

PROGRAMM ZUR BEILEGUNG DES STEUERSTREITS DER SCHWEIZER BANKEN MIT DEN USA

Voraussetzungen der Teilnahme am Programm

Nach dem Nein zur «Lex USA» hat die amerikanische Justiz ein Programm veröffentlicht, das den Schweizer Banken eine Bereinigung des Steuerstreits ermöglichen soll. Die Banken müssen nun innert kurzer Frist ihre Situation analysieren und der Eidg. Finanzmarktaufsicht (Finma) mitteilen, ob sie am Programm teilnehmen möchten. Die Autoren kommen zum Ergebnis, dass die Umsetzung des Programms auch vor Schweizer Recht standhält.

1. EINLEITUNG

Am 29. August 2013 stellte der Bundesrat das von den USA offerierte «*Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks*» (US-Programm) vor, das den Schweizer Banken einen Weg aufzeichnen soll, wie sie Klarheit über ihren Status im Zusammenhang mit den seit fünf Jahren laufenden Ermittlungen des US *Department of Justice* (DoJ) erhalten können. Begleitet wird das US-Programm von einer gemeinsamen Erklärung (Joint Statement) des Eidgenössischen Finanzdepartements und dem DoJ. Jede Schweizer Bank hat gegenwärtig innerhalb kurzer Frist ihre Situation zu analysieren und der Finma bis am 9. Dezember 2013 mitzuteilen, ob sie am US-Programm teilnehmen wird oder nicht [1].

Das Joint Statement ist eine politischen Absichtserklärung, die rechtlich keine bindende Wirkung hat. Darin sichert die Schweiz den USA u. a. zu, dass das geltende schweizerische Recht den Schweizer Banken eine effiziente Teilnahme am Programm erlaube. Der vorliegende Aufsatz geht der Frage nach, ob diese Zusicherung richtig ist. In einem ersten Teil wird das US-Programm in zusammengefasster Form vorgestellt. Im zweiten werden die rechtlichen Hürden der Teilnahme am US-Programm dargestellt und aufgezeichnet, wie diese überwunden werden können.

2. PROGRAM FOR NON-PROSECUTION AGREEMENTS (NPA) OR NON-TARGET LETTERS (NTL) FOR SWISS BANKS

2.1 Charakter des US-Programms. Das 11-seitige US-Programm ist kein Vertrag, sondern eine Verlautbarung des DoJ, die detailliert aufzeigt, welche Bank am Programm teilnehmen kann und wie sie praktisch vorzugehen hat, damit eine mögliche US-Strafuntersuchung oder Anklageerhebung im Zusammenhang mit un versteuerten Geldern von US-Amerikanern abgewendet werden kann. Inhaltlich erinnert das US-Programm stark an die Offshore Voluntary Disclosure Programs des US *Internal Revenue Service* (IRS), welche sich an amerikanische natürliche Personen und Gesellschaften richten und ihnen erklären, wie sie die bisher nicht deklarierten Vermögenswerte offenlegen können, um damit eine Strafverfolgung zu vermeiden.

Die Teilnahme am US-Programm ist freiwillig. Doch die Schweizer Regierung möchte die Banken auffordern, daran teilzunehmen, um einerseits einen Schlussstrich unter den Steuerstreit mit den USA zu ziehen und um andererseits das Vertrauen in die Schweiz als einen führenden Finanzplatz zurückzugewinnen. Die Regierung hat auch im Joint Statement zugesichert, dass das geltende schweizerische Recht



TOBIAS F. ROHNER,
DR. IUR, RECHTSANWALT,
DIPL. STEUEREXPERTE,
PARTNER, BILL ISENEGGER
ACKERMANN AG,
ZÜRICH



MICHAEL PETER,
MLAW, LL.M., SUBSTITUT,
BILL ISENEGGER
ACKERMANN AG,
ZÜRICH

eine effiziente Teilnahme der Schweizer Banken gemäss den im Programm festgelegten Bedingungen erlaubt.

Der Hauptverdienst des US-Programms liegt damit in der Schaffung von Rechtssicherheit.

2.2 Anwendungsbereich

2.2.1 Persönlicher Anwendungsbereich. Am US-Programm können nur Schweizer Banken im Sinne des FATCA-Agreements partizipieren. Darunter fallen nicht nur Banken im eigentlichen Sinne, sondern alle Finanzinstitute, wie etwa Versicherungsgesellschaften, Investment oder Portfoliomanagement-Unternehmen. Keine Anwendung findet das Programm auf natürliche Personen und auf Banken, gegen die das DoJ bis zum 29. August 2013 die Eröffnung einer formellen Strafuntersuchung genehmigt hat (sog. Banken der Kategorie 1).

2.2.2 Zeitlicher Anwendungsbereich. Das US-Programm beschränkt sich auf «US Related Accounts» zwischen dem 1. August 2008 und dem späteren der folgenden Daten: (i) 31. Dezember 2014, (ii) Datum der Inkraftsetzung eines FFI-Agreements, (iii) Datum des NPA oder des NTL (sog. Applicable Period). Die USA zielen damit auf jene unbesteuerten Konten, die selbst dann noch bei Schweizer Banken bestanden, als die USA der Schweiz mit der Verurteilung von UBS-Banker *Bradley Birkenfeld* wegen Beihilfe zu Steuerhinterziehung im Juni 2008 vor Augen führte, dass das Gebahren der Schweizer Banken im Cross-Border Business amerikanische Gesetze verletzen würde. Mithin sollen v.a. jene Banken zur Rechenschaft gezogen werden, die Gelder von US-Personen entgegennahmen, als diese ihre Konten bei der UBS AG schliessen mussten.

2.2.3 Sachlicher Anwendungsbereich. Betroffen vom US-Programm sind Konten mit einem Wert von mehr als USD 50 000 zu einem beliebigen Monatsende innerhalb der Applicable Period. Bestehen zudem Indizien, dass an diesen Konten US-Personen oder US-Gesellschaften wirtschaftlich beteiligt sind, eine Unterzeichnungsberechtigung (direkt oder indirekt) oder eine andere Vollmacht (mit Recht zum Bezug von Geldern, zu Investment-Entscheidungen, zum Erhalt von Bankauszügen, Handelsabrechnungen oder andere Kontoinformationen oder zum Erhalt von Beratungen oder Angeboten) besitzen, so werden sie zu sog. US Related Accounts und damit Gegenstand des US-Programms.

2.3 Vier Kategorien von Banken. Das US-Programm unterscheidet vier Kategorien von Banken. In die Kategorie 1 fallen Banken, die nicht am Programm teilnehmen können, weil gegen sie bereits eine Strafuntersuchung läuft [2].

In die Kategorie 2 fallen Banken, die Grund zur Annahme haben, dass sie im Zusammenhang mit Steuern Delikte unter den Titeln 18 (Crimes) oder 26 (Internal Revenue Code) des United States Code und/oder Delikte im Zusammenhang mit undeckelten US Related Accounts unter den Bestimmungen für illegale Geldtransaktionen (Titel 31 des United States Code, §§ 5314 oder 5322) begangen haben. Diese Banken haben das Recht, mit dem DoJ ein Non-Prosecution Agree-

ment abzuschliessen, und damit eine drohende Anklageerhebung abzuwenden.

Die Kategorie 3 betrifft Banken, die keine Gründe zur Annahme haben, dass sie in die Kategorie 2 fallen würden. Sie haben das Recht, vom DoJ einen NTL zu verlangen, der ihnen bestätigt, dass sie nicht Ziel einer US-Strafermittlung sein werden.

Die Kategorie 4 zielt auf Finanzinstitutionen mit Lokalkundschaft gemäss dem FATCA Agreement, als wäre dieses bereits ab Beginn der Applicable Period (d. h. ab dem 1. August 2008) in Kraft [3]. Darunter fallen Finanzinstitutionen, deren Kundenvermögen zu mindestens 98% von in der Schweiz oder in der EU ansässigen Personen gehalten werden (sog. de-minimis-Klausel). Dieser de-minimis-Test muss am 31. Dezember 2009 und am 29. August 2013 erfüllt sein. Weiter verlangt das FATCA für diese Kategorie von Banken, dass sie ab 1. Januar 2014 keine Konten für nicht in der Schweiz ansässige US-Personen halten [4].

Diese Umschreibung wirft die Frage auf, ob Banken, die zwar die Voraussetzungen der Kategorie 4 erfüllen, aber dennoch Grund zur Annahme haben, dass sie die mit der Kategorie 2 verbundenen Delikte verübten, nicht in die Kategorie 2 wechseln müssten. Die Frage ist zu verneinen, denn das US-Programm hält explizit fest, dass in die Kategorie 2 und 3 keine Bank der Kategorie 4 fällt [5]. Mithin können Banken der Kategorie 4 einen Non-Target Letter verlangen, ohne abzuklären, ob nicht auch bei ihnen die Möglichkeit bestünde, sie hätten gegen amerikanische Gesetze verstossen. Das Diagramm in der *Abbildung* verdeutlicht die Kategorisierung und den Entscheidungsbaum.

2.4 Voraussetzungen und Wirkungen eines NPA

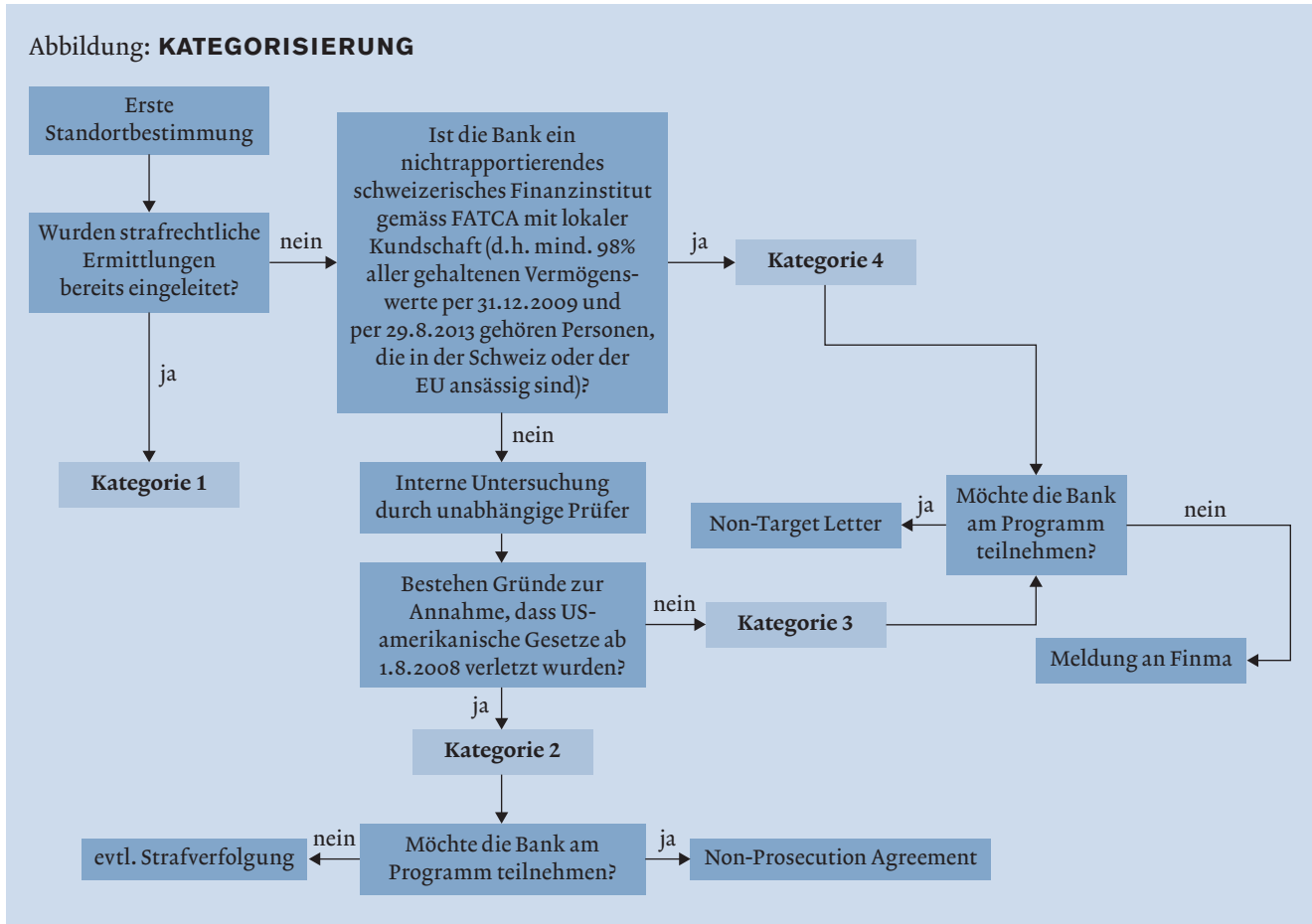
2.4.1 Absichtserklärung zum Abschluss eines NPA. Banken der Kategorie 2 haben die Möglichkeit, mit dem DoJ ein NPA abzuschliessen. Das US-Programm umschreibt lediglich die Rahmenbedingungen eines NPA. Die Aufnahme von weiteren spezifischen Bestimmungen behält sich das DoJ ausdrücklich vor.

Der Abschluss eines NPA setzt voraus, dass die Bank dem DoJ bis spätestens 31. Dezember 2013 ihr Interesse an einem NPA schriftlich mitteilt. Diese Absichtserklärung muss einen Plan enthalten, wie die Bank die Voraussetzungen des NPA innerhalb von 120 Tagen erfüllen wird [6]. Sodann müssten ein unabhängiger Prüfer und dessen Qualifikationen genannt werden. Weiter muss die Bank bestätigen, dass sie sämtliche eingeforderten Akten und auch solche, die in einem künftigen Amtshilfverfahren verlangt werden könnten, aufbewahren wird. Schliesslich muss die Bank zustimmen, dass sie bis zum Abschluss eines NPA oder eines *Deferred Prosecution Agreements (DPA)* [7] keine Einreden aus Verjährung geltend macht für Verjährungsfristen, die am 29. August 2013 noch nicht abgelaufen sind.

2.4.2 Offenzulegende Informationen. Bevor ein NPA abgeschlossen werden kann, muss die Bank ihre vollständige Kooperationsbereitschaft manifestieren, indem sie folgende Informationen und Beweise dem DoJ offenlegt:

→ Tatsachen, wie das Cross-Border Business strukturiert, betrieben und überwacht wurde; → Namen und Funktionen

Abbildung: **KATEGORISIERUNG**



von denjenigen Personen, die das Cross-Border Business nach dem 1. August 2008 strukturiert, betrieben oder überwacht haben; → Anzahl an US Related Accounts und die maximale Gesamtsumme der Guthaben in USD, die am 1. Au-

gust 2008 bestanden haben, und für die zwischen dem 1. August 2008 und dem 28. Februar 2009 sowie nach dem 28. Februar 2009 neu eröffneten Konten.

oder -beratern, Trustees, Treuhändern, Bevollmächtigten, Anwälten, Buchhaltern oder anderen Personen oder Gesellschaften, die einen Bezug zu den US Related Accounts während der Applicable Period hatten; → pro Monat während der Applicable Period detaillierte Informationen darüber, woher und wohin Gelder flossen.

«Sämtliche Informationen muss die Bank auf eigene Kosten von einem unabhängigen Prüfer bestätigen lassen.»

Sämtliche der oben genannten Informationen muss die Bank auf eigene Kosten von einem unabhängigen Prüfer bestätigen lassen.

Mit dem Abschluss eines NPA verpflichtet sich die Bank, die Anzahl der US Related Accounts zu melden sowie betreffend jedes einzelne US Related Account, das innerhalb der Applicable Period geschlossen wurden, folgende Daten zu liefern:

Weiter setzt ein NPA voraus, dass die Bank den USA alle notwendigen Informationen zur Verfügung stellt, damit diese künftig Gesuche um Informationsaustausch auf dem Amtshilfeweg gemäss dem anwendbaren *Doppelbesteuerungsabkommen (DBA)* stellen kann. Dazu gehört auch das Formulieren von angemessenen Suchkriterien zur Stellung von Gruppenanfragen. Schliesslich verpflichtet sich die Bank, Akten zusammenzustellen und aufzubewahren, die potentiell geeignet sind, ein Amtshilfverfahren zu beschleunigen. Interessant ist in diesem Zusammenhang, darauf hinzuweisen, dass sich die Schweiz im Joint Statement verpflichtet hat, Amtshilfegesuche rasch zu behandeln, indem sie u. a. zusätzliches Personal oder andere Ressourcen einsetzt.

- Maximales Guthaben in USD während der Applicable Period;
- Anzahl von US-Personen oder Gesellschaften, die mit dem jeweiligen Konto verbunden sind und Beschreibung dieser Verbindung;
- Angaben, ob das Konto von einer Person oder einer Gesellschaft gehalten wurde;
- Information darüber, ob US-Wertschriften während der Applicable Period gehalten wurden;
- Name und Funktionen von Relationship Managers, Kundenberatern, Vermögensverwaltern

Allerdings sind künftige Amtshilfverfahren nach wie vor lediglich bei Verdacht auf «tax fraud or the like» gemäss Art. 26 des DBA-USA [8], welches am 2. Oktober 1996 unterzeichnet wurde, zulässig. Das am 23. September 2009 unterzeichnete, aber noch nicht ratifizierte Änderungsproto-

koll zum DBA-USA, das den Austausch auf alle voraussichtlich erheblichen Informationen ausweitet, ist (noch) nicht anwendbar [9].

2.4.3 Beauftragung eines unabhängigen Prüfers mit der Untersuchung. Zusätzlich setzt der Abschluss eines NPA voraus, dass die Bank einen unabhängigen Prüfer auf eigene Kosten be-

«Der unabhängige Prüfer muss ein Anwalt oder ein Buchhalter sein.»

auftragt, eine unabhängige interne Prüfung durchzuführen. Der unabhängige Prüfer muss ein Anwalt oder ein Buchhalter sein. Vorteilhaft ist, wenn dieser sowohl das Schweizer wie auch das US-Recht abdecken kann und mit Verfahren vor dem DoJ vertraut ist. Der DoJ behält sich ausdrücklich das Recht vor, einen Prüfer abzulehnen, weil dieser bspw. nicht genügend unabhängig erscheint.

2.4.4 Zahlung von Bussen. Mit dem Abschluss eines NPA verpflichtet sich die Bank zur Zahlung von folgenden Bussen: → Für US Related Accounts, die schon am 1. August 2008 bestanden, 20% des maximalen Kontoguthabens während der Applicable Period; → für US Related Accounts, die zwischen dem 1. August 2008 und dem 28. Februar 2009 eröffnet wurden, 30% des maximalen Kontoguthabens während der Applicable Period; → für US Related Accounts, die nach dem 28. Februar 2009 eröffnet wurden, 50% des maximalen Kontoguthabens während der Applicable Period.

Nicht in die Bussenberechnungsgrundlage sind jene US Related Accounts einzubeziehen, bei denen die Bank beweisen kann, dass die Konten versteuert wurden oder von der Bank dem IRS oder im Rahmen eines Offshore Voluntary Disclosure Programs vor Abschluss eines NPA offengelegt wurden. Mithin besteht auch selbst nach der Publikation des US-Programms die Möglichkeit, den Bussenrahmen durch Offenlegungen von bisher nicht deklarierten Konten massiv zu reduzieren. Dies könnte etwa dadurch erreicht werden, dass die Banken ihre betroffenen Kunden auf das US-Programm und auf die Voluntary Disclosure Initiative des IRS aufmerksam machen und sie zur Offenlegung ermutigten [10].

2.4.5 Verzicht auf die Eröffnung einer Strafuntersuchung. Kommt das DoJ zum Ergebnis, dass sämtliche im NPA enthaltenen Verpflichtungen eingehalten wurden, wird es von der Eröffnung einer Strafuntersuchung absehen. Stellt das DoJ jedoch später fest, dass die von der Bank gelieferten Informationen falsch, unvollständig oder irreführend sind, ist das DoJ nicht mehr an das NPA gebunden und kann die Strafverfolgung fortsetzen.

Dieses Verfahren ist aus Schweizer Sicht insofern rechtsstaatlich bedenklich, als es nicht, wie es die Untersuchungsmaxime in einem Strafverfahren gebieten würde, um die Ermittlung des tatsächlich ereigneten Sachverhalts geht. Viel-

mehr stellt die Möglichkeit des Abschlusses eines NPA ein Druckmittel dar, das das Risiko einer falschen Selbstbelastung oder einer falschen Verurteilung provoziert [11]. Die den Abschluss eines NPA beantragende Bank weiss letztlich nie, ob ihr Cross-Border Business das US-amerikanische Recht tatsächlich verletzt hat. Sie hat lediglich Grund zu glauben, dass sie deliktisch handelte. Trotzdem gibt sie ein Schuldeingeständnis ab und bezahlt eine sehr hohe Busse. Das Schuldeingeständnis stellt quasi die Gegenleistung dafür dar, dass das DoJ nicht ein langjähriges und sehr kostspieliges Strafverfahren gegen die Bank eröffnet, das letztlich das Risiko birgt, dass die Bank gerichtlich verurteilt wird und schliesslich als Worst-Case-Szenario in Konkurs fällt.

2.5 Voraussetzungen und Wirkungen eines NTL

2.5.1 Absichtserklärung zum Erlass eines NTL. Banken der Kategorien 3 und 4 haben das Recht, vom DoJ einen NTL zu verlangen. Hierzu ist ein schriftlicher Antrag innert der Frist vom 1. Juli 2014 bis 31. Oktober 2014 an das DoJ mit dem folgenden Inhalt zu richten:

→ Plan zur Umsetzung und Einhaltung des US-Programms innerhalb angemessener Frist, doch spätestens 120 Tage nach Datum des Antrags; → Identität und Qualifikationen des unabhängigen Prüfers; → Bestätigung, dass alle notwendigen Akten aufbewahrt werden; → Zustimmung, dass keine Einreden aus Verjährung geltend gemacht werden für Verjährungsfristen, die am 29. August 2013 noch nicht abgelaufen sind.

2.5.2 Beauftragung eines unabhängigen Prüfers mit der Untersuchung. Auch für den Abschluss eines NTL ist ein unabhängiger Prüfer zu beauftragen. Der unabhängige Prüfer schliesst seine Untersuchung mit einem Bericht zuhanden des DoJ.

«Die Veröffentlichung von den im US-Programm verlangten Informationen bringt zahlreiche Rechtsprobleme mit sich, insbesondere hinsichtlich Informationen über Bankmitarbeitende und Dritte.»

Zusätzlich hat der Prüfer dem DoJ das Verhältnis der US Related Accounts zu den gesamten Kundenguthaben und verwalteten Vermögen und das Vorhandensein eines wirksamen Compliance Programms zu bestätigen.

2.5.3 Erlass eines NTL. Sind sämtliche Voraussetzungen erfüllt, stellt das DoJ einen NTL aus. Dieser hält fest, dass basierend auf den gewonnenen Informationen die Bank nicht Ziel einer Strafuntersuchung betreffend Delikte im Zusammenhang mit Steuern unter den Titeln 18 (Crimes) oder 26 (Internal Revenue Code) des United States Code und/oder Delikte im Zusammenhang mit undeklarierten US Related

Accounts unter den Bestimmungen für illegale Geldtransaktionen (Titel 31 des United States Code, §§ 5314 oder 5322) sein wird.

3. RECHTLICHE HÜRDEN BEI DER OFFENLEGUNG VON INFORMATIONEN ÜBER BANKMITARBEITENDE UND DRITTE UNTER DEM US-PROGRAMM

3.1 Vorbemerkungen. Das US-Programm sieht vor, dass jede Schweizer Bank, die ein NPA abschliessen möchte, zahlreiche Informationen und Tatsachen hinsichtlich des Geschäftsverkehrs mit US-Kunden offenlegen muss. Die Veröffentlichung von den im US-Programm verlangten Informationen bringt zahlreiche Rechtsprobleme mit sich, insbesondere hinsichtlich Informationen über Bankmitarbeitende und Dritte [12]. Nachfolgend wird auf die Rechtsgrundlagen verwiesen, die einer effizienten Datenbeschaffung und -übermittlung entgegenstehen könnten [13].

3.2 Datenschutzrecht. Die Übermittlung von Daten von Bankmitarbeitenden und Dritten ist als Datenbearbeitung im Sinne des *Datenschutzgesetzes (DSG)* zu qualifizieren [14]. Wer Personendaten bearbeitet, darf dabei die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht verletzen [15]. Insbesondere dürfen keine Daten einer Person gegen deren ausdrücklichen Willen bearbeitet werden; es sei denn, dass ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Ein Rechtfertigungsgrund liegt gemäss Art. 13 Abs. 1 DSG vor, wenn eine gesetzliche Grundlage besteht oder das öffentliche oder private Interesse überwiegt.

Art. 6 Abs. 1 DSG bestimmt, dass Personendaten nicht ins Ausland übermittelt werden dürfen, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Person schwerwiegend gefährdet würde, namentlich wenn die ausländische Gesetzgebung keinen angemessenen Schutz bietet. Die USA bieten gemäss der Beurteilung des Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) grundsätzlich keinen angemessenen Datenschutz [16]. Auch im Joint Statement sind keine Anhaltspunkte zu entnehmen, wie die USA den Datenschutz gewährleisten. Vielmehr behält sich die USA explizit das Recht vor, dass die zur Verfügung gestellten Personendaten zu allen gemäss ihrem Recht gestatteten Zwecken verwendet werden können. Deshalb dürfen u. E. Personendaten lediglich dann übermittelt werden, wenn ein in Art. 6 Abs. 2 DSG genannter Rechtfertigungsgrund gegeben ist. Diese Rechtfertigungsgründe sind gegenüber jenen von Art. 13 Abs. 1 DSG eingeschränkt. Betreffend die Bekanntgabe von Daten über Dritte an die USA kommen deshalb lediglich die Einwilligung des Betroffenen sowie das überwiegende öffentliche Interesse in Betracht. Kein genügender Grund, um die grenzüberschreitende Datenbekanntgabe zu rechtfertigen, ist ein bloss überwiegendes privates Interesse der Bank [17].

Ob ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Datenbeschaffung und -übermittlung besteht, kann nur im Einzelfall entschieden werden. Einerseits besteht aufseiten des Betroffenen das gewichtige Interesse, nicht der Strafverfolgung in den USA ausgesetzt zu werden. Andererseits ist das Interesse der Banken und des gesamten Finanzplatzes Schweiz, den Steuerstreit mit den USA möglichst rasch bei-

zuliegen und damit die für einen Finanzplatz unerlässliche Rechtssicherheit wiederherzustellen, zu gewichten. Auch die Unterstützung von Anliegen ausländischer Staaten ist im öffentlichen Interesse und muss daher in die Abwägung einbezogen werden [18].

Nach dieser Interessenabwägung bleibt zu prüfen, ob die Datenerhebungen, -aufarbeitungen und -übermittlung verhältnismässig sind [19]. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz wäre bspw. verletzt, wenn Datenübermittlungen ohne Information des betroffenen Dritten erfolgen würden. Indem die Musterverfügung des Bundesrats betreffend das Gesuch um Bewilligung gemäss Art. 271 *Strafgesetzbuch (StGB)* [20] an verschiedene Bedingungen knüpft, u. a. dass die Bestimmungen des DSG eingehalten werden müssen, wird implizit auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz hingewiesen. Ausdruck der Verhältnismässigkeit ist etwa die Bedingung in der Musterverfügung, dass Personendaten von ehemaligen und gegenwärtigen Mitarbeitenden und Dritten nur herausgegeben werden dürfen, wenn die betroffenen Personen mindestens 20 Tage vor der geplanten Übermittlung an die US-Behörden über Umfang und Art sowie über den Zeitraum, aus dem die Daten stammen, informiert werden.

3.3 Arbeitsrecht. Gemäss Art. 328 b des *Obligationenrechts (OR)* darf der Arbeitgeber Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, sofern sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich sind. Diese relativ zwingende Norm (vgl. Art. 362 OR) verweist in ihrem zweiten Satz im Weiteren auf die Bestimmungen des DSG. In Rechtsprechung und Lehre unumstritten ist die Ansicht, dass generell nur Datenbearbeitungen zulässig sind, welche in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Arbeitsplatz und der zu leistenden Arbeit stehen [21].

Die Übermittlung von Namen und Funktionen der im US Cross-Border Business tätigen Mitarbeitenden an das DoJ steht in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Arbeitsplatz und der zu leistenden Arbeit und könnte daher die Persönlichkeit der Mitarbeitenden verletzen. Ein allfälliger Rechtfertigungsgrund dieser Persönlichkeitsverletzung kann im DSG gefunden werden (vgl. Abschnitt oben 3.2) [22].

3.4 Strafrecht

3.4.1 Verbotene Handlungen für einen fremden Staat (Art. 271 StGB). Gemäss Art. 271 Ziff. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, in schweren Fällen mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft, wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen oder wer solchen Handlungen Vorschub leistet. Mit dieser Norm wird klargestellt, dass staatliches Handeln auf Schweizer Boden allein durch schweizerische Institute wahrgenommen werden dürfen, es sei denn, es liege eine Bewilligung zugunsten einer ausländischen Behörde vor [23]. Für die Tatbestandsmässigkeit einer Handlung für einen fremden Staat im Sinne von Art. 271 StGB genügt es, dass sie im Interesse des fremden Staates geschieht und für ihn bestimmt ist [24].

Die im Zusammenhang mit dem US-Programm von den Banken geforderten Handlungen (Erhebung, Aufbereitung und Übermittlung von Informationen) kommen den USA zugute und sind auch in ihrem Interesse. Sie qualifizieren somit als Handlungen für einen fremden Staat und sind daher grundsätzlich strafbar. Besteht aber eine Bewilligung, entfällt die Strafbarkeit nach Art. 271 StGB. Zuständig für die Erteilung solcher Bewilligungen sind grundsätzlich die (Bundes-) Departemente und die Bundeskanzlei; bei politischen oder anderen Fällen von grundsätzlicher Bedeutung der Bundesrat [25].

Am 3. Juli 2013 präsentierte der Bundesrat der Öffentlichkeit eine Musterverfügung für Banken, die im Zusammenhang mit der Lösung des Steuerstreits mit den USA um eine Bewilligung nach Art. 271 StGB ersuchen [26]. Die Musterverfügung wurde von einer Wegleitung begleitet [27].

Aus demokratiepolitischen Gründen ist das Vorgehen des Bundesrats nicht zu beanstanden. Der Nichteintretensentscheid des Nationalrats am 19. Juni 2013 zur «Lex USA» hat gezeigt, dass nicht das Parlament, sondern der Bundesrat die notwendigen Massnahmen ergreifen sollte, um den Steuerstreit mit den USA zu bereinigen.

Art. 271 Ziff. 1 StGB enthält keine Anhaltspunkte, unter welchen Voraussetzungen eine entsprechende Bewilligung zu erteilen ist, weshalb der Bundesrat eine Interessenabwägung vornimmt. Der Bundesrat gewichtet einerseits das Interesse an der Wahrung der schweizerischen Gebietshoheit und Souveränität und andererseits das Interesse an der Kooperation mit ausländischen Behörden und zieht dabei das Interesse der betroffenen Dritten mit ein [28]. Der Bundesrat misst dem Interesse an der Kooperation mit amerikanischen Behörden grosses Gewicht bei und sieht in der Erhebung und Übermittlung von Informationen an den DoJ keinen übermässig schweren Eingriff in die Souveränität der Schweiz und gelangt deshalb zum Resultat, dass eine Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB ausgestellt werden könne. Allerdings weist die Musterverfügung darauf hin, dass die Bewilligung nicht von der Einhaltung der übrigen Bestimmungen des schweizerischen Rechts, insbesondere nicht von der Beachtung bestehender Geschäfts- und Bankkundengeheimnisse oder Daten- und Arbeitsrechtsschutzbestimmungen entbinde [29].

3.4.2 Wirtschaftlicher Nachrichtendienst (Art. 273 StGB). Gemäss Art. 273 StGB macht sich strafbar, wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis auskundschaftet, um es einer fremden amtlichen Stelle oder einer ausländischen Organisation zugänglich zu machen. Im Gegensatz zu Art. 271 StGB kennt diese Norm kein Bewilligungsverfahren, sondern überlässt den Entscheid, ob das Wirtschaftsgeheimnis ausländischen Stellen freigegeben werden darf, dem Geheimnisherr [30]. Geschützt ist eine Tatsache, die relativ unbekannt ist, die einen Bezug zur Schweiz hat, an der ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse besteht und die der Geheimnisherr effektiv geheim halten möchte [31].

Sofern Informationen über Dritte herausverlangt werden, haben diese gemäss den Richtlinien der Bundesanwaltschaft über die Preisgabe der Daten vorgängig in aller Form zuzu-

stimmen, andernfalls macht sich der Veröffentlichende gemäss Art. 273 StGB strafbar [32]. Ein schützenswertes Geheimhaltungsinteresse dürfte vorliegend bei Dritten, die im Zusammenhang mit den fraglichen US-Konten in irgendeiner Weise tätig waren, klar zu bejahen sein. Werden im Zuge der mög-

*«Ein schützenswertes
Geheimhaltungsinteresse dürfte
vorliegend bei Dritten,
die im Zusammenhang mit
den fraglichen US-Konten
in irgendeiner Weise tätig waren,
klar zu bejahen sein.»*

lichen Datenübermittlungen an die US-Behörden, die Zustimmung der betroffenen Dritten nicht vorgängig eingeholt, können diese gegen die entsprechenden Bankinstitute Strafanzeige einreichen [33]. Allerdings sind etwaige Rechtfertigungsgründe zu berücksichtigen (vgl. hierzu Abschnitt unten 3.5).

3.5 Bankkundengeheimnis. Die dem Bankkundengeheimnis unterstellten Personen (u. a. Organ, Angestellter, Beauftragter oder Liquidator einer Bank) müssen gemäss Art. 47 Bankengesetz (BankG) Stillschweigen über alle Geheimnisse bewahren, die ihnen in Ausübung ihrer Berufstätigkeit anvertraut werden und worüber sie in ihrer beruflichen Eigenschaft oder sonst im Rahmen ihrer Tätigkeit bei der Bank Kenntnis erlangt haben [34]. Das Bankkundengeheimnis umfasst alle Informationen über den Bestand, die Art und den Umfang einer geschäftlichen Beziehung zwischen dem Kunden und seiner Bank. Gemäss einem Teil des Schrifttums sind von diesem Geheimnis aber auch Informationen über Geschäftsbeziehungen des Kunden mit anderen Banken und Drittpersonen erfasst, die der Bank im Verlauf der geschäftlichen Beziehungen publik gemacht worden sind [35].

Im Rahmen des US-Programms sind keine Bankkundendaten zu übermitteln, weshalb das Bankkundengeheimnis diesbezüglich nicht betroffen ist. Hingegen sind Daten von Drittpersonen, wie Namen und Funktionen von Mitarbeitern und bankexternen Beratern offenzulegen; mithin vom Bankkundengeheimnis geschützte Daten.

Die Banken dürfen deshalb gestützt auf Art. 47 BankG keine Informationen über Dritte an die US-Behörden weiterleiten, welche sie im Rahmen der Geschäftsbeziehungen erfahren haben, sofern kein zulässiger Rechtfertigungsgrund besteht. Ob die sich auf Art. 271 Ziff. 1 StGB stützenden bundesrätliche Bewilligung einen genügenden Rechtfertigungsgrund darstellt, ist sehr zweifelhaft [36]. Denn einerseits nimmt sie keinen Bezug auf Art. 47 BankG und andererseits wird in der Verfügung explizit festgehalten, dass sich die Bewilligung nicht auf Bankkundendaten erstrecke.

Hingegen kann in der Wahrung berechtigter Interessen ein aussergesetzlicher Rechtfertigungsgrund im Sinne von

Art. 47 Abs. 6 BankG i.V. m. Art. 14 StGB bestehen [37]. An den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund sind aber strenge Anforderungen zu stellen. Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit einer Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 Abs. 1 StGB) statuiert, dass der Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen voraussetzt, dass die Straftat zur Erreichung des Ziels notwendig und angemessen ist und den einzig möglichen Weg darstellt [38].

Es stellt sich deshalb die Frage, ob das US-Programm der einzige Weg ist, um an die Daten von Dritten zu gelangen. Diese Frage ist zu verneinen, da dies auf dem Amtshilfeweg auch möglich wäre. Allerdings wäre einem Amtshilfeersuchen wenig Erfolg beschieden, denn es kämen nur Dritte infrage, die im Zusammenhang mit «tax fraud or the like» gemäss Art. 26 DBA-USA stehen würden. Um auch an Daten von Dritten zu gelangen, die nicht im Zusammenhang mit «tax fraud or the like» stehen, ist derzeit das US-Programm das einzige mögliche Mittel.

3.6 Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Jedes staatliche Handeln muss verhältnismässig sein. Der Bundesrat erteilt in der Musterverfügung nicht nur eine Bewilligung nach Art. 271 StGB, sondern bringt darin auch klar zum Ausdruck, dass diese nicht von der Einhaltung der übrigen Bestimmungen des schweizerischen Rechts entbindet. Mehr noch: Er hat klare Direktiven gegeben, wie die betroffenen Mitarbei-

ter und Dritte zu informieren sind. Darin kommt auch der Verhältnismässigkeitsgrundsatz zum Ausdruck.

Inspiziert von den Voten in der Parlamentsdebatte zur Lex USA den Schutz von Dritten zu stärken [39], hat der Bundesrat in der Musterverfügung festgehalten, dass Personendaten von Mitarbeitenden und Dritten lediglich dann herausgegeben werden dürfen, wenn die betroffenen Personen mindestens 20 Tage vor der geplanten Herausgabe an die US-Behörden über Umfang und Art der Daten sowie über den Zeitraum, aus dem sie stammen, informiert werden. Eine solche Informationspflicht statuiert auch Art. 4 Abs. 5 DSG, wobei in dieser Bestimmung lediglich von angemessener Information die Rede ist und keine Fristen definiert werden.

Sofern sich eine Person gegen die Datenübermittlung wehrt, hat die Bank die betroffene Person auf ihr Klagerecht nach Art. 15 DSG [40] hinzuweisen. Die Bank darf die Daten frühestens zehn Tage nach Mitteilung, dass keine Klage anhängig gemacht wurde oder nachdem die Klage rechtskräftig abgewiesen wurde, übermitteln [41].

Für betroffene Mitarbeitende sieht die Musterverfügung zusätzliche Fürsorge- und Schutzrechte vor [42]. Die Verfügung verlangt etwa, dass vor der Datenübermittlung mit den Personalverbänden eine Vereinbarung abzuschliessen ist, welche einen höchstmöglichen Schutz für die Mitarbeitenden garantieren soll [43]. Eine solche Vereinbarung wurde

zwischen dem Schweizerischen Bankpersonalverband, dem Arbeitgeberverband der Banken und der Schweizerischen Bankiervereinigung am 29. Mai 2013 getroffen [44]. Mit Inkrafttreten des US-Programms und der Unterzeichnung des Joint Statements am 29. August 2013 trat auch die genannte Vereinbarung in Kraft [45]. Nebst dem Informationsrecht sieht die Vereinbarung für betroffene Mitarbeitende auch ein Auskunfts- und Einsichtsrecht vor [46]. Sofern sich betroffene Mitarbeitende gegen die Übermittlung von Dokumenten wehren, nimmt die Bank eine Interessenabwägung für den konkreten Einzelfall vor. Will die Bank die Dokumente ohne Schwärzung des Namens trotzdem übermitteln, muss sie den betroffenen Mitarbeitenden darüber informieren und ihn über seine Rechte aufklären [47]. Die inhaltlichen Mindestvorgaben des Bundesrats [48] bezüglich der detaillierten Regelung der arbeitsvertragsrechtlichen Fürsorgepflicht [49], der Härtefall-Regelung [50], dem Diskriminie-

rungsschutz [51] und dem Entlassungsschutz [52] sind in der Vereinbarung ebenfalls enthalten [53]. Mit der Musterverfügung hat der Bundesrat die Rechtsstellung der Bankmitarbeitenden erkennbar verbessert. Er hat damit auf den unmissverständlichen Wunsch des Parlaments reagiert.

4. FAZIT

Die Lancierung des US-Programms zur Bereinigung des Steuerstreits macht es für jede Schweizer Bank erforderlich, den Bestand und die Veränderungen ihrer US Related Accounts ab 1. August 2008 zu analysieren und eine Standortbestimmung zu machen. Entscheidet sich die Bank für die Teilnahme am US-Programm, hat sie einen unabhängigen Prüfer beizuziehen. Werden die in der Musterverfügung des Bundesrats aufgestellten Bedingungen erfüllt, steht der Teilnahme am US-Programm nichts mehr entgegen. ■

Notes: 1) Vgl. Finma-Mitteilung Nr. 50 vom 30. August 2013. 2) Noch Ende August hat das DoJ erklärt, dass im Rahmen des Steuerstreits gegen 14 Banken Strafuntersuchungen laufen (vgl. Weitere Banken im US-Visier, in NZZ vom 11. 9. 2013, abrufbar unter: <<http://www.nzz.ch/aktuell/wirtschaft/wirtschaftsnachrichten/weitere-banken-im-us-visier-1.18148118>>, letztmals besucht am 16. 9. 2013). 3) US-Programm, Ziff. IV.A.2. 4) Abkommen zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Zusammenarbeit für eine erleichterte Umsetzung von FATCA, Anhang II, Ziff. II.A.1.f. 5) US-Programm, Ziff. II.A.2 und III.A.2. 6) Sollte die Bank nicht in der Lage sein, die 120-Tage-Frist einzuhalten, gewährt das DoJ eine einmalige Fristerstreckung um 60 Tage, sofern gute Gründe hierfür geltend gemacht werden können. 7) Im Unterschied zum NPA wird beim DPA typischerweise eine strafrechtliche Anklage erhoben. Diese Anklage wird aber gemäss Vereinbarung zwischen der Bank und dem DoJ während einer bestimmten Probezeit aufgeschoben und letztlich fallengelassen, falls sich die Bank an die im DPA getroffenen Vereinbarungen hält. 8) SR 0.672.933.61. 9) Dessen Ratifizierung scheiterte bislang am Widerstand des amerikanischen Senators Rand Paul, weil dieser fürchtet, dass damit die Privatsphäre von Amerikanern verletzt würde. 10) Dies wird explizit auch im Joint Statement festgehalten. 11) Vgl. Andreas Ransiek, Zur Urteilsabsprache im Strafprozess: ein amerikanischer Fall, in: ZIS 2008, S. 119. 12) Vgl. explizite Auflistung in US-Programm unter Ziff. II.D.2. 13) Vgl. zum Ganzen auch Tobias F. Rohner/Urs Furrer, Knacknüsse bei der Lieferung von Daten durch Schweizer Banken an die USA, in: ST 2013/8, S. 515 ff. 14) Art. 3 lit. e und f DSGVO. 15) Art. 12 Abs. 1 DSGVO. 16) Vgl. die Staatenliste des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten, abrufbar unter <<http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html>>, letztmals besucht am 12. 9. 2013. 17) Vgl. David Rosenthal, in: Rosenthal/Jöhri (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, N 37 zu Art. 6 DSGVO. 18) Vgl. Rosenthal (Anm. 17), N 60 zu Art. 6 DSGVO. 19) Vgl. auch Art. 4 Abs. 2 DSGVO. 20) Musterverfügung des Bundesrates betreffend Bewilligung gemäss Art. 271 StGB, abrufbar unter <<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31820.pdf>>, letztmals besucht am 13. 9. 2013. 21) Vgl. Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu

Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2012, N 3 ff. zu Art. 328b OR. 22) Rosenthal (Anm. 17), N 12 zu Art. 328b OR; a.M. Streiff/von Kaenel/Rudolph (Anm. 21), N 3 zu Art. 328b OR, gemäss deren Ansicht auch das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds die Rechtswidrigkeit nicht zu beseitigen vermag, aufgrund des relativ zwingenden Charakters von Art. 328b OR. Die Datenbearbeitung könne nur zulässig sein, wenn sie die Abklärung der Eignung des Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis betreffe oder zur Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich sei. Gemäss Streiff/von Kaenel/Rudolph (Anm. 20), N 6 zu Art. 328b, liegt Letzteres bei der Erfüllung von administrativen Belangen oder gesetzlichen Verpflichtungen vor. Die fragliche Datenübermittlung könnte somit auch mit der Erfüllung administrativer Belange/Verpflichtungen begründet werden. 23) Markus Husmann, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.) BSK Strafrecht II, 3. A., Basel 2013, N 8 zu Art. 271 StGB. 24) Husmann (Anm. 23), N 43 zu Art. 271 StGB. 25) Art. 31 Abs. 1 und 2 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV, SR 172.010.1). 26) Musterverfügung (Anm. 20). 27) Wegleitung des Eidg. Finanzdepartementes zur schweizerischen Musterverfügung vom 3. Juli 2013, abrufbar unter <<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31820.pdf>>, letztmals besucht am 13. 9. 2013. 28) Musterverfügung (Anm. 20), S. 2 f. 29) Musterverfügung (Anm. 20), S. 3. 30) Vgl. Husmann (Anm. 23), N 21 zu Art. 273 StGB. 31) Vgl. Husmann (Anm. 23), N 12 ff. zu Art. 273 StGB. 32) Vgl. Richtlinien der Bundesanwaltschaft (Bundesanwalt R. Gerber) publiziert in: Husmann (Anm. 23), N 30 zu Art. 273 StGB; Peter C. Honegger/Andreas Kolb, Amts- und Rechtshilfe: 10 Aktuelle Fragen, in: ASA 77, S. 818. 33) Vgl. auch Rainer J. Schweizer/Markus H. F. Mohler/Alexander M. Glutz, Das Bundesgesetz zum Steuerstreit verletzt den Rechtsstaat und die Demokratie, in: Jusletter vom 10. Juni 2013, Rz. 20. 34) Vgl. Emch/Renz/Arpagaus (Hrsg.), Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2011, Rz 470. 35) Vgl. Emch/Renz/Arpagaus (Hrsg.) (Anm. 34), Rz 470. 36) Vgl. auch Husmann (Anm. 23), N 67 zu Art. 273 StGB, der für Art. 273 StGB zu einem ähnlichen Ergebnis kommt. 37) Vgl. Kurt Seelmann, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK Strafrecht I, 3. A., Basel 2013, N 25 zu Art. 14 StGB. 38) Bundesgericht, Urteil vom 12. Dezember 2011, 6B_305/2011; vgl. auch BGE 117 IV 170, BGE 129 IV 6. 39) Wortprotokoll des Ständerates bzgl.

Massnahmen zur Erleichterung der Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten vom 12. Juni 2013 (AB 2013 S. 492 ff.), abrufbar unter <http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4909/408355/d_s_4909_408355_408374.html>, letztmals besucht am 13. 9. 2013. 40) Dieser Artikel regelt die Rechtsansprüche betroffener Personen bei persönlichkeitsverletzender Datenbearbeitung. Dabei wird grundsätzlich auf Art. 28 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) verwiesen. Die betroffenen Personen haben gestützt auf diese Norm verschiedene Ansprüche wie einen Unterlassungs-, Beseitigungs- oder Feststellungsanspruch, die Mitteilung und Veröffentlichung des Urteils, aber auch Schadenersatz-, Genugtuungs- oder Gewinnherausgabeanspruch; vgl. hierzu auch Corrado Rampini, in: Maurer-Lambrou/Vogt (Hrsg.), BSK Datenschutzgesetz, 2. A., Basel 2006, N 1 ff. zu Art. 15 DSGVO. 41) Musterverfügung (Anm. 20), S. 4 f. 42) Musterverfügung (Anm. 20), S. 3. 43) Musterverfügung (Anm. 20), S. 5. 44) Vereinbarung zwischen Schweizerischer Bankpersonalverband (SBPV), Arbeitgeberverband der Banken in der Schweiz (AGV Banken) und der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg), abrufbar unter <http://www.sbpv.ch/fileadmin/user_upload/Dossiers/auslieferung/Vereinbarung_USA_Unterzeichnet.pdf>, letztmals besucht am 13. 9. 2013. 45) Vereinbarung (Anm. 44), S. 5. 46) Vereinbarung (Anm. 44), S. 2. 47) Vereinbarung (Anm. 44), S. 2. 48) Musterverfügung (Anm. 20), S. 5. 49) Die Bankinstitute verpflichten sich, für die Anwaltskosten von Mitarbeitenden aufzukommen, die aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit für das jeweilige Bankinstitut in den USA strafrechtlich angeklagt werden. Bei schwerem Selbstverschulden gibt es jedoch keine Kostenübernahmepflicht. 50) Für aktuelle oder ehemalige Mitarbeitende, welche durch die Datenlieferungen in eine persönlich, finanziell oder wirtschaftlich schwierige Situation geraten, wird ein spezieller Fonds im Umfang von CHF 2.5 Mio. eingerichtet. 51) Die Bankinstitute dürfen im Rahmen von Anstellungsgesprächen keine Fragen nach der persönlichen Betroffenheit eines Stellenbewerbers durch Datenlieferungen stellen. 52) Kein Kündigungsgrund liegt vor, wenn ein Mitarbeitender von Datenlieferungen persönlich betroffen ist. Die Betroffenheit von einer Datenlieferung als Kündigungsgrund wird vermutet, wenn sie vom betroffenen Mitarbeitenden glaubhaft gemacht wird. 53) Vereinbarung (Anm. 44), S. 3 ff.