

Internationale Kooperation im Spannungsfeld der Staatsschutzbestimmungen

Markus Husmann

Amts- und Rechtshilfe im Zeitalter des «Dataismus»

In Frankreich und Spanien ist er ein Held: **Hervé Falciani**. Als Bankmitarbeiter hatte er umfangreiche Sätze von Bankkundendaten entwendet und den französischen Behörden anschliessend entsprechende Listen von mutmasslichen Steuersündern übergeben – mit weitreichenden Folgen.

Die Causa **Falciani** ist kein Einzelfall. Daten haben heute einen ungeheuren Wert, nicht zu Unrecht spricht der Historiker **Yuval Noah Harari** vom Zeitalter des «Dataismus». Während wir im Internet freimütig unsere Alltagsdaten preisgeben, wird dieses Gut anderswo von Privaten und Staaten sorgfältig geschützt. Hierbei bilden die nationalstaatlichen Grenzen weiterhin einen zentralen Faktor. Das Völkerrecht verbietet Übergriffe fremder Staatsgewalt auf das souveräne Gebiet eines anderen Staates. Zulässig ist ein Zugriff nur im Rahmen internationaler Kooperation, d.h. unter Beachtung völkerrechtlicher, zwischenstaatlicher Verträge wie bspw. der zahlreichen steuerrechtlichen Amtshilfeabkommen. Ebenso ist das nationale Amts- und Rechtshilferegelerwerk zu respektieren, dazu gehört etwa das Rechtshilfegesetz (IRSG). Werden diese Regeln nicht eingehalten, tangiert dies die schweizerische Souveränität.

In der Praxis geschieht dies oft, dazu zwei Paradebeispiele: Bestens bekannt ist einmal,

dass im **Common Law** die Parteien – teils unter Androhung von Sanktionen («subpoena») – ungeachtet der Rechtshilfavorschriften gezwungen werden, Beweismittel aus der Schweiz zu beschaffen und den ausländischen Justizbehörden einzureichen. Zum anderen hat der **Steuerstreit** gezeigt, dass – wo der Rechtsrahmen ausländischen Beamten zu eng erscheint (siehe etwa den Ausschluss der Rechtshilfe wegen Fiskaldelikten gemäss Art. 3 Abs. 3 IRSG) – offenbar eine grosse Bereitschaft besteht «alternative» Wege zu finden, dennoch an Daten zu gelangen.

Staatsschutzbestimmungen als Strafbarkeitsrisiko

Die Schweiz hat in diesem Zusammenhang schon sehr früh strafrechtliche Staatsschutzbestimmungen eingeführt (sog. «**blocking statutes**»). Die bedeutsamste Bestimmung ist Art. 271 StGB, der sogenannte verbotene Handlungen für einen fremden Staat unter Strafe stellt. Wirkungsmächtig ist ebenso Art. 273 StGB zum verbotenen wirtschaftlichen Nachrichtendienst, er verbietet das Auskundschaften von schützenswerten wirtschaftlichen Tatsachen bzw. deren Verrat an ausländische Unternehmung, Organisationen und Staaten. Im Resultat kommt diesen Strafnormen heute die Funktion von Verbotsnormen zum Amts- und Rechtshilferegelerwerk zu, indem sie gegen wilde Amtshilfe, «**entraide sauvage**», gerichtet werden.

Für Akteure, die international tätig sind und mehreren Rechtsordnungen unterworfen sind,

bergen diese Staatsschutzbestimmungen daher ein nicht zu unterschätzendes Strafbarkeitsrisiko. Ein aktuelles Beispiel illustriert das:

Strafbare Herausgabe von Bankkundendaten?

Hintergrund des Falles war der Steuerstreit zwischen der Schweiz bzw. der enorme Druck, der seit der Weltwirtschaftskrise ab 2008 auf dem schweizerischen Finanzwesen lastete. Eine der betroffenen Vermögensverwaltungsgesellschaft beabsichtigte einen Deal mit den US-Behörden, namentlich den Abschluss eines **Non-Prosecution Agreements**. Doch die amerikanischen Behörden verlangten im Gegenzug die Herausgabe von Kundendaten, wobei sie es ablehnten, diese auf dem Rechts- und Amtshilfeweg zu beschaffen. Die Vermögensverwaltungsgesellschaft hatte damit zu rechnen, dass die US-Behörden einschneidende Massnahmen ergreifen würden, wenn sie die einverlangten Informationen nicht offengelegen würde. Vor diesem Hintergrund liess der Verwaltungsrat ein Gutachten erstellen zur Frage, ob eine solche Datenherausgabe ausserhalb des Amts- und Rechtshilfeweges zulässig sei. Dieses erachtete eine Verletzung von Art. 271 als eher unwahrscheinlich («rather unlikely»), ein daraufhin in Auftrag gegebenes professorales Zweitgutachten schloss eine Strafbarkeit gänzlich aus («auf jeden Fall»). In der Folge reiste der Verwaltungsratspräsident in die USA und liess dem **Department of Justice** einen USB-Stick mit insgesamt 109 Kundendossiers übergeben. Die Bundesanwaltschaft klagte ihn in der Folge an wegen verbotener Handlung für einen fremden Staat.

Das **Bundesstrafgericht** (BStGer, **SK.2017.64**, 9.5.2018) sprach den Angeklagten erstinstanzlich frei. Es bejahte vorerst mit einer bemerkenswerten Begründung den objektiven Tatbestand: Wer Dritte betreffende Informationen, die vom schweizerischen **ordre public** geschützt sind – i.c. Bankkundendaten – an eine ausländische Behörde ausserhalb des Amts- oder Rechtshilfewegs bzw. ohne Bewilligung herausgabe, verhalte sich tatbestandsmässig (E. 4.2.7). In subjektiver Hinsicht verneinte es das Wissen

über die Verbotenheit, zumal der Angeklagte – aufgrund der Gutachten – an die Rechtmässigkeit seiner Vorgehensweise geglaubt habe (E. 4.3). Das von der Bundesanwaltschaft angerufene **Bundesgericht** (BGer, **6B 804/2018**, 4.12.2018) hielt u.a. fest, der Glaube an die Rechtmässigkeit der Vorgehensweise sei eine «Fehlvorstellung», «der Bedeutungssinn der Amtshandlung für einen fremden Staat [sei] zutreffend erfasst» worden (E. 3.1, 3.1.2). Damit taxierte es die vorgeworfene Handlung nach hier vertretener Ansicht unzweifelhaft als unrechtmässige Handlung für einen fremden Staat – wenn es auch darauf verzichtete, seine Position zu begründen. In subjektiver Hinsicht widersprach das Bundesgericht der Vorinstanz: Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit sei kein rechtlich geprägtes subjektives Tatbestandsmerkmal. Die irrige Annahme, zur Herausgabe solcher Dossiers berechtigt zu sein, tangiere nicht den Vorsatz, sondern vermöge einen Verbotsirrtum zu begründen. Da vorliegend insbesondere die zwei Gutachten nicht eindeutig (genug) gewesen sein sollen, sei der Verbotsirrtum vermeidbar gewesen (vgl. dazu **Graf**, Zum [Un-]Wert von Rechtsgutachten im Strafrecht, **ContraLegem 2019/1**, 24 ff.). Es wies die Angelegenheit zurück an das **Bundesstrafgericht**, das – dem Bundesgericht folgend – in Verneinung einer Notstandssituation einen Schuldspruch fällte (BStGer, 2.5.2019, **SK.2018.71**). Im Dezember letzten Jahres hatte die neu geschaffene **Berufungskammer des Bundesstrafgerichts** über eine dagegen erhobene Berufung zu entscheiden. Nach eingehender Prüfung ihrer Kognition gelangte die Kammer zum Schluss, dass das Bundesgericht trotz der erwähnten Erwägungen *nicht* rechtsverbindlich über den objektiven Tatbestand entschieden hatte (BStGer, Berufungskammer, **CA.2019.6**, 5.12.2019, E. 3.11.9), was zumindest im Resultat im Lichte des fair trial-Grundsatzes nicht falsch erscheint. In der Folge bejahte die Kammer mit überzeugender Begründung den objektiven Tatbestand: Grundsätzlich dürfen nur Informationen herausgegeben werden, über die frei verfügt werden könne. Dies sei bei identifizierenden Informationen über Dritte nicht der

Fall, weil **nur via Amts- und Rechtshilfe prozessual die Geheimhaltungs- und Offenlegungspflichten abgewogen und der Spezialitätsgrundsatz gewährleistet werden könne** (E. 1.1.1.4). Auch die geltend gemachten Rechtfertigungsgründe wurden verneint. Das Urteil wurde weitergezogen, womit sich erneut das Bundesgericht damit zu beschäftigen hat.

Dass derartige Komplexe selten vor Gericht verhandelt werden, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Art. 271 StGB und die Problematik seines Anwendungsbereichs in der Praxis von grosser Relevanz und Aktualität sind (vgl. etwa zur strafbaren Zustellung von Gerichtskorrespondenz in die Schweiz, TPF 2018 16 sowie BStGer, 18.12.2018, SK.2018.28).

Datenhehlerei auf höchster Ebene belohnen?

Zurück zum Fall **Falciani**: Auch er wurde verurteilt, in einem Kontumazialurteil wurde eine 5-jährige Freiheitsstrafe wegen mehrfachen versuchten qualifizierten wirtschaftlichen Nachrichtendienstes ausgesprochen (SK.2014.46, 27.11.2015, TPF 2016 28). Der französische Staat seinerseits knöpfte sich die angeblichen Steuer-sünder vor und reichte diese sogenannte **Falciani**-Liste offenbar an zahlreiche andere Staaten weiter. Basierend darauf wurden unzählige Steuerstrafverfahren in Frankreich und in zahlreichen weiteren Ländern eröffnet. Als Konsequenz folgte eine Flut von Amts- bzw. Rechtshilfesuchen an Schweiz. In diesem Kontext war die immer gleiche Frage zu beantworten: **Dürfen Informationen geliefert werden, wenn das Gesuch auf gestohlene Daten zurückgeht?**

Bereits in BGE 143 II 202 hatte das Bundesgericht festgehalten, dass der Grundsatz von Treu und Glauben als allgemeiner völkerrechtlicher Grundsatz gelte, weshalb eine Umkehr der Annahme des guten Glaubens zulasten eines fremden Staates auf konkreten Elementen beruhen müsse. Daneben hatte sich das Gericht eingehend mit Art. 7 lit. c StAhiG befasst, wonach auf ein Gesuch nicht einzutreten ist, wenn «es den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt,

insbesondere wenn es auf Informationen beruht, die durch nach schweizerischem Recht strafbare Handlungen erlangt worden sind». Es hielt fest, dass Handlungen nach Art. 7 lit. c StAhiG in der Schweiz *tatsächlich strafbar* sein müssen. Weil im konkreten Fall das Gesuch zwar auf entwendeten Daten basierte, aber nicht erstellt war, dass die Liste von *schweizerischen* Angestellten stammte (E. 8.6), liege nach Schweizer Recht keine Strafbarkeit vor, weshalb das Gesuch gutgeheissen worden ist.

Damit übersieht das Gericht nicht nur, dass im Rahmen des verbotenen Nachrichtendienstes auch Auslandstaten strafbar sind (*Staatsschutzprinzip*, Art. 4 StGB); darüber hinaus ist auch nicht nachvollziehbar, warum der Grundsatz von Treu und Glauben sich beschränken soll auf Daten, die in der Schweiz lagern. Der völkerrechtliche Grundsatz von Treu und Glauben kann nicht durch eine nationale Neuprägung sublimiert werden. Daran ändert auch nichts, dass offenbar auch andere Staaten daran sind, am Grundsatz des Vertrauens zu sägen (vgl. § 202d StGB-DE, wonach der Tatbestand der Datenhehlerei nicht zur Anwendung gelangt bei der Erfüllung dienstlicher oder beruflicher Pflichten).

BGE 143 II 224 betraf ein französisches Amtshilfesuchen, das seinen Ursprung in der **Falciani**-Liste hatte. Zuvor hatte Frankreich der Schweiz zugesichert, dass die **Falciani**-Daten nicht verwenden würden, um Amtshilfeersuchen zu stellen. Das Gericht hielt fest, dass das Prinzip von Treu und Glauben einen Staat in seinem berechtigten Vertrauen schütze, das der ersuchende Staat durch Erklärungen oder Verhaltensweisen bei ihm geweckt hatte. Betreffend Art. 7 lit. c StAhiG hielt es fest, dass dieser keine unzulässige Einschränkung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz darstelle, sondern sich darauf beschränke, die Schweiz als ersuchter Staat zu *verpflichten* (also ein Ermessen ausschliesst), auf ein Gesuch nicht einzutreten, wenn es gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst. Im Zusammenhang mit der Amtshilfe in Steuersachen würde ein

Staat, der schweizerische Bankdaten *kauft*, um sie danach für Amtshilfegesuche zu verwenden, ein Verhalten an den Tag legen, das nicht mit dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbar wäre. Da das Ersuchen gegen das aus der Zusicherung gewonnene legitime Vertrauen der Schweiz verstiesse, wurde es abgelehnt.

Der Steuerstreit hat gezeigt, dass – wo der Rechtsrahmen ausländischen Beamten zu eng erscheint – offenbar eine grosse Bereitschaft besteht, «alternative» Wege zu finden, dennoch an Daten zu gelangen.

Ein weiterer Entscheid betraf Indien (BGer, 2C 648/2017, 17.7.18), das offenbar die Daten amtshilfeweise von Frankreich erhalten hatte und das keine Zusicherung abgegeben hatte, dass sich das Ersuchen nicht auf Daten aus nach schweizerischem Recht strafbaren Handlungen abstützte. Das Bundesgericht präzisierete, dass nicht nur bei der Missachtung vorheriger ausdrücklicher Zusicherungen ein treuwidriges Handeln vorliegen könne. Zumindest der Kauf illegal erworbener Daten und ein anschliessend darauf abgestütztes Amtshilfeersuchen stelle auch dann einen Verstoss gegen Treu und Glauben dar, wenn der ersuchende Staat nicht vorab ausdrücklich versichert hat, ein solches Verhalten zu unterlassen

(E. 2.3.4). Umgekehrt entscheide es aber, dass das *bloisse Verwenden illegal erworbener Daten* durch den ersuchenden Staat noch kein treuwidriges Verhalten darstelle, weshalb auf Ersuchen, die sich auf Daten deliktischen Ursprungs stützen, einzutreten sei, solange der ersuchende Staat die Daten nicht gekauft hat, um sie danach für ein Amtshilfeersuchen zu verwenden. Dementsprechend wurde das Gesuch von Bundesgericht gutgeheissen.

Mit anderen Worten konnten die Daten durch das «Weiterreichen» von Frankreich nach Indien nach Ansicht des Bundesgerichts *weissgewaschen werden*. Dass eine solche Position rechtsstaatlich nicht richtig sein kann, hat das Bundesstrafgericht zu Recht – gleichentags! – mit deutlichen Worten festgehalten (BStGer, RR.2017.338, 17.7.2018, E. 3.4.6): «Erlangt der ersuchende Staat die in der Schweiz gestohlenen Bankdaten nicht direkt über den Daten-Dieb, sondern über den Staat, welcher die gestohlenen Daten zuvor vom Daten-Dieb angenommen hat, und stellt er gestützt darauf ein Rechtshilfeersuchen an die Schweiz, stellt nach dem Gesagten ein solches Vorgehen des ersuchenden Staates entsprechend dem seit Jahren unveränderten Rechtsverständnis der Schweizer Rechtshilfebehörden ebenfalls eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben dar.» In der Folge hat das Bundesstrafgericht diese Auffassung mehrfach bestätigt, und dabei betont, dass sich diese Auffassung offenkundig *weder auf Bankdaten noch auf Daten, die in der Schweiz gestohlen worden sind, beschränke* (statt vieler BStGer, RR.2018.285, 5.7.2019, E. 6.4.2).

Das sind seltene Lichtblicke. Die allgemeine Entwicklung lässt demgegenüber keine Zweifel, dass das Bundesgericht den rechtsstaatlichen Schutz Schritt für Schritt relativiert. Genauso wie Frankreich, das die Daten erworben hat, opfert offenbar auch die Schweiz Rechtsstaatlichkeit zugunsten von Wirtschaft und Politik.

«Aspekte der Praktikabilität» im Rechtsstaat
Besonders frappant hat sich das schliesslich an einer anderen Facette von Art. 271 StGB und

der dazu erschaffenen Praxis gezeigt: Um den Fall zu verstehen, muss man wissen, dass die Bundesbehörden einen unkonventionellen, ja pervertierenden Umgang mit Art. 271 StGB entwickelt haben. Sie sind sie dazu übergegangen, die Verbotsnorm in ihr Gegenteil zu verkehren: Gestützt auf die Passage «*wer ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt*» leiten sie für sich ein Recht ab, solche Handlungen zu erlauben und dafür – ohne jede gesetzliche Grundlage – «**Bewilligungen nach Art. 271 StGB**» zu erteilen. Das wäre ja noch zu akzeptieren, sofern die Betroffenen damit einverstanden sind. Doch die Praxis geht viel weiter.

Das Bundesgericht hatte einen Fall (BGer, 2C 1156/2016, 29.6.2018) zu beurteilen, in dem – wiederum im Steuerstreit – eine derartige Bewilligung zu Gunsten eines Finanzinstitutes verlängert werden sollte. Dagegen wehrte sich ein Mitglied des Stiftungsrats, dessen Name den Amerikaner bekannt gegeben werden sollte. Er hat just eingewendet, dass eine rechtliche Grundlage für eine solche Bewilli-

gung fehle und darüber hinaus die Bewilligung selbst den Kriterien der bisherigen Praxis (**Marcos-Praxis**, VPB 61.82, E. III.4.) widersprechen würden.

Was sagt das höchste Schweizer Gericht dazu? Ohne die Einwände überhaupt zu prüfen hält es fest, dass solchen Argumenten «*Aspekte der Praktikabilität*» entgegenzuhalten seien: «*Das gilt umso mehr, als die Umsetzung dieses Allgemeininteresses [an der richtigen Rechtsanwendung!] den Ablauf des Bankenprogramms übermässig erschweren würde und sich in keiner Weise als notwendig erweist.*» (E. 3.3.3) Im Ergebnis verneint es, trotz ausdrücklicher Bejahung eines aktuellen Rechtsschutzinteresses, sogar die Legitimation, und weist den Beschwerdeführer an, via Zivilverfahren ein Herausgabeverbot anzustreben. Was kann man da noch sagen?

