zunächst ist dazu festzuhalten, dass sich die vorgeschlagenen gesetzgeberischen Massnahmen vom Umfang her in einem an sich überschaubaren Rahmen halten. Das erarbeitete Konzept ist aus rechtssetzungstechnischer Sicht insgesamt zu wenig umfassend, als dass es sich rechtfertigen würde, für die neuen Bestimmungen einen eigenständigen, neuen Erlass vorzusehen. Zudem lassen sich die neu zu erlassenden Gesetzes- bzw. Verordnungsartikel systematisch in bereits bestehende Erlasse einordnen, wie die unten stehenden Ausführungen noch zeigen werden. Nachteil einer solchen Lösung wäre allerdings eine gewisse Zersplitterung von untereinander an sich zusammenhängenden Normen. Die hier vorgeschlagenen Gesetzesbestimmungen sollten deshalb im Hinblick auf ihre gemeinsame Behandlung in den Eidgenössischen Räten in einem sogenannten Mantelerlass gebündelt werden.⁷⁴ Sollte allerdings entgegen bisheriger Anzeichen doch noch eine umfassende, sektorübergreifende gesetzliche Regelung der Amtshilfe ins Auge gefasst werden,⁷⁵ würden die meisten der hier vorgeschlagenen Bestimmungen klar einen Teilaspekt eines derartigen «Amtshilfegesetzes» darstellen.

Die Auffangregelung zur Leistung von Amtshilfe kann mit einem Gesetzesartikel mit den konkreten Bewilligungskriterien, einem Artikel mit einer Kollisionsregelung und allenfalls einem Artikel über die Ausnahmbewilligung umgesetzt werden. Ein bis zwei weitere Gesetzesartikel werden notwendig sein für die Kompetenz des Bundesrates zum Erlass von Herausgabeverboten und ähnlichen Massnahmen zum Schutz der schweizerischen Gebietshoheit und Souveränität. Systematisch bietet sich für diese Regelungen das Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG)⁷⁶ an, denn bereits heute enthält dieses Gesetz im vierten Titel über «Zuständigkeiten, Planung und Koordination» einen Art. 50 mit der Überschrift «Amtsverkehr». In dessen Abs. 1 wird der Bundesrat für zuständig erklärt zur Regelung der

⁷³ Wertvolle Anregungen zu diesem Thema verdanke ich den Herren Prof. Martin Philipp Wyss sowie Prof. Luzius Mader.

⁷⁴ GTR, Ziff. 158 f.

⁷⁵ Eine interdepartementale Arbeitsgruppe zur grenzüberschreitenden Amtshilfe (siehe dazu WYSS, S. 231 ff.) ist provisorisch zum Schluss gekommen, dass sich die sektorielle Regelung grundsätzlich bewährt habe und kein Handlungsbedarf für ein umfassendes «Amtshilfegesetz» bestehe.

⁷⁶ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997(RVOV), SR 172. 010.

Grundsätze für die Pflege der internationalen Beziehungen der Bundesverwaltung.⁷⁷ Es bietet sich an, die Auffangregelung und die Kompetenz zum Erlass von Herausgabeverboten und ähnlichen Massnahmen anschliessend an diesen Gesetzesartikel einzuordnen (Art. 50^{bis} und ff.). Allfällige Konkretisierungen dieser Gesetzesbestimmungen auf Verordnungsstufe sowie die skizzierte Modifikation der Zuständigkeitsordnung, wofür der Bundesrat zuständig ist, könnten mit einer Teilrevision der RVOV im Sinne einer Ergänzung des jetzigen Abschnitts «Bewilligungen zur Vornahme von Handlungen für einen fremden Staat und für internationale Gerichte» und einer Änderung von Art. 31 RVOV erreicht werden. Etwas weniger klar ist, wo die zulässigen Handlungen von Privaten gegenüber ausländischen Behörden, ausgehend vom nicht tatbestandsmässigen Handeln nach Art. 271 Ziff. 1 StGB, einzuordnen sind. Für diese Regelungen könnten ein, zwei neue Gesetzesartikel genügen. Denkbar ist eine punktuelle Ergänzung des DSG oder des VwVG, wobei bei letzterem wegen dessen Anwendungsbereich nach Art. 1 Abs. 1 VwVG prima vista nicht klar ist, ob dieses Gesetz ohne grössere Eingriffe auch den direkten Verkehr zwischen Privaten und ausländischen Behörden umfassen kann.

⁷⁷ Gemeint ist damit insbesondere die Festlegung der Zuständigkeitsverteilung und der Erlass von Weisungen durch den Bundesrat, vgl. SÄGESSER, N. 4 ff. zu Art. 50.

6 Fazit

Das Thema «Souveränitätsschutz» ist im Alltag der Bundesverwaltung letztlich weit weniger spektakulär, als es das Schlagwort «Souveränität» und einige aufsehenerregende Fälle, darunter z.B. der in dieser Vorstudie angesprochene «Fall UBS», vermuten lassen würden. Die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden gehört in grundsätzlicher Perspektive zum unerlässlichen, etablierten und häufig problemlosen Standard, und deren Notwendigkeit sowohl für die schweizerischen Behörden wie auch für die rechtsunterworfenen Privatpersonen und Unternehmen in einer globalisierten Welt ist wohl unbestritten. Allerdings besteht Handlungsbedarf dort, wo heute entweder keine oder keine klare Rechtsgrundlage für eine bestimmte Kooperationsform besteht oder wo bestehende Rechtsgrundlagen von anderen Staaten oder auch Behörden und Privaten in der Schweiz unterlaufen werden, weil sie als zu eng, zu zeitraubend oder zu unflexibel wahrgenommen werden. In solchen Fällen existiert ein nicht geringes Eskalationspotenzial für Rechts- und Souveränitätskonflikte, für deren Lösung das geltende Recht zwar bereits einige Instrumente bereithält, die aber eines punktuellen Ausbaus und einer Systematisierung bedürfen.

Die Vorstudie für ein «Souveränitätsschutzgesetz» hat gezeigt, dass eine Gesamtschau notwendig ist, um im Spannungsfeld zwischen Kooperation und Wahrung der schweizerischen Gebietshoheit und Souveränität die auf dem Spiel stehenden Interessen systematisch gegeneinander abzuwägen und einen angemessenen Lösungsweg zu finden. Vorgeschlagen wird deshalb in materieller Hinsicht erstens eine verwaltungsrechtliche Auffangregelung für die Zusammenarbeit zwischen Bundesbehörden mit ausländischen Behörden, zweitens eine Klärung der zulässigen Kooperation von Privaten mit ausländischen Behörden und drittens eine gesetzgeberische Konkretisierung der bundesrätlichen Kompetenz zum Erlass von Herausgabeverboten und ähnlichen Abwehrmassnahmen gegen drohende Gebietshoheits- und Souveränitätsverletzungen. Auf prozessualer Ebene tun klarere Verfahrensregeln für das verwaltungsrechtliche Bewilligungsverfahren i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 StGB not, um eine einheitlichere Bewilligungspraxis zu erreichen. Besonders wichtig ist hierbei die Modifikation der heutigen stark dezentralen Zuständigkeit für die Erteilung einer solchen Bewilligung zur Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden.

Für das hier entwickelte Konzept erscheint der ursprünglich gewählte Arbeitstitel «Souveränitätsschutzgesetz» nach dem Gesagten eindeutig als zu eng gefasst und eventuell gar irreführend, weil die darunter subsumierten Abwehrmassnahmen nur die eine Seite des Spannungsfeldes zwischen Kooperation und Schutz der Gebietshoheit resp. Souveränität abstecken. Für die nun folgenden Arbeiten des Bundesamtes für Justiz ist daher ein weiter gefasster Titel zu empfehlen, der auch dem Aspekt der erwünschten internationalen Kooperation angemessen Rechnung trägt, wie z.B. «Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und die Wahrung der schweizerischen Gebietshoheit».

Literaturverzeichnis

- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, 3. Auflage, Bern 2007, verfügbar unter <http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/legistik/gleitf-d.pdf>, besucht am 20. November 2010 (*GESETZGEBUNGSLEITFADEN*)
- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, Modul Gesetz (periodisch aktualisiert), verfügbar unter <<http://www.gl.admin.ch/de/gesetz/>>, besucht am 20. November 2010 (*MODUL GESETZ*)
- BUNDESKANZLEI, Gesetzestechnische Richtlinien (GTR), Aktualisierte Ausgabe 2003, verfügbar unter <<http://www.bk.admin.ch/themen/gesetz/00050/index.html?lang=de>>, besucht am 20. November 2010 (*GTR*)
- EHRENZELLER BERNHARD/ KLEY ROLAND/ LUTZ MARTIN/ PFISTERER THOMAS, Art. 54, in: Ehrenzeller Bernhard/ Mastronardi Philippe/ Schweizer Rainer J./ Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/ St. Gallen 2008 (*EHRENZELLER/KLEY/LUTZ/PFISTERER*)
- FREI LIONEL, Schweizerische Unternehmen in den USA als Diener zweier Herren: Amerikanische Verfahrenspflichten und schweizerische Geheimhaltung, SJZ 1986, S. 73 ff. (*FREI*)
- HANGARTNER YVO, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Band I, Zürich 1980 (*HANGARTNER*)
- HONEGGER PETER/ KOLB ANDREAS, Amts- und Rechtshilfe: 10 aktuelle Fragen, NKF-Schriftenreihe Band 13, Zürich 2009 (*HONEGGER/KOLB*)
- HOPF THOMAS, Art. 271, in: Niggli Markus Alexander/ Wiprächtiger Hermann (Hrsg.), Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007 (*HOPF*)
- LEBER MARINO, Art. 72, in: Auer Christoph/ Müller Markus/ Schindler Benjamin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2008 (*LEBER*)
- MAHON PASCAL, Art. 184 Relations avec l'étranger, in: Aubert Jean-François/ Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse due 18 avril 1999, Zürich 2003 (*MAHON*)
- MÜLLER GEORG, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Aufl., Zürich 2006 (*MÜLLER G.*)
- MÜLLER MARKUS, Art. 5, in: Auer Christoph/ Müller Markus/ Schindler Benjamin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2008 (*MÜLLER M.*)
- SÄGESSER THOMAS, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG), Bern 2007 (*SÄGESSER*)
- THOM NORBERT/ RITZ ADRIAN, Public Management, 4. Aufl., Wiesbaden 2008 (*THOM/RITZ*)
- THÜRER DANIEL/ TRUONG BINH/ SCHWENDIMANN FELIX, Art. 184, in: Ehrenzeller Bernhard/ Mastronardi Philippe/ Schweizer Rainer J./ Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/ St. Gallen 2008 (*THÜRER/TRUONG/SCHWENDIMANN*)
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Bern 2007

-
- VISCHER FRANK, Der Trend zum Unilateralismus im American Conflict of Laws, *SZIER* 2003, S. 55 ff. (*VISCHER*)
- WYSS MARTIN PHILIPP, Gesetzgebungsbedarf bei der internationalen Amtshilfe?, in: Breitenmoser Stephan/ Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe, St. Gallen 2009, S. 217 ff. (*WYSS*)
- ZULAUF URS, Kooperation mit dem Ausland: Verrat an der Schweiz?, in: Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, S. 1075 ff. (*ZULAUF*)

Selbstständigkeitserklärung

«Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbstständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Hilfsmittel benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche kenntlich gemacht. Mir ist bekannt, dass andernfalls der Senat gemäss dem Gesetz über die Universität zum Entzug des auf Grund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist.»

Bern, 29. November 2010

Susanne Kuster

Über die Autorin



Frau Dr. iur. Susanne Kuster, geboren am 10. Dezember 1972, von Eschenbach SG, ist seit Mai 2008 Direktionsadjunktin im Bundesamt für Justiz in Bern. Zuvor war sie nach dem rechtswissenschaftlichen Studium in Zürich und einem Praktikum am Bezirksamt Obertoggenburg als wissenschaftliche Assistentin an der Universität Zürich, sodann als juristische Mitarbeiterin im Gesundheits- und Umweltdepartement der Stadt Zürich und schliesslich als Gerichtsschreiberin am Bundesverwaltungsgericht in Bern tätig. Im Jahr 2003 promovierte sie an der Universität Zürich mit einer Dissertation zum Thema «Streik und Aussperrung – Vom Verbot zum Recht». Susanne Kuster wohnt mit ihrer Tochter (Jahrgang 1998) an der Humboldstrasse 47 in 3013 Bern.