

Niggli/Amstutz (Hrsg.)

GRUNDLEGENDES RECHT



29

Markus Husmann

Recht aus den Fugen

Ein Beitrag zum Wesen der «Bewilligung nach
Artikel 271 des Strafgesetzbuches»

Helbing Lichtenhahn Verlag

Marcel Alexander Niggli / Marc Amstutz (Hrsg.)
Grundlegendes Recht 29

Markus Husmann

Recht aus den Fugen

Marcel Alexander Niggli / Marc Amstutz (Hrsg.)
Grundlegendes Recht 29

Markus Husmann

Recht aus den Fugen

Ein Beitrag zum Wesen der «Bewilligung
nach Artikel 271 des Strafgesetzbuches»

Helbing Lichtenhahn Verlag

Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds
zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

DOI: https://doi.org/10.46455/Helbing_Lichtenhahn/978-3-7190-4460-2



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung -
Nicht kommerziell - Keine Bearbeitungen 4.0 International Lizenz.

ISBN 978-3-7190-4460-2 (gedruckte Ausgabe)

2021 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
www.helbing.ch

Un giorno l'umanità giocherà col diritto, come i bambini giocano con gli oggetti fuori uso, non per restituirli al loro uso canonico, ma per liberarli definitivamente da esso.

AGAMBEN, Stato di eccezione, 83

Meinen Eltern

Danksagung

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg i.Ue. am 7. Dezember 2020 als Dissertation angenommen. Die Entwicklung der Praxis, Rechtsprechung und Literatur sind bis zu diesem Datum berücksichtigt.

Mein herzlicher Dank geht allen voran an meinen Doktorvater, Prof. Dr. Marcel Alexander Niggli. Er hat mein Vorhaben von Anfang an mit grossem wissenschaftlichem Interesse aufgenommen, die Untersuchung mit kritischen Anregungen begleitet und das Resultat nicht zuletzt durch zahlreiche, von Neugier und Verwunderung gezeichnete Diskussionen mitgeprägt. Ebenso danke ich Prof. Dr. Gerhard Fiolka, nicht nur für die Übernahme des Zweitgutachtens, sondern auch für die unzähligen wertvollen Gespräche und Anregungen.

Zahlreiche weitere Menschen haben zum Gelingen dieser Arbeit in irgendeiner Form beigetragen, etwa indem sie substanzielle Teile des Manuskripts mit kritischem Auge gelesen, sich auf einen wissenschaftlichen Austausch eingelassen oder die mühevollen Arbeit des Lektorats übernommen haben. Besonders zu erwähnen sind Florian Weber, Denise Wohlwend, Silvio Bürgi, Xenia Rivkin, Dr. Jonas Achermann, Nicole Ebnetter, Prof. Dr. Andreas Stöckli, Diego Stoll, Adrian Bussmann sowie Bernadette Husmann und Simone Baschung. Ebenso danke ich all meinen Kolleginnen und Kollegen an der Universität Freiburg, für die anregende und unterhaltsame Studien- und Forschungszeit; Alain Joset, der mir ermöglicht hat, die vorliegende Arbeit parallel zu meiner Tätigkeit in der Advokatur zum Abschluss zu bringen; Barbara Rais vom Helbing Lichtenhahn Verlag, die eine reibungslose und zügige Publikation ermöglicht hat sowie dem Schweizerischen Nationalfonds, der die vorliegende Dissertation mit einem Förderbeitrag unterstützt.

Von Herzen danke ich schliesslich meinen Eltern für die Unterstützung während meines Bildungsweges und meinen Freundinnen und Freunden für ihre Geduld. Der grösste Dank aber gebührt meiner Freundin Simone – sie hat das Projekt in der Abschlussphase ebenso kritisch wie sorgfältig begleitet und damit entscheidend zu dessen Fertigstellung beigetragen.

Luzern, im Januar 2021

Markus Husmann

Inhaltsverzeichnis

Danksagung	IX
Verzeichnis der verwendeten Literatur, Materialien und Abkürzungen	XVII
Einleitung – Das Versprechen der Legalität	1
§ 1 Einleitende Worte aus dem Notrechtsregime	3
§ 2 These, Methode und Aufbau der Arbeit	5
§ 3 Legalität	7
I. Legalität als Relation	7
II. Legalität als Prinzip	8
A. Legalität als unabdingbares Element eines Rechtsstaats	8
B. Das Legalitätsprinzip im schweizerischen Verfassungsrecht	10
1. Das Legalitätsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns	10
2. Die demokratische-gewaltenteilige Funktion des Legalitätsprinzips	12
3. Die rechtsstaatliche Funktion des Legalitätsprinzips	13
a) Erfordernis des Rechtssatzes	13
b) Gebot der genügenden Bestimmtheit	14
C. Methoden und Techniken zur Bewältigung des Legalitätsprinzips	14
1. Problematik	14
2. Die Erschaffung von Rechtsnormen	15
a) Ausweitung der Rechtssetzungstätigkeit	15
b) Normdichte und offene Rechtsbegriffe	16
c) Ermessensnormen	17
d) Dringlichkeitsrecht	17
e) Ungeschriebene Rechtsnormen	17
3. Die Produktion von Legalität: Auslegung von Rechtsnormen	19
D. Ausnahmen vom Legalitätsprinzip: Lösungsansätze ohne Referenz auf Rechtsnormen	20
1. Intrakonstitutionelle Instrumente	20
2. Extrakonstitutionelles Handeln	22
III. Legalität als Versprechen	22
A. Das Legalitätsprinzip als Operationalisierung von Rechtsnormen	22
B. Die Zusammenfügung von Lebenssachverhalt und Rechtsnormen	22
C. Das Legalitätsprinzip als positiviertes Versprechen	23
Teil I: Schweizerische Zusammenarbeit mit dem Ausland unter Druck	25
§ 1 Einleitung	27
I. Schutz des schweizerischen Finanzplatzes über alles?	27
II. Übersicht	28
§ 2 Präludium: Die «Rettung» der UBS	30

§ 3	Internationale Kooperation im Steuerstreit mit den USA	32
I.	Erster Akt: Exposition	32
A.	Die Schweiz im Visier der US-Behörden	32
B.	Das rechtliche Setting	33
1.	Übersicht	33
2.	Souveränität und Territorialität als völkerrechtliche Schranken	33
3.	Amts- und Rechtshilferegeln	33
4.	Strafbestimmungen zum Schutz der Souveränität und Gebietshoheit	35
5.	Strafbestimmungen zum Geheimnisschutz und Datenschutz	36
6.	Weitere Bestimmungen zum Schutz von Individualrechtsgütern	36
C.	Das unlösbare Kooperations-Dilemma	37
II.	Zweiter Akt: Komplikation	38
A.	Herausgabe der UBS-Kundendaten an das DoJ	38
1.	Sachverhalt	38
2.	Verfügung der FINMA vom 18.2.2009	39
3.	Urteil des Bundesverwaltungsgerichts	40
4.	Urteil des Bundesgerichts (BGE 137 II 431)	41
5.	Juristische Implikationen	43
6.	Folgen	45
B.	«Blocking order» des Bundesrates	46
1.	Tatsächliches	46
2.	Anmerkungen	48
C.	Amtshilfeabkommen: Exekutive Bindung der Justiz	49
1.	Tatsächliches	49
2.	Anmerkungen	50
D.	Urteil des Bundesverwaltungsgerichts und Erhebung zum Staatsvertrag	51
1.	Tatsächliches	51
2.	Anmerkungen	54
III.	Dritter Akt: Peripetie	54
A.	Erste Serie von «Bewilligungen nach Art. 271 StGB»	54
B.	Anmerkungen	56
IV.	Vierter Akt: Retardation	58
A.	«Lex USA»	58
B.	Anmerkungen	59
V.	Fünfter Akt: Lysis	61
A.	Musterverfügung zu einer «Bewilligung nach Art. 271 StGB»	61
B.	Anmerkungen	62
§ 4	Die «Bewilligungen nach Art. 271 StGB» als Kulminations- und Wendepunkt in der internationalen Zusammenarbeit	65
I.	Zentrale Aspekte der Entwicklung des Steuerstreites mit den USA	65
II.	Die besondere Rolle der «Bewilligungen nach Art. 271 StGB»	66
III.	Entwurf eines Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetzes von 2013	67

A. Übersicht und Motive	67
B. Ausgewählte Aspekte der Vorlage	68
C. Stilles Scheitern	69
IV. Das Nachrichtendienstgesetz (NDG) von 2015	70
Teil II: Die sogenannte «Bewilligung nach Artikel 271 des Strafgesetzbuches» . .	73
§ 1 Ausgangslage und Fragestellung	75
§ 2 Die Strafbestimmung der verbotenen Handlung für einen fremden Staat gemäss Art. 271 StGB	77
I. Art. 271 StGB als Untersuchungsgegenstand	77
II. Entstehungsgeschichte	78
III. Rechtsgut	79
IV. Objektiver Tatbestand	80
V. Subjektiver Tatbestand	81
VI. Staatsschutzprinzip	82
VII. Weitere Besonderheiten	82
§ 3 Der Passus «ohne Bewilligung»	84
I. Ausgangslage	84
II. Bewertung des Passus «ohne Bewilligung» im Allgemeinen	85
A. Übersicht	85
B. Kategorisierung der Bewilligungen in der Doktrin und Rechtsprechung	86
C. Systematisierung anhand rechtlicher Ordnungskriterien	87
1. Formen der internationalen Kooperation	87
2. Rechtsgrundlagen	87
3. Rechtsgebiete	88
4. Verfahren zur Bewilligungserteilung	88
III. Die «Bewilligungen nach Art. 271 StGB» insbesondere	89
A. Vorbemerkung	89
B. Die aktuelle Praxis der «Bewilligung nach Art. 271 StGB»	90
1. Bewilligungen gestützt auf Art. 271 StGB	90
2. Formelles	91
3. Materielles	92
4. Rechtliche Wirkung	93
5. Rechtsschutz	93
C. Problembereiche der aktuellen Praxis	94
1. Übersicht	94
2. Legalitätsprinzip	94
3. Grundsatz der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) und Willkürverbot (Art. 9 BV)	95
4. Umgehung der Amts- und Rechtshilferegulungen	96
5. Privatisierung von Staatsaufgaben	97
6. Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV, Art. 9 BV)	98
7. Gewaltentrennung	98

8. Rechtsweggarantie	99
9. Zwischenfazit	100
D. Genealogie der aktuellen Praxis	100
1. Vorläuferbestimmungen von Art. 271 StGB und Schaffung des schweizerischen Strafgesetzbuches	100
2. Herausbildung einer frühen Praxis	102
3. Bundesratsbeschluss vom 7.7.1971	103
4. Etablierung von Grundsätzen in der Behördenpraxis	104
5. Der Entscheid i.S. Marcos (VPB 1997 Nr. 82)	105
6. Überführung des Bundesratsbeschlusses nach Art. 31 RVOV	107
7. Praxis im Rahmen des Qualified Intermediary Agreement (QIA) von 2001	107
8. Einzelfallbewilligungen und Musterverfügung im Steuerstreit	109
9. Entwurf für ein Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und über den Schutz der schweizerischen Souveränität	110
10. VPB-Publikationen als Grundlage der heutigen Praxis	111
11. Zwischenfazit	111
E. Bewertung in Doktrin und Verwaltung	112
1. Doktrin	112
2. Bundesverwaltung	115
3. Rechtsprechung	116
4. Zwischenfazit	117
F. Auslegung von Art. 271 StGB gemäss dem Kanon des Bundesgerichts	117
1. Übersicht	117
2. Grammatikalische Auslegung	118
3. Historische Auslegung	120
4. Teleologische Auslegung	122
a) Geschütztes Rechtsgut und zu Grunde liegende Werte	122
b) Zielsetzung der Norm	123
c) Geist der Norm	124
d) Zusammenfassung	126
5. Systematische Auslegung	126
a) Formelle Normstruktur	127
b) Materiell typengleiche Normen	127
c) Zusammenhang mit weiteren Rechtsnormen	128
G. Vorläufiges Ergebnis	130
§ 4 Charakteristika der «Bewilligung nach Art. 271 StGB»	131
I. Zweck, Wirkung und rechtliche Anforderungen	131
A. Allgemeines	131
B. Aussenverhältnis: Einwilligung in den Eingriff in die staatliche Souveränität	131
C. Innenverhältnis	132
1. Aufhebung der Geltung einer Strafnorm	132

2.	Bewilligung von hoheitlichem Handeln und Schaffung von einzelfallweisem Amts- und Rechtshilferecht	134
3.	Eingriff in rechtlich geschützte Positionen und Aufhebung gesetzlicher Normen	135
4.	Eingriff in Grund- und Menschenrechte sowie Verfahrensrechte	137
D.	Zwischenfazit	138
II.	Relativierung der Anforderungen des Legalitätsprinzips im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten?	138
A.	Ausgangslage	138
B.	Relativierung des Legalitätsprinzips in der klassischen Lehre der Aussenpolitik	138
C.	Postulat einer normgebundenen Aussenpolitik	139
D.	Zwischenfazit	143
III.	Mögliche Rechtsgrundlagen zur Erteilung einer «Bewilligung nach Art. 271 StGB»	143
A.	Allgemeines	143
B.	Rechtliche Grundlagen gemäss Verweis der aktuellen Bewilligungs- praxis (Art. 271 StGB i.V.m. Art. 31 RVOV)	144
1.	Art. 271 StGB	144
2.	Art. 31 RVOV	144
3.	Zwischenfazit	145
C.	Bestimmungen zu den Beziehungen zum Ausland sowie zur äusseren und inneren Sicherheit	146
1.	Allgemeines zu den «Beziehungen zum Ausland»	146
2.	Besorgung der auswärtigen Angelegenheiten gemäss Art. 184 Abs. 1 BV	147
3.	Interessenwahrungsrecht gemäss Art. 184 Abs. 3 BV	148
4.	Notrecht gemäss Art. 185 Abs. 3 BV sowie Polizeigeneralklausel	150
5.	Exkurs: Massnahmen zum Schutz der inländischen Wirtschaft gemäss Art. 101 Abs. 2 BV.	150
6.	Zwischenfazit	151
D.	Gewohnheitsrecht	151
1.	Allgemeines zur Geltung von Gewohnheitsrecht	152
2.	Gewohnheitsrecht im Kontext der «Bewilligung nach Art. 271 StGB»?	153
3.	Zwischenfazit	155
IV.	Indikatoren zur Charakterisierung als verfassungsunmittelbares Interessenwahrungsrecht	156
1.	Übersicht	156
2.	Bewertung als Interessenwahrungs- und Notrecht	156
§ 5	«Bewilligung nach Art. 271 StGB» als Interessenwahrungsrecht	160
I.	Übersicht und Terminologie	160
II.	Formelles	160
A.	Rechtsgrundlage und Verfahrensordnung	160
B.	Zuständigkeit und Delegation	161

III. Materielles	162
A. Voraussetzungen und Schranken	162
1. Voraussetzungen gemäss Art. 184 Abs. 3 BV	162
a) Wahrung der Interessen des Landes	163
b) Notwendigkeit	164
c) Befristung	170
d) Verbot von Massnahmen contra legem	170
e) Verhältnismässigkeit	172
2. Weitere in der Doktrin und Verwaltung genannte Voraussetzungen	172
3. Ausgewählte weitere Aspekte	173
a) Grund- und Menschenrechte	173
b) Besondere spezialgesetzlich geregelte Schutzbestimmungen	174
4. Verhältnis zu Art. 7c–e RVOG	175
5. Verhältnis von Art. 184 Abs. 3 BV zum Notrecht und zur Polizeigeneralklausel	176
a) Art. 185 Abs. 3 BV (exekutives Notrecht)	176
b) Art. 173 Abs. 1 lit. c BV (legislatives Notrecht)	177
c) Unterschiedliche Anwendungsvoraussetzungen als Wertungswiderspruch	177
d) Eigene Würdigung	179
e) Skizze eines ganzheitlichen Konzepts der Polizeigeneralklausel	180
B. Form	183
C. Modalitäten wie Bedingungen und Auflagen	184
D. Umfang und Wirkung der Kooperationsbewilligung	184
IV. Rechtsschutz	184
§ 6 Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse	187
§ 7 Konstellationen zur Erteilung einer Kooperationsbewilligung gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV	189
Teil III: Recht aus den Fugen	191
§ 1 Die «Bewilligung nach Art. 271 StGB» als Abkehr von Art. 271 StGB	193
§ 2 Recht aus den Fugen	195
I. Der staatlich bewilligte Mord	195
II. Die Ausnahme im Normgefüge	196
§ 3 Handeln jenseits des Rechts	197
Schlussbetrachtung	199
Anhang	203

Verzeichnis der verwendeten Literatur, Materialien und Abkürzungen

Systematik: Nachfolgendes Verzeichnis umfasst sowohl die verwendeten Abkürzungen als auch die zitierte Kurzform der verwendeten Literatur und Materialien.

Zitierweise: Die Literatur wird mit dem Nachnamen der Verfasser, einem Kennwort sowie der Seitenzahl oder der Randnote zitiert. Werden von einem Werk unterschiedliche Auflagen zitiert, wird die Auflage hochgestellt angezeigt. Bei Beiträgen aus Zeitschriften wird die Zeitschrift angegeben. Nicht separat ausgewiesen wird die Bezeichnungen von Schriftenreihen oder Dissertationen. Hervorhebungen im Original wurden grundsätzlich getilgt, soweit sie belassen wurden oder Hervorhebungen durch den Verfasser vorgenommen wurden, ist dies entsprechend ausgewiesen (Herv.i.O./Herv.d.Verf.).

«Abkommen»	Abkommen 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, abgeschlossen am 19.8.2009 (AS 2009 5669)
Bundesrat – USA 2009	
AB N	Amtliches Bulletin Nationalrat
AB S	Amtliches Bulletin Ständerat
Abkommen UBS 2010	Abkommen 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, abgeschlossen am 19.8.2009 [von der Bundesversammlung genehmigt am 17.6.2010] (SR 0.672.933.612)
Abs.	Absatz
aBStGer	altes Bundesstraengericht
aFHG	Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt vom 7.10.2005 (Finanzhaushaltsgesetz, SR 611.0; Fassung vom 1.1.2008)
AGAMBEN,	Giorgio Agamben, Stato di eccezione [2003], zit. nach der dt. Übersetzung: Ausnahmezustand, Frankfurt a.M. 2004
Ausnahmezustand	
AGAMBEN, Stato di eccezione	Giorgio Agamben, Stato di eccezione, Turin 2003
AIAG	Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen vom 18.12.2015 (SR 653.1)
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16.12.2005 (Ausländer- und Integrationsgesetz, SR 142.20)

AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
Al-Qaïda Verordnung 2001	Verordnung vom 7.11.2001 über das Verbot der Gruppierung «Al-Qaïda» und verwandter Organisationen (AS 2001 3040)
AllgGebV	Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (SR 172.041.1)
AmCham	Swiss-American Chamber of Commerce = Schweizerisch-Amerikanische Handelskammer
Änderungsprotokoll DBA-USA 2010	Protokoll zur Änderung des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen, unterzeichnet am 2.11.1996 in Washington, abgeschlossen am 23.9.2009 (SR 0.672.933.611)
ARISTOTELES, Nikomachische Ethik	Aristoteles, ἠθικὰ Νικομάχεια [4 Jh. v.Chr.], zit. nach der dt. Übersetzung: Nikomachische Ethik, Fünftes Buch, Reinbek bei Hamburg 2006
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (Bern)
aStGB	alte Fassung des StGB
Aufl.	Auflage
BA	Bundesanwaltschaft
BACON, Nova Atlantis	Francis Bacon, Nova Atlantis. Fragmentorum alterum [1638], zit. nach der dt. Übersetzung: Neu Atlantis, Stuttgart 1982
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8.11.1934 (Bankengesetz; SR 952.0)
BAP	Bundesamt für Polizeiwesen
BAP, Wegleitung Zivilsachen (1996)	Wegleitung des Bundesamtes für Polizeiwesen über die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen (Nachführung 1996)
BÄUMLIN, ZBJV 1965	Richard Bäumlín, Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke, ZBJV 1965, 81 ff.
BAZZI, Wirtschaftsspionage	Claudio Bazzi, Internationale Wirtschaftsspionage: Eine Analyse des strafrechtlichen Abwehrdispositivs der Schweiz, Zürich 2015
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band/Bände
BetmG	Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3.10.1951 (Betäubungsmittelgesetz, SR 812.121)
BECK, Risikogesellschaft	Ulrich Beck, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 18. Aufl., Frankfurt a.M. 2006

BEHG	Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24.3.1995 (AS 1997 68)
BEHNISCH, ASA 2009	Urs R. Behnisch, Amtshilfe der Schweiz in Steuer- (straf)sachen, insbesondere an die USA: Durcheinandertal, ASA 2009, 737 ff.
BEHNISCH, Rechtsschutzdefizite	Urs R. Behnisch, Amts- und Rechtshilfe in Steuersachen: Rechtsschutzdefizite, in: Stephan Breitenmoser/Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), Internationale Amts- und Rechtshilfe in Steuer- und Finanzmarktsachen: aktuelle Fragen und Entwicklungen in der Praxis, Zürich 2017
BEHNISCH/OPEL, ZBJV 2010	Urs R. Behnisch/Andrea Opel, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009, ZBJV 2010, 446 ff.
BELLANGER, entraide	François Bellanger, L'entraide administrative en Suisse, in: François Bellanger/Thierry Tanquerel (Hrsg.) L'entraide administrative: Journée de droit administratif 2004, Genève, Genf/Zürich/Basel 2005, 9 ff.
BENHAMOU/JACOT-GUILLARMOD, digma 2018	Yaniv Benhamou/Emilie Jacot-Guillarmod, RGPD sur sol suisse: mise en œuvre, digma 2018, 142 ff.
BENJAMIN, Kritik der Gewalt	Walter Benjamin, Zur Kritik der Gewalt [1921], in: Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze, mit einem Nachwort versehen von Herbert Marcuse, Frankfurt a.M. 2006, 53 ff.
BESSON, Droit international public	Samantha Besson, Droit international public, Bern 2019
BG	Bundesgesetz
BG über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit	Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen vom 17.12.2010 (AS 2011 1381)
BG-RVUS	Bundesgesetz vom 3.10.1975 zum Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen (SR 351.93)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17.6.2005 (SR 173.110)
BIAGGINI, BV Kommentar	Giovanni Biaggini, Verfassungsrechtliche Abklärung betreffend die Teilrevision des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (Vorlage «BWIS»), Gutachten vom Juni 2009 (VPB 2009 Nr. 14)
BIAGGINI, ZBl 2010	Giovanni Biaggini, Entwicklungen und Spannungen im Verfassungsrecht: Versuch einer Standortbestimmung zehn Jahre nach Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 18.4.1999, ZBl 2010, 1 ff.

BIANCHI/HEIMGARTNER, AJP 2012	Flavia Bianchi/Stefan Heimgartner, Die Rückerstattung von Potentatengeldern, AJP 2012, 353 ff.
BINDSCHEDLER, FS-Hofer	Rudolf Bindschedler, Zum Primat der Aussenpolitik, in: Urs Altermatt/Judit Garamvölgyi (Hrsg.), Innen- und Aussenpolitik: Primat oder Interdependenz? Festschrift zum 60. Geburtstag von Walther Hofer, Bern/Stuttgart 1980, 27 ff.
BINZ, Gesetzesbindung	Elisabeth Binz, Gesetzesbindung. Aus der Perspektive der Spätphilosophie Ludwig Wittgensteins, Basel 2008
BJ	Bundesamt für Justiz
BJ, Bericht Zusammenarbeit 2011	Bericht des Bundesamtes für Justiz zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden (Amtshilfe, Rechtshilfe, Souveränitätsschutz) vom 14.3.2011
BJ, Gesetzgebungsleitfaden	BJ, Gesetzgebungsleitfaden des Bundes, 3. Aufl., Bern 2007
BJ, Wegleitung Strafsachen ⁹	Bundesamt für Justiz, Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Wegleitung, 9. Aufl., Bern 2010
BJ, Wegleitung Zivilsachen ³	Bundesamt für Justiz, Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen. Wegleitung, 3. Aufl., Bern 2013
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (Wädenswil)
BÖCKENFÖRDE, Recht, Staat, Freiheit	Ernst Wolfgang Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Recht, Staat, Freiheit, Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt 1991
BOIVIN, Jusletter 2013	Denis Boivin, US Program, Jusletter 18.11.2013
BORER, Legalitätsprinzip	Thomas G. Borer, Das Legalitätsprinzip und die auswärtigen Angelegenheiten, Basel/Frankfurt a.M. 1986
BOSS, Revue de l'avocat 2017	Philippe Vladimir Boss, L'autorisation d'exécuter un acte pour un état étranger dans la pratique récente, Revue de l'avocat 2017, 77 ff.
Botschaft Abkommen UBS 2010	Botschaft zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfesuch betreffend UBS AG sowie des Änderungsprotokolls vom 14.4.2010 (BBl 2010 2965)
Botschaft Änderung StaHiG 2013	Botschaft zur Änderung des Steueramtshilfegesetzes vom 16.10.2013 (BBl 2013 8369)
Botschaft Bundesstrafrecht 1852	Botschaft des schweizerischen Bundesrates an die hohe Bundesversammlung zum Gesetzentwurf über das Bundesstrafrecht vom 1.7.1852 (BBl 1852 II 581)
Botschaft BV 1996	Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996 (BBl 1997 I 1)
Botschaft Lex USA 2013	Botschaft vom 29.5.2013 zu einem Bundesgesetz über Massnahmen zur Erleichterung der Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten (BBl 2013 3947)

Botschaft Massnahmenpakt 2008	Botschaft zu einem Massnahmenpaket zur Stärkung des schweizerischen Finanzsystems vom 5.11.2008 (BBl 2008 8943)
Botschaft NDG 2014	Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19.2.2014 (BBl 2014 2105)
Botschaft Ordnungsgesetz 1933	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes zum Schutze der öffentlichen Ordnung vom 8.5.1933 (BBl 1933 I 755)
Botschaft Revision BankG 1998	Botschaft des Bundesrates über die Revision des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 27.5.1998 (BBl 1998 IV 3847)
Botschaft RuVG 2010	Botschaft zum Bundesgesetz über die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte politisch exponierter Personen vom 28.4.2010 (BBl 2010 3309)
Botschaft RVOG 1996	Botschaft betreffend ein neues Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 16.10.1996 (BBl 1996 V 1)
Botschaft Spitzelgesetz 1935	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesbeschlusses betreffend den Schutz der Sicherheit der Eidgenossenschaft und die Erweiterung der Bundesanwaltschaft vom 29.4.1935 (BBl 1935 I 742)
Botschaft SRVG 2014	Botschaft zum Bundesgesetz über die Sperrung und die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen vom 21.4.2014 (BBl 2014 5265)
Botschaft StAhiG 2011	Botschaft zum Erlass eines Steueramtshilfegesetzes vom 6.7.2011 (BBl 2011 6193)
Botschaft StGB 1918	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch vom 23.7.1918 (BBl 1918 IV 1)
Botschaft Teilrevision StGB 1949	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Teilrevision des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 20.6.1949 (BBl 1949 I 1249)
BR, Bericht AIA 2015	Erläuternder Bericht zur multilateralen Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten und zu einem Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen vom 14.1.2015
BR, Bericht Amtshilfe- übereinkommen OECD/ Europarat 2015	Erläuternder Bericht zum Übereinkommen des Europarats und der OECD über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen und zur Änderung des Steueramtshilfegesetzes vom 14.1.2015
BR, Bericht E ZSSG 2013	Erläuternder Bericht zum Entwurf für ein Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden

- und über den Schutz der schweizerischen Souveränität sowie zum Entwurf für einen Bundesbeschluss über die Genehmigung von zwei Europäischen Übereinkommen in Verwaltungssachen, Bern 2013
- BR, Bericht Finanzkrise 2012
Bericht des Bundesrates «Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA» in Erfüllung des Postulates 10.3390 GPK NR/10.3629 GPK SR vom 30.5.2010, 10.10.2012
- BR, Medienmitteilung, 11.2.2015
BR, Verzicht auf Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz, Medienmitteilung vom 11.2.2015
- BR, Sicherheitsbericht 2010
Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Sicherheitspolitik der Schweiz vom 23.6.2010 (BBl 2010 5133)
- BR, Stellungnahme Fall Tinner 2009
Fall Tinner: Rechtmässigkeit der Beschlüsse des Bundesrats und Zweckmässigkeit seiner Führung, Bericht vom 19.1.2009 der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte, Stellungnahme des Bundesrates vom 17.6.2009 (BBl 2009 5063)
- BRB
Bundesratsbeschluss
- BRB, 7.7.1971
Bundesratsbeschluss vom 7.7.1971 über die Ermächtigung der Departemente und der Bundeskanzlei zum selbständigen Entscheid über die Bewilligungen nach Art. 271 Ziff. 1 StGB (AS 1971 1053)
- BREITENMOSER, Amts- und Rechtshilfe
Stephan Breitenmoser, Internationale Amts- und Rechtshilfe, in: Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugi Yar/Thomas Geiser (Hrsg.), Ausländerrecht, 2. Aufl., Basel 2009, 1181 ff.
- BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, AJP 2020
Florian Brunner/Martin Wilhelm/Felix Uhlmann, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts – Überlegungen zu einer ausserordentlichen ausserordentlichen Lage, AJP 2020, 685 ff.
- BSK
Basler Kommentar
- BSK BankG-AUTOR/IN
Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler (Hrsg.), Bankengesetz (BankG), Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2013
- BSK BGG-AUTOR/IN
Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtinger/Lorenz Kneubühler (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2018
- BSK BV-AUTOR/IN
Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015
- BSK DSG/BGÖ-AUTOR/IN,
Urs Maurer-Lambrou/Gabor-Paul Blechta (Hrsg.), Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz (DSG/BGÖ), Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2014

BSK Internationales Strafrecht-AUTOR/IN	Marcel Alexander Niggli/Stefan Heimgartner (Hrsg.), Internationales Strafrecht IRSG, GwÜ, Basel 2015
BSK StGB ² - AUTOR/IN	Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2007
BSK StGB ³ - AUTOR/IN	Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2013.
BSK StGB ⁴ - AUTOR/IN	Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2019.
BSK SVG-AUTOR/IN	Marcel Alexander Niggli/Thomas Probst/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Strassenverkehrsgesetz (SVG), Basler Kommentar, Basel 2014
BStGer	Schweizerisches Bundesstrafgericht/unpublizierter Entscheid des Schweizerischen Bundesstrafgerichts
BStR 1853	Bundesgesetz über das Bundesstrafrecht von 1853
BÜHLER, automatischer Informationsaustausch	Christoph B. Bühler, Vom Bankgeheimnis zum automatischen Informationsaustausch, in: Stephan Breitenmoser/Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), Internationale Amts- und Rechtshilfe in Steuer- und Finanzmarktsachen: aktuelle Fragen und Entwicklungen in der Praxis, Zürich 2017, 5 ff.
BURCKHARDT, Gutachten	Walther Burckhardt, Gutachten vom 26.9.1938 zuhanden des Eidgenössischen Politischen Departementes
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (SR 101)
BV 1874	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874 (AS 1 1)
BV SGK-AUTOR/IN	Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014
bzw.	beziehungsweise
CAPUS, Strafrecht und Souveränität	Nadja Capus, Strafrecht und Souveränität: Das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Bern 2010
CORBOZ, infractions	Bernard Corboz, Les infractions en droit suisse, Volume II, 3. Aufl., Bern 2010
COTTIER, ZSR 2011	Thomas Cottier, Tax fraud or the like: Überlegungen und Lehren zum Legalitätsprinzip im Staatsvertragsrecht, ZSR 2011, 97 ff.
COVID-19-Verordnung 2	Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13.3.2020 (AS 2020 773)

COVID-19-Verordnung Asyl	Verordnung über Massnahmen im Asylbereich im Zusammenhang mit dem Coronavirus vom 1.4.2020 (AS 2020 1125)
COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht	Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus vom 16.4.2020 (AS 2020 1229)
COVID-19-Verordnung Rechtsstillstand	Verordnung über den Rechtsstillstand gemäss Artikel 62 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, (AS 2020 839)
CR CP II- AUTOR/IN	Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Nicolas Queloz (Hrsg.), Code pénal II, Art. 111–392, Commentaire Romand, Basel 2017
D.	Digesten
d.h.	das heisst
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
DBA-USA 1996	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen, abgeschlossen am 2.10.1996 (SR 0.672.933.61)
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14.12.1990 (SR 642.11)
DE CAPITANI, ZSR 1981	Werner de Capitani, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Eine Standortsbestimmung, ZSR 1981, 367 ff.
DE WERRA, protection	Jacques de Werra (Hrsg.), La protection des secrets d' affaires/The Protection of Trade Secrets, Zürich 2013
DELNON/RÜDY, ZStrR 1998	Vera Delnon/Bernhard Rüdy, Strafbare Beweisführung?, ZStrR 1998, 314 ff.
DERRIDA, Force de loi	Jacques Derrida, Force de loi, le «Fondement mystique de l'autorité», Paris 1994
DJS, Stellungnahme E NDG 2015	Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz, Stellungnahme zum Entwurf eines Nachrichtendienstgesetzes, Bern 2015, < https://www.djs-jds.ch/images/2015-06_Stellungn.NDG_SR.pdf >, abgerufen am 7.12.2020
DoJ	U.S. Department of Justice (US-amerikanisches Justizministerium)
DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, Internationale Rechtshilfe	Andreas Donatsch/Stefan Heimgartner/Fank Meyer/Madeleine Simonek, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2. Aufl., Zürich 2015
DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, Strafrecht IV	Andreas Donatsch/Marc Thommen/Wolfgang Wohlers, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich 2017
DPA	Deferred Prosecution Agreement

DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19.6.1992 (SR 235.1)
DSG Komm.-AUTOR/IN	David Rosenthal/Yvonne Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich/Basel/Genf 2008
DSGVO	Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung)
dt.	deutsch
DU PASQUIER/OBERSON/ FISCHER, Transmission	Shelby R. du Pasquier/Xavier Oberson/Philipp Fischer, Transmission d'informations à l'étranger: coopération ou soumission? Un état des lieux, Basel 2014
DUBS, ZSR 1993	Hans Dubs, Die Forderung der optimalen Bestimmtheit belastender Rechtsnormen, ZSR 1993, 223 ff.
DWB	Deutsches Wörterbuch von Jacob und Wilhelm Grimm, 16 Bde. in 32 Teilbänden, Leipzig 1854–1961, einsehbar unter < http://woerterbuchnetz.de/DWB/ >, abgerufen am 7.12.2020
E StGB 1918	Schweizerische Strafgesetzbuch, Entwurf 1918 (BBl 1918 103)
E ZSSG	Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und über den Schutz der schweizerischen Souveränität (Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz, ZSSG), Entwurf vom 20.2.2013
E.	Erwägung
EBK	Eidgenössische Bankenkommission (heute: FINMA)
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
EDÖB, Empfehlung, 15.10.2012	Empfehlung gemäss Art. 29 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG), betreffend Übermittlung von Mitarbeiterdaten (inklusive ehemalige Mitarbeitende und externe Dritte) durch die Zürcher Kantonalbank (ZKB) an US-Behörden vom 15.10.2012
EF	Expert Focus: schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsprüfung (Zürich)
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
EFD, Musterverfügung 2013	EFD, Musterverfügung im Anhang zur Wegleitung zur schweizerischen Musterverfügung vom 3.7.2013
EFD, Wegleitung Musterverfügung 2013	EFD, Wegleitung zur schweizerischen Musterverfügung vom 3.7.2013
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (Strassburg)

EHRENZELLER, Legislative Gewalt	Bernhard Ehrenzeller, Legislative Gewalt und Aussenpolitik, Eine rechtsvergleichende Studie zu den parlamentarischen Entscheidungskompetenzen des deutschen Bundestages, des amerikanischen Kongresses und der schweizerischen Bundesversammlung im auswärtigen Bereich, Basel 1993
EISENRING, NZZ online, 26.1.2014	Christoph Eisenring, Steuerstreit mit den USA: Über hundert Banken in Gruppe 2, NZZ online, 26.1.2014, einsehbar unter: http://www.nzz.ch/aktuell/startseite/ueber-hundert-banken-in-gruppe-2-1.18229452 , abgerufen am 7.12.2020
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, abgeschlossen in Rom am 4.11.1950 (SR 0.101)
ENGISCH, Gesetzesanwendung engl. EpG	Karl Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, Heidelberg 1943 englisch Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28.9.2012 (Epidemiengesetz, SR 818.101)
EStV et al. etc. EUeR	Eidgenössische Steuerverwaltung et alii = und weitere et cetera = und so weiter Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen, abgeschlossen in Strassburg am 20.4.1959 (SR 0.351.1)
Europäische Datenschutz- konvention	Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten abgeschlossen in Strassburg am 28.1.1981 (SR 0.235.1)
Europäisches Zustellungs- Übereinkommen in Verwaltungssachen evtl. f.	Europäisches Übereinkommen über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland (SR 0.172.030.5) eventuell folgende (Seite)
FATCA-Abkommen	Abkommen vom 14.2.2013 zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Zusammenarbeit für eine erleichterte Umsetzung von FATCA (SR 0.672.933.63)
FATCA-Gesetz	Bundesgesetz über die Umsetzung des FATCA-Abkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten vom 27.9.2013 (SR 672.933.6)
FAVRE et al., StGB ff.	Christian Favre/Marc Pellet/Patrick Stoudmann, Code pénal annoté, 3. Aufl., Lausanne 2011 fortfolgende (Seiten)
FINIG	Bundesgesetz über die Finanzinstitute vom 15.6.2018 (Finanzinstitutsgesetz, SR 954.1)

FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMA, Medienmitteilung, 18.2.2009	FINMA ermöglicht den Vergleich zwischen UBS und US-Behörden und gibt das Ergebnis der eigenen Untersuchung bekannt, Medienmitteilung vom 18.2.2009, einsehbar unter: https://www.finma.ch/de/news/2009/02/mm-ubs-xborder-20090218/ , abgerufen am 7.12.2020
FINMAG	Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22.6.2007 (Finanzmarktaufsichtsgesetz, SR 956.1)
FIOLKA, FS-Killias	Gerhard Fiolka, Die Verkehrsregelverletzung nach dem revidierten Art. 90 SVG: Einfach, grob, krass! in: André Kuhn et al. (Hrsg.), Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive, Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag, Bern 2013, 729 ff.
FIOLKA, Rechtsgut	Gerhard Fiolka, Das Rechtsgut: Strafgesetz versus Kriminalpolitik, Dargestellt am Beispiel des Allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches, des Strassenverkehrsgesetzes (SVG) und des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG), Basel 2006
FIOLKA, SJER 2013	Gerhard Fiolka, Entwicklungen im Bereich der polizeilichen Zusammenarbeit, in: Astrid Epiney/Stefan Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, Zürich 2013, 139ff.
FISCHER/RICHA, pretrial discovery	Philipp Fischer/Alexandre Richa, U.S. pretrial discovery on Swiss soil, Bibliothek zur Zeitschrift für schweizerisches Recht, Beiheft 49, Basel 2010
FLEINER, Institutionen	Fleiner Fritz, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928
Fn	Fussnote
FP	forumpoenale (Zürich)
FRITSCHKE, Untersuchungen	Claudia M. Fritsche, Untersuchungen in der Schweiz: ein Handbuch für regulierte Finanzinstitute und andere Unternehmen, Zürich 2013
FS	Festschrift
GÄCHTER, Demokratie und Dringlichkeit	Gächter Thomas, Demokratie und Dringlichkeit, in: Isabelle Häner (Hrsg.), Nachdenken über den demokratischen Staat und seine Geschichte, Beiträge für Alfred Kölz, Zürich 2003
GÄCHTER, selbständiges Verordnungsrecht	Gächter Thomas, Selbständiges Verordnungsrecht des Bundesrates und Gesetzesvorbehalt für Freiheitsstrafen, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), Strafrecht als Herausforderung, Zürich 1999
GARLAND, culture of control	David Garland, The culture of control, Crime and social order in contemporary society, Chicago 2001
GAUTHEY/MARKUS, entraide judiciaire internationale	Danielle Gauthey/Alexander R. Markus, L'entraide judiciaire internationale en matière civile, Bern 2014

- GAUTHEY/MARKUS, ZSR 2015
 GERBER, ZStrR 1977
 ggf.
 GIACOMETTI, Staatsrecht der Kantone
 GIACOMETTI, Verwaltungsrecht
 gl.M.
 GLUTZ, ASA 2011/2012
 GPDel-NR/SR, Bericht Tinner 2009
 GPK-NR/SR
 GPK-NR/SR, Bericht 2010
 GRAF, GesKR 2016
 GVG-ZH [1976]
 h.L.
 HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht
 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht
 HAFTER, BT/2
 HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht
 HANGARTNER, AJP 2007
 Danielle Gauthey/Alexander R. Markus, Zivile Rechtshilfe und Artikel 271 Strafgesetzbuch, ZSR 2015, 359 ff.
 Rudolf Gerber, Einige Probleme des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes, ZStrR 1977, 257 ff.
 gegebenenfalls
 Zaccaria Giacometti, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941
 Giacometti Zaccaria, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960
 gleicher Meinung
 Alexander M. Glutz, Beschwerde ans Bundesgericht gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen (Art. 84 BGG), Die materielle Abgrenzung von Amts- und Rechtshilfe am aktuellen Beispiel der strafprozessual unzulässigen amerikanischen «fishing expeditions» («Gruppenanfragen»), ASA 2011/2012, 713 ff.
 Fall Tinner: Rechtmässigkeit der Beschlüsse des Bundesrats und Zweckmässigkeit seiner Führung, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 19.1.2009 (BBl 2009 5007)
 Geschäftsprüfungskommissionen des National- und Ständerates
 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 30.5.2010 (BBl 2011 3099)
 Damian K. Graf, Mitwirkung in ausländischen Verfahren im Spannungsfeld mit Art. 271 StGB, GesKR 2016, 169 ff.
 Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich vom 13.6.1976
 herrschende Lehre
 Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller/Daniela Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich 2016
 Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016
 Ernst Hafter, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Zweite Hälfte, Berlin 1943
 Walter Haller/Alfred Kölz/Thomas Gächter, Allgemeines Staatsrecht, Eine juristische Einführung in die Allgemeine Staatslehre, 5. Aufl., Zürich 2013
 Ivo Hangartner, Bemerkungen zu BGE 133 I 110, AJP 2007, 1583 ff.

HANGARTNER, ZBl 1990	Yvo Hangartner, Parlament und Regierung, ZBl 1990, 473 ff.
HANGARTNER/KLEY, demokratische Rechte	Yvo Hangartner/Andreas Kley, Demokratische Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000
HARRINGTON, Oceana	James Harrington, The Commonwealth of Oceana [1656], in: John Greville Agard Pocock (Hrsg.), The political works of James Harrington, Cambridge 1977
HBewUE70	Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen, abgeschlossen in Den Haag am 18.3.1970 (SR 0.274.132)
HEGEL, Bd. 7	Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Werke, Bd. 7, Frankfurt a.M. 1979
HENRICH, Obtaining Evidence	Martin P. Henrich, Obtaining Evidence in Switzerland, The Dilemma and the Stumbling Blocks of Art. 271 and Art. 273 Swiss Penal Code, in: AmCham (Hrsg.), Yearbook 2009/2010, 61 ff.
Herv.	Hervorhebung
Herv.d.V.	Hervorhebung des Verfassers
Herv.i.O.	Hervorhebung im Original
HOFSTETTER, Aussenpolitik	Josef Hofstetter, Die Bedeutung rechtlicher Normen in der Aussenpolitik, eine Darstellung anhand der schweizerischen Nord-Süd-Politik, Basel 1990
HOMSY, International cooperation	Biba Homsy, International cooperation in financial markets regulation, A Swiss perspective, Zürich 2017
HONEGGER, Offenlegungspflichten	Peter C. Honegger, Amerikanische Offenlegungspflichten in Konflikt mit schweizerischen Geheimhaltungspflichten: unter besonderer Berücksichtigung der Rechtshilfe bei Steuerhinterziehungen und Insidergeschäften, Zürich 1986
HONEGGER/KOLB, ASA 2009	Peter C. Honegger/Andreas Kolb, Amts- und Rechtshilfe: 10 aktuelle Fragen, ASA 2009, 789 ff.
Hrsg.	Herausgeber
HUBER/BARTZ/MAEDER, StR 2013	Markus f. Huber/Anna Sophie Bartz/Christian Maeder, Blickpunkt International, StR 2013, 874 ff.
HUSMANN, AJP 2014	Markus Husmann, Art. 271 Strafgesetzbuch – Dreh- und Angelpunkt im Steuerstreit, zu Recht?, AJP 2014, 654 ff.
HUSMANN, AJP 2020	Markus Husmann, Tragweite des Territorialitätsprinzips hinsichtlich der Verwendung von Aufzeichnungen, die von geheimen, in der Schweiz bewilligten technischen Überwachungsmaßnahmen stammen, Entscheidbesprechung von BGer, 1B_164/2019, AJP 2020, 364 ff.
HUSMANN, CL 2021/2	Markus Husmann, Internationale Kooperation im Spannungsfeld der Staatsschutzbestimmungen, Nachwehen des Steuerstreits vor Gericht, contralegem 2021/2 (im Erscheinen)

HUSMANN, coopération internationale	Serge Husmann, La coopération internationale sur les marchés financiers: entre secret bancaire et lutte contre la criminalité, in: José Hurtado Pozo (Hrsg.), Droit pénal économique, Genf 2011, 425 ff.
HUSMANN, FP 2020	Markus Husmann, Zur bundesgerichtlichen Mär vom Wohnheitsrecht bei der vollzugsrechtlichen Sicherheitshaft, Oder: Warum steter Rechtsbruch kein Recht zu begründen vermag, FP 2020, 292 ff.
HUSMANN, Handlungsspielraum	Markus Husmann, Zum Handlungsspielraum der Kantone bei ausserordentlichen Umständen, Kantonale Kompetenzen bei Dringlichkeit und Not, in: Eva Maria Belser/Peter Hänni/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Föderalismus 2.0 – Denkanstösse und Ausblicke/Fédéralisme 2.0 – Réflexions et perspectives, Bern 2011, 247 ff.
HUSMANN, S&R 2018	Markus Husmann, Überwälzung von Polizeikosten bei Demonstrationen: ein Update nach BGE 143 I 147 unter besonderer Berücksichtigung der Situation im Kanton Luzern, Sicherheit & Recht 2018, 72 ff.
HUSMANN, Wistra	Markus Husmann, Wirtschaftlicher Nachrichtendienst, Schutz kollektiver Rechtsgüter – Bedrohung für den Einzelnen?, in: Jürg-Beat Ackermann/Marianne Johanna Hilf (Hrsg.), TOP SECRET, Geheimnisschutz und Spionage, 8. Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2015, 59 ff.
i.c.	in casu = im vorliegenden/gegebenen Fall
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.f.	in fine = am Ende
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18.12.1987 (SR 291)
IRS	Internal Revenue Service (US-Bundessteuerbehörde)
IRSG	Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20.3.1981 (SR 351.1)
IRSV	Verordnung über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 24.2.1982 (SR 351.11)
JASPERS, Freiheit und Autorität	Karl Jaspers, Freiheit und Autorität [1951], in: Karl Jaspers, Das Wagnis der Freiheit: Gesammelte Aufsätze zur Philosophie, München/Zürich 1996, 146 ff.
JEZLER, Gesetzmässigkeit	Christoph Jezler, Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, insbesondere im Bund, Zürich 1967

Jh.	Jahrhundert
Joint Statement 2013	Joint Statement zwischen dem US-Justizdepartement und dem Eidgenössischen Finanzdepartement vom 29.8.2013, < https://www.justice.gov/iso/opa/resources/7532013829164644664074.pdf > (unterzeichnete englischsprachige Originalversion), abgerufen am 7.12.2020
Jusletter	Wöchentlich erscheinende Online-Fachzeitschrift, < http://jusletter.weblaw.ch >, abgerufen am 7.12.2020
KÄLIN, ZSR 1986	Walter Kälin, Verfassungsgrundsätze der schweizerischen Aussenpolitik, ZSR 1986, 255 ff.
KÄLIN/EPINEY/CARONI/ KÜNZLI, Völkerrecht	Walter Kälin/Astrid Epiney/Martina Caroni/Jörg Künzli, Völkerrecht, Eine Einführung, 4. Aufl., Bern 2001
KANT, Metaphysik	Immanuel Kant, Die Metaphysik der Sitten [1797], Einleitung in die Metaphysik der Sitten, I und III, Werk- ausgabe, Bd. VIII, Frankfurt a.M., Suhrkamp 2005
KARLEN, ZBI 2012	Peter Karlen, Hinweise zu: Bundesgericht, II. öffentlich- rechtliche Abteilung, 15.7.2011, 2C_127/2010, ZBI 2012, 21 ff.
KEG	Kernenergiegesetz vom 21.3.2003 (SR 732.1)
KELLER/BÜRLI, AJP 2011	Helen Keller/Nicole Bürli, Überdenken der polizeilichen Generalklausel bei Vorliegen staatlicher Schutzpflichten, AJP 2011, 1143 ff.
KELSEN, Reine Rechtslehre	Kelsen Hans, Reine Rechtslehre [1934], 2. Neudruck der 1. Aufl., Leipzig/Wien 1994
KESHELAVA, ratio legis	Tornike Keshelava, Der Methodenpluralismus und die ratio legis, Eine sprachkritische Untersuchung, Basel 2012
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbs- beschränkungen vom 6.10.1995 (SR 251)
KIENER/KÄLIN/WYTTE- NACH, Grundrechte	Regina Kiener/Walter Kälin/Judith Wytenbach, Grund- rechte, 3. Aufl., Bern 2018
KLEE, Strafrecht des Dritten Reichs	Karl Klee, Das neue Schweizerische StGB und das Straf- recht des Dritten Reichs, Deutsches Strafrecht 1939, 126 ff.
KLEY, ZSR 2011	Andreas Kley, Die UBS-Rettung im historischen Kontext des Notrechts, ZSR 2011, 123 ff.
KLEY/SEFEROVIC, Polizeigeneralklausel	Andreas Kley/Goran Seferovic, Die Polizeigeneralklausel als notrechtliches Instrument gegen die Finanzkrise, in: Daniel Kübler/Philippe Koch (Hrsg.), Finanzkrise und Demokratie, Zürich/Basel/Genf 2011, 43 ff.
KNAPP, Droit administratif	Blaise Knapp, Précis de droit administratif, Basel 1991
KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren	Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, Verwaltungs- verfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013
Komm.	Kommentar

Kommentar Amtshilfe-AUTOR/IN	Martin Zweifel/Michael Beusch/Stefan Oesterhelt (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Amtshilfe, Basel 2020
Kommentar BEHG-AUTOR/IN	Gérard Hertig/Christian J. Meier-Schatz/Robert Roth/Philip Roth/Dieter Zobl (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Zürich 2000
Kommentar BV 1874-AUTOR/IN	Jean-François Aubert/Kurt Eichenberger et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874, Basel/Zürich 1987–1996
Kommentar StGB-AUTOR	Damian K. Graf (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020
krit.	kritisch
KÜHNE/SCHOTT, ZBl 2010	Markus Schott/Daniela Kühne, An den Grenzen des Rechtsstaats: exekutive Notverordnungs- und Notverfügungsrechte in der Kritik, ZBl 2010, 409 ff.
KULL, Notrecht	Claudius Kull, Das kantonale Notrecht und seine Stellung im schweizerischen Rechtssystem, Zürich 1980
KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz	Susanne Kuster, Vorstudie für ein «Souveränitätsschutzgesetz», Gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Spannungsfeld zwischen Kooperation mit ausländischen Behörden und Wahrung der schweizerischen Gebietshoheit, Bern 2010
LANDMANN, Geiselnahme	Valentin N.J. Landmann, Die verschwiegene Geiselnahme, Der Steuerstreit der USA gegen die Schweiz, Zürich 2013
LAUBER/MEDVED, Wistra	Michael Lauber/Alexander Medved, Staatsschutz für Wirtschaftsgeheimnisse, in: Jürg-Beat Ackermann/Marianne Johanna Hilf (Hrsg.), TOP SECRET, Geheimnisschutz und Spionage, 8. Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2015, 9 ff.
LEHNER, Notverordnungsrecht	Caroline Lehner, Notverordnungsrecht: die Kompetenzen des schweizerischen Bundesrats, des spanischen Ministerrats und des französischen Staatspräsidenten, Bern 2016
Lex Häberlin I (Umsturzgesetz, 1922)	Bundesgesetz betreffend Abänderung des Bundesgesetzes über das Bundesstrafrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 4.2.1853 (Titel: Verbrechen gegen die verfassungsmässige Ordnung und die innere Sicherheit), Entwurf (BBl 1921 II 263)
Lex Häberlin II (Ordnungsgesetz, 1934)	Bundesgesetz über den Schutz der öffentlichen Ordnung vom 13.10.1933 (BBl 1933 II 511)
lit.	litera
LUHMANN, Recht der Gesellschaft	Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1995
LÜTHI, ZStrR 1954	Werner Lüthi, Zur neueren Rechtsprechung über Delikte gegen den Staat, ZStrR 1954, 298 ff.
m.a.W.	mit anderen Worten

m.E.	meines Erachtens
m.Hinw.	mit Hinweisen
MADER, Krisenzeiten	Mader Luzius, Aushöhlung des Budgetrechts in Krisenzeiten? Die Fälle Swissair und UBS, in: SVVOR (Hrsg.) Verwaltungsorganisationsrecht, Staatshaftungsrecht, öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2009, Bern 2010, 107 ff.
MAEDER, Recht 2019	Stefan Maeder, Schafft der Gesetzgeber das Strafrecht ab – und ist das etwas Schlechtes? recht 2019, 12 ff.
MAHLER, Spionage	Walter Mahler, Spionage und ihre strafrechtliche Bekämpfung im schweizerischen Recht, Zürich 1937
MARKEES, ZBGR 1969	Curt Markees, Die Vornahme von Prozesshandlungen auf schweizerischem Gebiet zu Handen eines ausländischen Verfahrens im Lichte des Art. 271 StGB, ZBGR 1969, 97 ff.
MARKWALDER/SIMMLER, ZStrR 2018	Nora Markwalder/Monika Simmler, Das Unrecht der eventualvorsätzlichen Tat, ZStrR 2018, 22 ff.
MATTEOTTI/MARX/ SCHWARZ, EF 2016	René Matteotti, Stephan Marx, Angelica M. Schwarz, Strafrechtliche Fallstricke der internationalen Transparenz im Steuerrecht, EF 2016, 900 ff.
MC GOUGH, Art. 271 StGB	Yolanda Mc Gough, Verbotene Handlungen für einen fremden Staat: Eine Analyse des Straftatbestands nach Art. 271 Strafgesetzbuch, Zürich 2018
MOHLER, Abbau Rechtsstaat	Markus H.F. Mohler, Rechtsstaat? Abbau des Rechtsstaates von oben, Anmerkungen zur jüngsten Entwicklung im Steuerstreit mit den USA (7.8.2012), «www.recht-sicherheit.ch», abgerufen am 7.12.2020
MOHLER/GLUTZ, NZZ, 4.7.2013	Markus H.F. Mohler/Alexander M. Glutz, Kein Raum für privatisierte internationale Strafverfolgung, NZZ, 4.7.2013, 21
MOLO, NF 11/2013	Giavanni Molo, Il «Joint Statement» per porre fine alla controversia fiscale tra le banche svizzere e gli USA, NF 11/2013, 21 ff.
MOLO, transparence financière	Giovanni Molo, Du secret bancaire à la transparence financière, Genf/Zürich, 2017
MOLO/GIOVANOLI, Jusletter 2013	Giavanni Molo/Dario Giovanoli, Das US-Programm aus Schweizer Sicht, Jusletter 16.12.2013
MONNIER, ZSR 1986	Jean Monnier, Les principes et les règles constitutionnels de la politique étrangère suisse, ZSR 1986, 221 ff.
MONTESQUIEU, esprit des lois	Montesquieu, De l'esprit des lois [1748], Paris 1777
MOOR, Droit administratif I	Pierre Moor, Droit administratif Volume I: Les fondements, 2. Aufl., Bern 1994
MOOR/FLÜCKIGER/ MARTENET, Droit administratif I	Pierre Moor/Alexandre Flückiger/Vincent Martenet, Droit administratif Volume I: Les fondements, PdS – Précis de droit, 3. Aufl., Bern 2012

MORUS, Utopia	Thomas Morus, Utopia, Aus dem Lateinischen von Alfred Hartmann, Zürich 1981
MoU	Memorandum of Understanding = Verständigungsvereinbarung
MStG	Militärstrafgesetz vom 13.6.1927 (SR 321.0)
MÜLLER, FS-Huber	Georg Müller, Reservate staatlicher Willkür – Grauzone zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in: Kurt Eichenberger (Hrsg.) Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber, Bern 1981
MÜLLER, ZBJV 2000	Markus Müller, Legalitätsprinzip, polizeiliche Generalklausel, besonderes Rechtsverhältnis: Gedanken zu einem neuen Bundesgerichtsentscheid betreffend die Frage der Zwangsmedikation im fürsorglichen Freiheitsentzug (BGE 126 I 112 ff.), ZBJV 2000, 725 ff.
MÜLLER/JENNI, S&R 2008	Müller Markus/Jenni Christoph, Die polizeiliche Generalklausel, Ein Institut mit Reformbedarf, Sicherheit & Recht 2008, 4 ff.
MÜLLER/JENNI, S&R 2010	Müller Markus/Jenni Christoph, Notrecht, ... abermals zur polizeilichen Generalklausel, Sicherheit & Recht 2010, 101 ff.
MUSCHIETTI, Wistra	Giuseppe Muschietti, Wirtschaftlicher Nachrichtendienst, eine richterliche Perspektive, in: Jürg-Beat Ackermann/Marianne Johanna Hilf (Hrsg.), TOP SECRET, Geheimnisschutz und Spionage, 8. Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2015, 113 ff.
N	Note, Randziffer
n.F.	neue Fassung
NDB	Nachrichtendienst des Bundes
NDG	Bundesgesetz über den Nachrichtendienst vom 25.9.2015 (Nachrichtendienstgesetz, SR 121)
NF	Novità fiscali (Manno)
NIGGLI, AJP 2012	Marcel Alexander Niggli, Ist das Recht am Ende?, AJP 2012, 891 ff.
NIGGLI, Menschliche Ordnung	Marcel Alexander Niggli, Menschliche Ordnung, zu den metaphysischen Grundlagen der modernen Gesellschafts-, Norm- und Straftheorie, Basel 2000
NIGGLI/HUSMANN, Jungeländ	Marcel Alexander Niggli/Markus Husmann, Jungeländ – A new approach to the question «What is Law?», Center for Transnational Legal Studies (CTLS), Workingpaper, London 2015
NIGGLI/HUSMANN, ernehmlassung E ZSSG	Marcel Alexander Niggli/Markus Husmann, Vernehmlassung zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und über den Schutz der schweizerischen Souveränität (ZSSG), Freiburg 2013

NIGGLI/MAEDER, AJP 2011	Marcel Alexander Niggli/Stefan Maeder, Was schützt eigentlich Strafrecht (und schützt es überhaupt etwas)?, AJP 2011, 443 ff.
NOLL, Landesverräter	Peter Noll, Landesverräter: 17 Lebensläufe und Todesurteile, 1942–1944, Frauenfeld/Stuttgart 1980
NR, Erklärung Steuerstreit 2013	Erklärung des Nationalrates: Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten (AB N 2013 1109).
NR, Sten.Bull.	Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat
NÜSSLE, Demokratie	Tamara Nüssle, Demokratie in der Nutzungsplanung und Grenzen für informale Absprachen, Zürich/Basel/Genf 2005
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
NZZaS	Neue Zürcher Zeitung am Sonntag (Zürich)
ODENDAHL, AJP 2006	Kerstin Odendahl, Immunität entliehener ausländischer staatlicher Kulturgüter, AJP 2006, 1175 ff.
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development = Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OECD-MA 2008	OECD-Musterabkommen 2008 zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen (OECD-MA 2008), Stand: Juli 2008
OECD-Musterabkommen	OECD-Musterabkommen zur Vermeidung von Doppelbesteuerung (Model Tax Convention on Income and on Capital)
OG	Bundesgesetz vom 16.12.1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (AS 60 271)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30.3.1911 (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220)
Organisationsgesetz	Bundesgesetzes vom 26.3.1914 über die Organisation der Bundesverwaltung (AS 30 292)
ORWELL, 1984	George Orwell, 1984, < https://www.planetebook.com/free-ebooks/1984.pdf >, abgerufen am 7.12.2020
OSWALD, Amtshilfe	Diana Oswald, Verfahrensrechtliche Aspekte der internationalen Amtshilfe in Steuersachen, Zürich 2015
OV-BK	Organisationsverordnung für die Bundeskanzlei vom 29.10.2008 (SR 172.210.10)
ParlG	Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13.12.2002 (Parlamentsgesetz, SR 171.10)
PC CF-AUTOR/IN	Jean-François Aubert/Pascal Mahon (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zürich/Basel/Genf 2003

PC CP	Michel Dupuis/Laurent Moreillon/Christophe Piguet/ Séverine Berger/Miriam Mazou/Virginie Rodigari (Hrsg.), Petit Commentaire, Code pénal, 2. Aufl., Basel 2017
PETER, BLSchK 2006	Hansjörg Peter, Les tableaux du Musée Pouchkine de Moscou, BLSchK 2006, 61 ff.
PIETH, Wistra	Mark Pieth, Wirtschaftsstrafrecht, Basel 2016
PK	Praxiskommentar
PK Arbeitsvertrag	Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeits- vertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012
PK StGB ² -AUTOR/IN	Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Straf- gesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013
PK StGB ³ -AUTOR/IN	Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Straf- gesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018
PLATON, Kriton	Platon, Kriton [4. Jh. v.Chr.], zit. nach der dt. Übersetzung von Friedrich Schleiermacher, in: Gunther Eigler (Hrsg.): Platon: Werke in acht Bänden, Band 2, 5. Aufl., Darmstadt 2005
PolG-BE	Polizeigesetz des Kantons Bern vom 08.6.1997 (BSG 551.1)
PolIV-BE	Polizeiverordnung des Kantons Bern vom 17.10.2007 (BSG 551.111)
Prof.	Professor
PublG	Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt vom 18.6.2004 (Publikationsgesetz, SR 170.512)
PubIV	Verordnung über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt vom 7.10.2015 (Publikationsverordnung, SR 170.512.1)
QIA	Qualified Intermediary Agreement
RAAFLAUB, NZZ, 29.11.2013	Patrick Raaflaub, Entscheidende Phase für die Schweizer Banken, NZZ, 29.11.2013, 21
RAEDLER, enquêtes internes	David Raedler, Les enquêtes internes dans un contexte suisse et américain Instruction de l'entreprise ou Cheval de Troie de l'autorité? CEDIDAC – Centre du droit de l'entre- prise de l'Université de Lausanne Nr. 101, Lausanne 2018
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal et Revue genevoise de droit public (Lausanne/Genf)
REBER, Jusletter 2015	Martina Reber, Datenübermittlungen von Banken an die US-Behörden, Jusletter 7.9.2015
RECHSTEINER, ausserordentliche Lagen	David Rechsteiner, Recht in besonderen und ausserordent- lichen Lagen, Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts bei Katastrophen, Zürich/St. Gallen 2016

RHINOW, Rechtssetzung	René A. Rhinow, Rechtssetzung und Methodik, Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtssetzung und Rechtsanwendung, Basel/Stuttgart 1979
RHINOW/SCHEFER/ UEBERSAX, Verfassungsrecht	René Rhinow/Markus Schefer/Peter Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016
RHINOW/SCHMID/ UHLMANN, Wirtschaftsrecht	René A. Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini/Felix Uhlmann, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011
RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Strafprozessrecht	Christoph Riedo/Gerhard Fiolka/Marcel Alexander Niggli, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel 2011
RIGGENBACH, Nachrichtendienst	Dieter Riggenbach, Wirtschaftlicher Nachrichtendienst, Zürich 1966
RIKLIN, Harrington	Alois Riklin, Die Republik von James Harrington 1656, Bern 1999
ROHNER/FURRER, ST 2013	Tobias F. Rohner/Urs Furrer, Knacknüsse bei der Lieferung von Daten durch Schweizer Banken an die USA, ST 2013, 515 ff.
ROHNER/PETER, ST 2013	Tobias F. Rohner/Michael Peter, Programm zur Beilegung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den USA, ST 2013, 732 ff.
RUCH, Sicherheit	Alexander Ruch, Äussere und innere Sicherheit, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, 889 ff.
RUCK, Verwaltungsrecht	Erwin Ruck, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich 1951
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21.3.1997 (SR 172.010)
RVUS	Staatsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen, abgeschlossen am 25.5.1973 (SR 0.351.933.6)
S.	Seite
s.	siehe
s.a.	siehe auch
S&R	Sicherheit & Recht (Zürich)
SÄGESSER, Kommentar BV	Thomas Sägger, Die Bundesbehörden, Bundesversammlung – Bundesrat – Bundesgericht, Kommentar, Beiträge und Materialien zum 5. Titel der schweizerischen Bundesverfassung, Bern 2000
SCHAUB, ZSR 2011	Martin Schaub, Konflikt um Kundendaten, die Situation der UBS vor dem Abkommen 09, ZSR 2011, 209 ff.
SCHMIDT-GABAIN, Zweckbestimmungen	Florian Schmidt-Gabain, Die Seelen der Gesetze, Eine Untersuchung über Zweckbestimmungen in den Gesetzen

	der Schweiz, Deutschlands und Frankreichs vom 18. Jahrhundert bis heute, Basel 2014
SCHMITT, Diktatur	Carl Schmitt, Die Diktatur, Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf [1921], 6. Aufl., Berlin 1994
SCHMITT, Politische Theologie	Carl Schmitt, Politische Theologie – Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, Berlin 1922
SCHNYDER VON WARTENSEE, LeGes 2012	Zeno Schnyder von Wartensee, Schwerpunkte und Tendenzen in der Rechtsetzung der Kantone, LeGes 2012, 177 ff.
SCHOTT/KÜHNE, ZBl 2010	Markus Schott/Daniela Kühne, An den Grenzen des Rechtsstaats: exekutive Notverordnungs- und Notverfügungsrechte in der Kritik, ZBl 2010, 409 f.
SCHWANDER, StGB	Vital Schwander, Das schweizerische Strafbuch unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, 2. Aufl., Zürich 1964
SCHWARZ, Spionagestrafrecht	Jörg Schwarz, § 19 Geheimnisschutz- und Spionagestrafrecht, in: Jürg-Beat Ackermann/Günter Heine (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Bern 2013, 555 ff.
SCHWEIZER, FS-Mastronardi	Rainer J. Schweizer, Der Schutz einer Grossbank vor ausländischen Sanktionen geht den Prinzipien des Rechtsstaates sowie den Menschenrechten der Bankkunden vor, in: Rainer J. Schweizer/Florian Windisch (Hrsg.), Integratives Rechtsdenken, Im Diskurs mit Philippe Mastronardi, Eine Festgabe, Zürich 2011, 77 ff.
SCHWEIZER, Jusletter 2009	Rainer J. Schweizer, Steuerbehörden benutzen UBS AG als Untersuchungsgehilfen, Jusletter 9.2.2009
SCHWEIZER, Rechtssicherheit	Rainer J. Schweizer, Über die Rechtssicherheit und ihre Bedeutung für die Gesetzgebung, Basel 1974
SCHWEIZER/MOHLER/GLUTZ, Jusletter 2013	Rainer J. Schweizer/Markus H.F. Mohler/Alexander M. Glutz, Das Bundesgesetz zum Steuerstreit verletzt den Rechtsstaat und die Demokratie, Jusletter 10.6.2013
SGB, Vernehmlassung E ZSSG	Schweizerischer Gewerkschaftsbund, Vernehmlassungsantwort: Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und über den Schutz der Schweizer Souveränität (ZSSG); sowie zum Bundesbeschluss zur Genehmigung von Europäischen Übereinkommen über die Zustellung von Schriftstücken und über Erlangung von Beweisen und Auskünften in Verwaltungssachen im Ausland, 13.5.2013
SGK	St. Galler Kommentar
SIEGRIST, Hoheitsakte	Dave Siegrist, Hoheitsakte auf fremdem Staatsgebiet, Zürich 1987
SIF	Staatssekretariat für internationale Finanzfragen

SINGELNSTEIN/STOLLE, Sicherheitsgesellschaft	Tobias Singelstein/Peer Stolle, Die Sicherheitsgesellschaft, Soziale Kontrolle im 21. Jahrhundert, 2. Aufl., Wiesbaden 2008
SK-NR, Bericht ausserordentliche Lagen 2010	Parlamentarische Initiative Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen, Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 5.2.2010 (BBl 2010 1563)
SNB	Schweizerische Nationalbank
sog.	sogenannt(e)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SR, Erklärung Steuerstreit 2013	Erklärung des Ständerates: Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten (AB S 2013 597)
SRVG	Bundesgesetz über die Sperrung und die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen vom 18.12.2015 (SR 196.1)
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich)
StAhiG	Bundesgesetz über die internationale Amtshilfe in Steuer-sachen vom 28.9.2012 (Steueramtshilfegesetz, SR 651.1)
StBOG	Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 19.3.2010 (SR 173.71)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (SR 311.0)
STOFFEL, Wettbewerbspolitik	Walter A. Stoffel, Die schweizerische Wettbewerbspolitik im internationalen Kontext, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2006, 1 ff.
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5.10.2007 (SR 312.0)
StR	Steuer Revue/Revue Fiscale (Muri bei Bern)
STRATENWERTH/BOMMER, BT/2	Günter Stratenwerth/Felix Bommer, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, Straftaten gegen Gemein- interessen, 7. Aufl., Bern 2013
STUDER, Jusletter 2008	Peter Studer, Journalisten vor, während und nach Demonstrationen, Jusletter 25.2.2008
STUDER/URWYLER, FP 2020	Rafael Studer/Thierry Urwyler, Rechtsprechung, Nr. 19, EGMR, Dritte Abteilung, Urteil vom 3.12.2019 i.S. i.L. gegen die Schweiz – Beschwerde Nr. 72939/16, FP 2020, 166 ff.
stv.	stellvertretende(r)
SuG	Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5.10.1990 (Subventionsgesetz, SR 616.1)
SVVOR	Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisations- recht

SwissHoldings, Vernehmlassung E ZSSG	SwissHoldings, Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und über den Schutz der schweizerischen Souveränität – Vernehmlassung vom 28.5.2013
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)
TOBLER, Bankgeheimnis	Stefan Tobler, Der Kampf um das Schweizer Bankgeheimnis, eine 100-jährige Geschichte von Kritik und Verteidigung, Basel 2019
TOFFOLI, Scambio	Curzio Toffoli, Scambio internazionale di informazioni fiscali, in: Samuele Vorpe (Hrsg.), Contravvenzioni e delitti fiscali nell'era dello scambio internazionale d'informazioni – Scritti in onore di Marco Bernasconi, Manno 2015
TPF	Entscheide des Schweizerischen Bundesstrafgerichts (offizielle Sammlung)
TRECHSEL, ZStrR 2005	Stefan Trechsel, Bankgeheimnis – Steuerstrafverfahren – Menschenrechte, Nemo tenetur bei Steuerhinterziehung, ZStrR 2005, 256 ff.
TRÜMLER, Notrecht	Ralph Trümppler, Notrecht: eine Taxonomie der Manifestationen und eine Analyse des intrakonstitutionellen Notrechts de lege lata und de lege ferenda, Zürich 2012
TRÜMLER, SJZ 2012	Ralph Trümppler, Das Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen, Palliation mit klingendem Namen, SJZ, 309 ff.
TSCHANNEN, Staatsrecht	Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016
TSCHANNEN/ZIMMERLI/ MÜLLER, Verwaltungsrecht u.a. u.dergl. u.U.	Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller,- Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014 unter anderem und dergleichen unter Umständen
UBS	UBS Group AG (Schweizer Grossbank mit Sitz in Zürich)
UHLMANN/BIAGGINI, Rechtsschutzlücken	Felix Uhlmann/Giovanni Biaggini, Rechtsschutzlücken, Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege, Teilprojekt Rechtsschutzlücken, Schlussbericht, Bern 2013
UNO	United Nations Organization = Vereinte Nationen
UNO-Charta	Charta der Vereinten Nationen, Abgeschlossen in San Francisco am 26.6.1945, Für die Schweiz in Kraft getreten am 10.9.2002 (SR 0.120)
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966 (SR 0.103.2)
USG	Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, SR 814.01)

US Programm	Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks des DoJ, http://www.justice.gov/iso/opa/resources/7532013829164644664074.pdf , abgerufen am 7.12.2020
US Treasury	U.S. Department of the Treasury (Finanzministerium der Vereinigten Staaten)
USA	United States of America = Vereinigte Staaten von Amerika
USC	Code of Laws of the United States of America
v.Chr.	vor Christus
VD	Verwaltungsdelegation der Bundesversammlung
VE BV 1977	Verfassungsentwurf der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, 1977
VE BV 1995	Verfassungsentwurf, Reform der Bundesverfassung, 1995
VE StGB 1903	Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch und zu einem Bundesgesetz betreffend Einführung des schweizerischen Strafgesetzbuches. Nach den Beschlüssen der von dem eidgenössischen Justizdepartement mit der Durchsicht des Vorentwurfs von 1896 beauftragten Expertenkommission, Bern 1903
VE StGB 1908	Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch im Auftrag des hohen schweizerischen Justizdepartements, neu gefasst von Prof. C. Stooss, Bern 1908
VERDROSS/SIMMA, Völkerrecht	Alfred Verdross/Bruno Simma, Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis, 3. Aufl., Berlin 1984
Verf.	Verfasser
Verordnung Rekapitalisierung UBS	Verordnung über die Rekapitalisierung der UBS AG vom 15.10.2008 (AS 2008 4741)
VGG	Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17.6.2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, SR 173.32)
vgl.	vergleiche
VO DBA-USA	Verordnung zum schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen vom 2.10.1996 vom 15.6.1998 (SR 672.933.61)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (Bern)
VRK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, abgeschlossen in Wien am 23.5.1969 (SR 0.111)
VStrR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22.3.1974 (SR 313.0)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20.12.1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, SR 172.021)
WALDMANN/WIEDERKEHR, Verwaltungsrecht	Bernhard Waldmann/René Wiederkehr, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2019
WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft	Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft [1921], 5. Aufl., Tübingen 1976

Wegleitung Musterverfügung 2013	EFD, Wegleitung zur schweizerischen Musterverfügung vom 3.7.2013, < https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/31820.pdf >, abgerufen am 7.12.2020
WIEDERKEHR, ZBl 2007	René Wiederkehr, Transparenz als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV), ZBl 2007, 521 ff.
WILDHABER, Legalitätsprinzip	Luzius Wildhaber, Legalitätsprinzip und Aussenpolitik – eine Problemskizze, in: Edouard Brunner/Franz E. Muheim/Paul Widmer et al. (Hrsg.), Einblick in die schweizerische Aussenpolitik, Zum 65. Geburtstag von Staatssekretär Raymond Probst, Zürich 1984, 443 ff.
WYSS, Gesetzgebungsbedarf	Martin Philipp Wyss, Gesetzgebungsbedarf bei der internationalen Amtshilfe?, in: Stephan Breitenmoser/Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), Aktuelle Fragen der Internationalen Amts- und Rechtshilfe, St. Gallen 2009, 217 ff.
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil)
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zürich)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (SR 210)
ZIEGLER, droit international public	Andreas R. Ziegler, Introduction au droit international public, 3. Aufl., Bern 2015
Ziff.	Ziffer(n)
ZIHLMANN, Notrecht	Rudolf Zihlmann, Legitimität und Legalität des Notrechts, Bern 1950
ZIMMERLI, recht 1984	Ulrich Zimmerli, Zum Gesetzmässigkeitsprinzip im Verwaltungsrecht, recht 1984, 73 ff.
ZIMMERMANN, coopération	Robert Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl., Bern 2019
ZK BankG-AUTOR/IN	Dieter Zobl/Renate Schwob/Christoph Winzeler/Christine Kaufmann/Rolf H. Weber, Stefan Kramer, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Schulthess, Zürich 2015
ZP II EueR	Zweites Zusatzprotokoll vom 8.11.2001 zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.12)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZSSG	Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz [Gesetzesentwurf wurde nicht weiterverfolgt]
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)
ZULAUF, SZW 2018	Urs Zulauf, Automatischer Informationsaustausch, das Ende des steuerlichen Bankgeheimnisses? SZW 2018, 667 ff.
ZÜND/ERRASS, ZBJV 2011	Andreas Zünd/Christoph Errass, Die polizeiliche Generalklausel, ZBJV 2011, 261 ff.

Einleitung – Das Versprechen der Legalität

§ 1

Einleitende Worte aus dem Notrechtsregime

Frühjahr 2020. Während die vorliegende Arbeit kurz vor ihrem Abschluss steht, geschieht Seltsames: Ein neuartiges Coronavirus, genannt «Covid-19», breitet sich weltweit zur Pandemie aus, gleichzeitig übernimmt der Bundesrat die Funktion der Legislative. Er erlässt mit hoher Kadenz immer wieder neue Massnahmen, die der Bekämpfung der epidemischen Notstandssituation dienen sollen. Versammlungen werden verboten, Schulen und Grenzen geschlossen, die Armee wird mobilisiert, die Geltung des Arbeitsgesetzes für medizinisches Personal aufgehoben, ebenso das Recht auf Asyl, Milliardenpakete für die Wirtschaft werden geschnürt und sogar Strafbestimmungen erlassen.² Das Parlament bricht die laufende Session ab und überlässt die alleinige Führung dem Bundesrat.³ Der Justizbetrieb wird stark eingeschränkt, im Betreibungswesen wird ein vorübergehender Rechtsstillstand verfügt,⁴ Gerichte zitieren Verhandlungen ab.⁵

Die Schweiz staunt. So etwas scheint man in diesem Staat seit dem zweiten Weltkrieg nicht mehr gesehen zu haben. Der Bundesrat agiert allein, ohne parlamentarische und justizielle Kontrolle.⁶ Sein Handeln stützt er auf die verfassungsunmittelbare Interessenwahrungs- und Notrechtskompetenz in Art. 184 und Art. 185 BV. Seine Erlasse sollen die Wirkung von Gesetzen haben: «Notrecht».

Neu ist das nicht. Der Bundesrat hatte sich in der jüngeren Vergangenheit mehrfach auf die Art. 184 und Art. 185 BV berufen, um als Gesetzgeber zu wirken, etwa als er 2001 Massnahmen gegen die Gruppierung «Al-Qaïda» und verwandte Organisationen erliess oder als er 2008 die UBS mit Staatshilfe in Milliardenhöhe zu retten versuchte. Auslöser dort waren die Terroranschläge am 11.9.2001, da ein erschüttertes Finanzsystem, in dem eine systemrelevante Bank unterzugehen drohte. «Besondere Zeiten erfordern besondere

1 Dt.: Auf Gesetzen beruht das Wohl des Staatswesens.

2 S. nur COVID-19-Verordnung 2 sowie insbesondere die Änderungen vom 16.3.2020 (AS 2020 783).

3 VD, 15.3.2020, Medienmitteilung: Keine dritte Sitzungswoche der Frühlingssession der Bundesversammlung, <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-vd-2020-03-15.aspx>> abgerufen am 7.12.2020.

4 COVID-19-Verordnung Rechtsstillstand.

5 S.a. COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht.

6 Aufschlussreich BGer, 15.4.2020, 2C_280/2020, E. 2.2; s.a. Art. 189 Abs. 4 BV; Art. 72 lit. a VwVG; Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG; Art. 83 lit. a BGG.

Massnahmen». Das war immer wieder zu hören. Und: «Die Krise ist die Zeit der Exekutive». Geprägt hat diese Formeln der Staatsrechtler CARL SCHMITT, der sich ab 1933 in den Dienst der NSDAP stellte. Seine Theorie des Ausnahmezustandes⁷ ist tief ins Verfassungsrecht der europäischen Nationalstaaten eingeschrieben. Die politische Philosophie widmet ihr etliche Abhandlungen.

Gegenstand dieser Arbeit ist kein Ausnahmezustand. Nicht Krieg, Seuche oder Terrorismus haben die schweizerische Exekutive dazu gebracht, rechtsstaatliche Grundsätze zum Amts- und Rechtshilferecht auszusetzen. Es genügte allein der von ausländischen Staaten oder via ausländische Rechtsordnungen auf die Schweiz ausgeübte Druck. Die schweizerische Exekutive ist in den letzten Jahren dazu übergegangen, mit einer nie gesehenen Nonchalance privaten Rechtssubjekten – ohne jede Rechtsgrundlage – eine intensive grenzüberschreitende Kooperation mit ausländischen Staaten zu erlauben bzw. zu «bewilligen». Derartige Handlungen umgehen die Bestimmungen und Grundsätze der Amts- und Rechtshilfe, ignorieren das Spezialitätsprinzip und setzen sich über die Interessen von Drittbetroffenen hinweg. Das Strafgesetzbuch sieht für solche sogenannte verbotene Handlungen für einen fremden Staat hohe Strafen vor.

Die «Bewilligung nach Artikel 271 des Strafgesetzbuches» soll das Gesetzeswidrige, das Verbotene erlauben. Sie wirkt subtiler als Notrecht. Es herrscht keine ausserordentliche Lage, das Land ist nicht in Aufruhr. Die Bezeichnung der Bewilligung suggeriert, dass sich diese auf Art. 271 StGB abstützen kann. Genau dies wird mit dem Erteilen der Bewilligung immer wieder propagiert. Ohne Rückgriff auf Art. 184 und Art. 185 BV kann auf eine Prüfung der hohen Schranken des gesetzesvertretenden, verfassungsunmittelbaren Interessenwahrungs- und Notrechts verzichtet werden.

Und doch wirkt die Exekutive als Gesetzgeberin. Art. 271 StGB nennt keinerlei Kriterien für die Erteilung einer Bewilligung, die Ermächtigung erfolgt – so scheint es – weitgehend nach Belieben: Notrechtliche Kompetenzen ohne Notstand, während Jahren. Wie lässt sich eine solche Praxis in den rechtsstaatlichen Kanon einordnen? Ist eine solche Bewilligungspraxis mit den so hochgehaltenen rechtsstaatlichen Grundsätzen wie dem Legalitätsprinzip und der Gewaltentrennung vereinbar – oder ist vielmehr das Recht selbst «aus den Fugen»?

7 Vgl. insbesondere SCHMITT, Diktatur sowie SCHMITT, Politische Theologie.

§ 2

These, Methode und Aufbau der Arbeit

Im letzten Jahrhundert ist es wiederholt vorgekommen, dass die Exekutive – Bundesrat und Bundesverwaltung – unter besonderen Umständen ausnahmsweise grenzüberschreitende Kooperationshandlungen ausserhalb des Amts- und Rechtshilfeweges genehmigt hat. Diese Handhabung haben der schweizerische Bundesrat sowie die Bundesverwaltung im Zuge der Globalisierung massiv ausgeweitet. Im Rahmen des Steuerstreites mit den USA wurde schliesslich die Praxis etabliert, mittels sog. «Bewilligung nach Artikel 271 des Strafgesetzbuches»⁸ massenhaft Amts- und Rechtshilfehandlungen ausserhalb des geltenden gesetzlichen und völkerrechtlichen Regelwerkes zu erlauben und zugleich vom Tatbestand der verbotenen Handlung für einen fremden Staat gemäss Art. 271 StGB auszunehmen. Diese Praxis dauert offenbar bis heute an.⁹

Obwohl in jüngerer Zeit zahlreiche Dissertationen, Monografien und Standardwerke erschienen sind, die Anlass zu einer kritischen Würdigung dieser Praxis geboten hätten – zu erwähnen sind insbesondere die Dissertation von MC GOUGH zu Art. 271 StGB,¹⁰ der umfassende Kommentar zur Amtshilfe von ZWEIFEL/BEUSCH/OESTERHELT,¹¹ die Dissertationen von TRÜMLER¹² zum Notrecht und von RECHSTEINER¹³ zum Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, aber auch die Neuauflage des Werkes von ZIMMERMANN¹⁴ oder die Herausgabe des Basler Kommentars zum IRSG¹⁵ – fehlt bis heute in der Doktrin eine fundierte rechtliche Einordnung dieser Praxis.

Vor diesem Hintergrund nimmt sich die vorliegende Arbeit der *Forschungsfrage* an, ob und ggf. unter welchem rechtlichen Titel und unter welchen Voraussetzungen eine Praxis der Erteilung einer «Bewilligung nach Art. 271 StGB» im Lichte rechtsstaatlicher Grundsätze zulässig sein kann, unter besonderer Berücksichtigung des Legalitätsprinzips sowie der Strafbestimmung von Art. 271 StGB. Die Untersuchung bedient sich dabei verschiedener methodischer Ansätze, die auch ihre Gliederung bestimmen:

In Rahmen der allgemein gehaltenen *Einleitung* werden die für die Untersuchung relevanten rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen kursorisch ausgebreitet.

8 Der Einfachheit halber wird nachfolgend im Lauftext die abgekürzte Bezeichnung «Bewilligung nach Art. 271 StGB» verwendet.

9 Vgl. unten Teil II, § 3.III.B.1.

10 Vgl. YOLANDA MC GOUGH, Verbotene Handlungen für einen fremden Staat: Eine Analyse des Straftatbestands nach Art. 271 Strafgesetzbuch, Zürich 2018.

11 Vgl. MARTIN ZWEIFEL/MICHAEL BEUSCH/STEFAN OESTERHELT (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Amtshilfe, Basel 2020.

12 RALPH TRÜMLER, Notrecht: eine Taxonomie der Manifestationen und eine Analyse des intrakonstitutionellen Notrechts de lege lata und de lege ferenda, Zürich 2012.

13 Vgl. DAVID RECHSTEINER, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts bei Katastrophen, Diss. SG, Zürich/St. Gallen 2016.

14 Vgl. ROBERT ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl., Bern 2019.

15 MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN HEIMGARTNER, Internationales Strafrecht IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Basel 2015.

Im Besonderen wird auf die Bedeutung des Legalitätsprinzips im schweizerischen (Verfassungs-)Recht eingegangen, unter Berücksichtigung seiner juristischen und juristischen Grenzen.

Im thesenspezifischen *ersten Teil* wird exemplarisch anhand des Steuerstreites zwischen der Schweiz und den USA die souveränitätsrechtliche Problematik der zwischenstaatlichen Druckausübung illustriert, die schliesslich zur massenhaften Erteilung von Bewilligungen zur Vornahme von nach Art. 271 StGB verbotenen Handlungen führte.

Im *zweiten Teil*, dem Kernstück der Dissertation, wird diese Praxis der «Bewilligung nach Art. 271 StGB» einer eingehenden rechtsdogmatischen Analyse unterzogen, verfassungsrechtlich eingeordnet und bewertet.

Im *dritten Teil* werden die gewonnenen Erkenntnisse synthetisiert und das Resultat in einen grösseren Kontext eingebettet. Daraus resultiert die titelgebende Allegorie, das juristische Wesen¹⁶ dieser Bewilligung als ein «Recht aus den Fugen» zu verorten.

16 Der auch im Titel verwendete Begriff «Wesen» (gr. οὐσία *ousía*: Seiendheit) ist bewusst gewählt, er indiziert, dass die Arbeit nicht bloss auf eine juristische Einordnung der Problematik abzielt, sondern – notwendigerweise – auch die juristische Sphäre, letztlich die Seiendheit der «Bewilligung nach Art. 271 StGB» miteinbezieht.

§ 3

Legalität

Die vorliegende Arbeit untersucht eine Praxis der Exekutivbehörden im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit rechtsstaatlichen Grundsätzen. Zur Einordnung dieser Praxis, die im anschliessenden Teil I illustriert und im Teil II analysiert wird, drängt es sich auf, einleitend den zu Grunde liegenden rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Kontext – im Besonderen den Begriff der Legalität und das Prinzip der Legalität – genauer darzulegen.

I. Legalität als Relation

In seinem berühmten Werk *Die Metaphysik der Sitten* hat sich KANT eingehend mit der Unterscheidung von Recht und Moral beschäftigt. Darin führt er aus, dass sich Rechtslehre und Tugendlehre weniger durch verschiedene Pflichten, als vielmehr durch die Verschiedenheit der Gesetzgebung unterscheiden.¹⁷

«Man nennt die blossе Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetze, ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben, die Legalität (Gesetzmässigkeit); diejenige aber, in welcher die Idee der Pflicht aus dem Gesetze zugleich die Triebfeder der Handlung ist, die Moralität (Sittlichkeit) derselben».¹⁸

Vorliegend interessiert insbesondere der erste Teil des Zitates, die Legalität als blossе Übereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetz. Folgt man dem, bezeichnet der Begriff Legalität weder ein Verhalten oder eine Handlung, noch eine Rechtsnorm, sondern eine *Relation* von Handlung und Gesetz bzw. positivrechtlicher Norm, die – ungeachtet der Motive – als «Übereinstimmung» bestimmt wird. In der rechtswissenschaftlichen Doktrin wird diese Definition von Legalität als *Verhältnis* zwischen menschlicher Handlung und Norm zutreffend als Grundlage jeder Auseinandersetzung mit dem Legalitätsprinzip und seinen Grenzen gelegt.¹⁹

Prima facie unterscheidet sich die Beschreibung dieser Relation nicht von einer klassischen wissenschaftlichen Subsumption, etwa von der botanischen Zuordnung der Gattung *Humulus lupulus* zur Familie der *Cannabaceae* oder der biologischen Zuordnung des Menschen zu den Trockennasenprimaten. Dabei werden allerdings im Prozess, der diese Relation der Legalität herzustellen sucht oder prüft, zahlreiche – sprachliche, soziale, politische etc. – Sphären ineinander verwoben.²⁰ Es handelt sich daher um weit mehr als um eine logische Operation.²¹ Was in den klassischen Wissenschaften als fehlanfälliger

¹⁷ KANT, *Metaphysik*, 324.

¹⁸ KANT, *Metaphysik*, 323.

¹⁹ Für ein aktuelles Beispiel der Doktrin vgl. TRÜMLER, *Notrecht*, N 108.

²⁰ Zur Bedeutung von Sprache, herrschenden Werten, Erwartungen und Recht s.a. KESHELAVA, *ratio legis*, passim sowie 201 f.

²¹ S.a. AGAMBen, *Ausnahmezustand*, 49.

Mangel betrachtet werden mag, macht gerade das Wesen des Rechts aus, ist gewollt und wird dogmatisch unterfüttert (vgl. unten § 3.II.C.).

Die Ursache für diese Differenz zu einer klassischen wissenschaftlichen Subsumption dürfte darin liegen, dass eine objektivierte Deskription bei der Legalität – anders als etwa bei der Biologie – nicht Ziel, sondern Mittel ist. Es wird weder eine parsimonische Theorie noch eine möglichst vollständige Klassifikation angestrebt, sondern «ein Vergleichsergebnis von Gesolltem und Tatsächlichem».²² Bezogen auf den Staat heisst das: Die *normativ* vorgeschriebene Bindung staatlicher Gewaltausübung an sprachlich fassbare Normen, gemäss dem Prinzip der Legalität.

II. Legalität als Prinzip

A. Legalität als unabdingbares Element eines Rechtsstaats

Das Prinzip der Legalität gilt als unabdingbarer Bestandteil jedes Rechtsstaates.²³ Unzählige Autoren haben zur Begriffs- bzw. Konzeptgeschichte des «Rechtsstaats» beigetragen, sich gegenseitig beeinflusst und die Theorien perfektioniert. Es würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen und dem Sinn dieser kurzen Einführung widersprechen, darauf detaillierter einzugehen. Der Hinweis auf zwei aufschlussreiche Autoren muss an dieser Stelle genügen:

Im Jahre 1656 veröffentlichte der englische Philosoph HARRINGTON in London *The Commonwealth of Oceana*.²⁴ Getrieben war das Werk vom utopischen²⁵ Bestreben, «die erste vollkommene Republik der Menschheitsgeschichte zu entwerfen».²⁶ Geschehen sollte dies, indem Herrschaft nicht durch Menschen, sondern durch Gesetze selbst ausgeübt werden sollte:

«[...] government (to define it de jure, or according to ancient prudence) is an art whereby a civil society of men is instituted and preserved upon the foundation of common right or interest; or, to follow Aristotle and Livy, it is *the empire of laws, and not of men*».²⁷

Postuliert war damit das Konzept einer *Gesetzesherrschaft*, man könnte auch von «Nomokratie» sprechen.²⁸

Beeinflusst von HARRINGTONS Schriften verfeinerte MONTESQUIEU das Konzept der Gesetzesherrschaft durch das Prinzip der Gewaltentrennung. Die Kernaussage dazu in *De l'esprit des lois* lautete wie folgt:

«Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté; parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques, pour les exécuter tyranniquement.

²² TRÜMLER, Notrecht, N 108.

²³ Statt vieler: BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 35, wonach das Legalitätsprinzip trotz der Offenheit des Rechtsstaatsprinzips im Grundsatz zu den «unabdingbaren Bestandteilen jedes Rechtsstaates» gehöre.

²⁴ HARRINGTON, *Oceana*.

²⁵ Ganz ähnlich wie bereits Utopia von MORUS und Nova Atlantis von BACON.

²⁶ So RIKLIN, Harrington, 150.

²⁷ HARRINGTON, *Oceana*, 161, Herv.d.V.

²⁸ So RIKLIN, Harrington, 150.

Il n'y a point encore de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative, et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire; car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur».²⁹

Sowohl das Konzept der Gesetzesherrschaft als auch die Gewaltentrennung waren letztlich legitimatorische Gegenmodelle zu einem monarchistischen Feudalstaat bzw. zum «Polizeystaat».³⁰ Dabei ging es, ganz wie bei den Gesellschaftsvertragsmodellen à la HOBBS, ROUSSEAU, LOCKE etc., im Wesentlichen um die Schaffung von Legitimation eines bestimmten, propagierten Gesellschafts- bzw. Staatsmodells.³¹ Die Ausübung von souveräner Gewalt sollte profaniert und an ein Gesetz gebunden (objektiviert) werden; dieses Gesetz wiederum sollte seine Legitimation daraus gewinnen, dass es von den unterworfenen Rechtssubjekten bzw. deren Vertretern verabschiedet wird (Demokratieprinzip).

Anders als etwa in Deutschland, wo der Begriff des «Rechtsstaats» zur Abgrenzung gegen eine monarchisch geprägte Bürokratie diente, kam dem Rechtsstaatsbegriff im jungen Bundesstaat Schweiz vorerst eine geringe Bedeutung zu.³² Gemäss BÄUMLIN war das ihm zu Grunde liegende Staatsverständnis gar der schweizerischen Tradition fremd.³³ Das dürfte wesentlich darin begründet sein, dass der «Rechtsstaat» in der Schweiz kein Kernpostulat des schweizerischen Liberalismus war.³⁴ Verwendung fand er im jungen Bundesstaat im Kontext des Kulturkampfes oder im Zusammenhang mit religiös motivierten Vorschriften.³⁵ An Konturen gewann der Begriff in der Schweiz erst durch den Bedeutungszuwachs des Verwaltungsrechts Ende des 19. Jahrhunderts.³⁶ Das verwaltungsrechtliche Postulat des «rechtsstaatlichen» Handelns brachte FLEINER etwas technisch auf den Punkt: «Verwaltung auf Antrieb des Gesetzes und innerhalb dessen Schranken».³⁷ Das Bundesgericht hat seinerseits in BGE 86 I 312 die rechtsstaatliche Struktur der Eidgenossenschaft unter eingehender Bezugnahme auf GIACOMETTI³⁸ wie folgt beschrieben:

«Der Rechtsstaat kennzeichnet sich in formeller Hinsicht vornehmlich dadurch, dass der Aufgabenkreis und die Befugnisse der einzelnen staatlichen Machtträger *durch Rechtssätze, das heisst durch generelle abstrakte Normen festgelegt* sind. Durch diese Bindung der staatlichen Gewaltenträger soll der Bürger vor nicht voraussehbaren staatlichen Eingriffen, vor rechtsungleicher Behandlung und bis zu einem gewissen Grade zudem vor der willkürlichen Handhabung der staatlichen Befugnisse geschützt werden [...]».³⁹

Während die Abschirmung der Individualsphäre gegen den staatlichen Zugriff historisch im Schutz gegen Steuern (no taxation without representation) sowie Strafen (nulla poena

29 MONTESQUIEU, *esprit des lois*, Buch XI, Kapitel VI, 312.

30 S.a. BÄUMLIN, ZBJV 1965, 82.

31 Dazu eingehend NIGGLI, *Menschliche Ordnung*, 73 ff.

32 Vgl. SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 4.

33 BÄUMLIN, ZBJV 1965, 82; s.a. SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 4.

34 Vgl. SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 6.

35 Vgl. die Beispiele bei SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 4.

36 S. SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 5; RUCK, *Verwaltungsrecht*, 192 ff.

37 FLEINER, *Institutionen*, 131.

38 Vgl. GIACOMETTI, *Verwaltungsrecht*, 5 ff.

39 BGE 86 I 312, E. 2, Herv.d.V.

sine lege) wurzelt,⁴⁰ wurde der Gesetzesvorbehalt in der Schweizer Praxis allgemein auf Eingriffe in Freiheit und Eigentum erstreckt und schliesslich auch auf den Bereich der Leistungsverwaltung ausgeweitet.⁴¹

Nebst dem Legalitätsprinzip und dem Gewaltentrennungsprinzip, die als sog. formelle Elemente des Rechtsstaates die Art und Weise der Ausübung der Staatsgewalt betreffen, kennt die Doktrin auch sog. materielle Elemente des Rechtsstaatsprinzips. Zu diesen gehören etwa die Beachtung der Grundrechte, das Handeln im öffentlichen Interesse sowie das Verhältnismässigkeitsprinzip.⁴²

B. Das Legalitätsprinzip im schweizerischen Verfassungsrecht

1. Das Legalitätsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns

Unter der Sachüberschrift «Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns» hält Art. 5 BV fest:

«Art. 5 Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns

¹ Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.

² Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.

³ Staatliche Organe und Private handeln nach Treu und Glauben.

⁴ Bund und Kantone beachten das Völkerrecht. [...]»⁴³

Die in Art. 5 BV festgeschriebenen Grundsätze waren in der Bundesverfassung von 1874 noch nicht explizit enthalten, wurden aber vom Bundesgericht aus Art. 4 aBV hergeleitet,⁴⁴ dem das Bundesgericht – in seinen eigenen Worten – «von jeher eine weit über seinen Wortsinn hinausgehende Bedeutung beigemessen [hat]». ⁴⁵ Zentrale Aspekte dieses sog. ungeschriebenen Verfassungsrechts⁴⁶ – namentlich die Bindung an Verfassung und Gesetz, die Angemessenheit staatlicher Handlungen, das Willkürverbot sowie das Gebot von Treu und Glauben – wurden in der Folge unter der Sachüberschrift «Grundsätze staatlichen Handelns» in den Verfassungsentwurf von 1977 integriert.⁴⁷

Den heute bekannten Wortlaut von Art. 5 Abs. 1–3 BV sah erstmals der Verfassungsvorentwurf von 1995 unter der gleichlautenden Sachüberschrift in Art. 4 vor.⁴⁸ Die Botschaft hielt zu Art. 5 BV ziemlich salopp fest, dass die Bestimmung «einige grundlegende Rechtsgrundsätze» zusammenfasse, die der Begrenzung der staatlichen Macht im Rechtsstaat

40 WILDHABER, Legalitätsprinzip, 443 m.Hinw.

41 Vgl. insb. den berühmten Entscheid *Wäffler et al./Kanton Basel-Stadt*: BGE 102 Ia 380; ferner BGE 103 Ia 402; BGE 104 Ia 232.

42 Statt vieler BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 21 f. Die Unterteilung in formelle und materielle Elemente des Rechtsstaates ist indes keine eindeutige, beide Elemente sind letztlich ineinander verstränkt, vgl. SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 9 m.Hinw.

43 Art. 5 BV.

44 Art. 4 Abs. 1 aBV: «Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Es gibt in der Schweiz keine Untertanenverhältnisse, keine Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familien oder Personen».

45 BGE 94 I 513, E. 4a; vgl. BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 1.

46 Vgl. Botschaft BV 1996, BBl 1997 I 131.

47 Vgl. Art. 4 und Art. 5 VE BV 1977.

48 Vgl. Art. 4 VE BV 1995; Abs. 4 wurde nachträglich im Rahmen des Reformpakets Volksrechte in den Verfassungsgebungsprozess eingefügt, vgl. SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 2.

dienten, insbesondere die Gesetzmässigkeit des Staatshandelns, ferner der Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie die Forderung, dass jedes Handeln des Staates im öffentlichen Interesse liegen muss, und das Prinzip von Treu und Glauben.⁴⁹ Auf Antrag der Kommissionen beider Räte wurde die Überschrift der Bestimmung von «Grundsätze staatlichen Handelns» geändert zu «Grundsätze *rechtsstaatlichen* Handelns», womit die besondere Bedeutung des Rechts als «Wesensmerkmal des schweizerischen Staatswesens»⁵⁰ unterstrichen werden sollte. Noch deutlicher wird die Gesetzesherrschaft bei der französischen Sachüberschrift «Principes de l'activité de l'État *régi par le droit*»⁵¹ herausgestrichen. Nach heutigem Verständnis bezeichnet Art. 5 BV sog. Verfassungsgrundsätze, die sich auf das gesamte staatliche Handeln beziehen; Adressat ist der Staat in seinen sämtlichen Erscheinungsformen.⁵² Obschon sich die Verpflichtung zur Rechtsstaatlichkeit an alle Behörden richtet, wirkt das BJ als Fachbehörde und Dienstleistungszentrum des Bundes für Rechtsfragen gemäss Art. 6 Abs. 2 OV-EJPD als eigentlicher Gralshüter⁵³ der Rechtsstaatlichkeit:

«Es [das Bundesamt für Justiz] wirkt hin auf die Rechtmässigkeit von Erlassen, Beschlüssen und Entscheiden der Bundesversammlung, des Bundesrates und der Bundesverwaltung, namentlich auf die Wahrung der Grundrechte sowie die Einhaltung der Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns, der bundesstaatlichen Kompetenzordnung und anderer verfassungsrechtlicher Vorgaben».⁵⁴

Das Bundesgericht⁵⁵ und die Doktrin⁵⁶ haben bereits lange vor der Inkraftsetzung der neuen Bundesverfassung das Legalitätsprinzip als ungeschriebenen Grundsatz des schweizerischen Bundesverfassungsrechts anerkannt. Positiviert, d.h. explizit in die Verfassung aufgenommen, wurde das Legalitätsprinzip im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung. Die Botschaft über eine neue Bundesverfassung hielt dazu fest, dieses habe seine Wurzeln «in den Leitideen der Rechtsstaatlichkeit, der Demokratie und der Gewaltenteilung».⁵⁷

Die treffendste und konziseste Beschreibung des Legalitätsprinzips stammt vom Bundesgericht selbst; es hat diese bereits vor der Positivierung des Legalitätsprinzips entwickelt⁵⁸ und seither daran festgehalten:

«Gemäss Art. 5 Abs. 1 BV bedarf jedes staatliche Handeln einer gesetzlichen Grundlage. Das Legalitätsprinzip besagt, dass ein staatlicher Akt sich auf eine materiellgesetzliche Grundlage stützen muss, die hinreichend bestimmt und vom staatsrechtlich hierfür zuständigen Organ erlassen worden ist. Es dient damit einerseits dem demokratischen Anliegen der Sicherung

49 Botschaft BV 1996, BBl 1997 I 131.

50 So Votum Inderkum, AB S 1998 28; s.a. BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 1; SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 2.

51 Vgl. Art. 5 BV, Herv.d.V.

52 SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 16 f.

53 S.a. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 5 N 2.

54 Art. 6 Abs. 2 OV-EJPD.

55 Vgl. z.B. BGE 103 Ia 369; BGE 121 I 22.

56 Kommentar BV 1874-MÜLLER, Art. 4 N 6 ff.; Kommentar BV 1874-MÜLLER, Einleitung zu den Grundrechten N 115 ff.

57 Botschaft BV 1996, BBl 1997 I 132.

58 Vgl. BGE 123 I 1, E. 2b m.Hinw.

der staatsrechtlichen Zuständigkeitsordnung, andererseits dem rechtsstaatlichen Anliegen der Rechtsgleichheit, Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit staatlichen Handelns [...]».⁵⁹

Das Bundesgericht weist damit dem Legalitätsprinzip eine demokratische-gewaltenteilige Funktion (Sicherung der staatsrechtlichen Zuständigkeitsordnung) und eine rechtsstaatliche Funktion zu.

2. Die demokratische-gewaltenteilige Funktion des Legalitätsprinzips

Gemäss der erwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 5 Abs. 1 BV bedarf jedes staatliche Handeln einer «gesetzlichen Grundlage».⁶⁰ Die Botschaft verlangte explizit, dass die Grundlage «grundsätzlich in einem formellen Gesetz enthalten sein [muss]».⁶¹ In der Lehre wird dieser Grundsatz als sog. «Erfordernis der Gesetzesform» («réserve de la loi formelle») bezeichnet: Demnach ist das Gesetz im formellen Sinn für alles Staatshandeln direkt oder indirekt notwendige Rechtsgrundlage.⁶² Das schliesst mithin die Möglichkeit einer Delegation nicht aus; in diesen Fällen muss aber immerhin die erforderliche Delegationsnorm zu einer (unselbständigen) Rechtsverordnung im Gesetz selbst angelegt sein.⁶³ Das Erfordernis der Gesetzesform steht der unmittelbaren Anwendbarkeit von Verfassungsnormen nicht entgegen, da diese normhierarchisch höher angesiedelt sind.⁶⁴ In diesem Sinne kann auch von einem vom Legalitätsprinzip «abgeleitete[n] Grundsatz der Gesetzmässigkeit»⁶⁵ gesprochen werden. Dieser bezweckt – zusammen mit dem Gewaltenteilungsprinzip – «einerseits den Bürger vor der Willkür eines staatlichen Organs, das zugleich zur Rechtsetzung und Rechtsanwendung befugt wäre, zu schützen, andererseits die demokratische Staatsordnung, d.h. die politischen Mitbestimmungsrechte der Bürger zu garantieren».⁶⁶ Das Bundesgericht hat zu Recht darauf hingewiesen, dass das demokratische Prinzip leide, wenn die Funktionen der gesetzgebenden Gewalt teilweise an die Exekutive übergehen.⁶⁷

Eng damit verbunden ist das sog. «Erfordernis der genügenden Normstufe»⁶⁸. Demnach ist vorausgesetzt, dass Rechtsnormen bezogen auf die Wichtigkeit ihres Inhalts auf der jeweils richtigen Ebene der Normenhierarchie verankert werden.⁶⁹ Einen zwingenden Mindestmassstab hierbei setzt Art. 164 BV, der verlangt, dass alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind. Diese dem formellen Gesetzgeber vorbehaltenen Befugnisse dürfen nicht delegiert werden,⁷⁰ sie gehören zwin-

59 BGE 141 II 169, E. 3.1.c.

60 BGE 141 II 169, E. 3.1.c.

61 Botschaft BV 1996, BBl 1997 I 132.

62 SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 36; nach einem Teil der Lehre ergibt sich aus Art. 5 BV keine Voraussetzung eines formellen Gesetzes, eine solche könne sich aber aus anderen Normen ergeben, vgl. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 5 N 9; s.a. BSG BV-EPINEY, Art. 5 N 42.

63 Vgl. BGE 142 II 182, E. 2.3.

64 Vgl. z.B. BGE 139 II 243, E. 10.5; SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 36.

65 BGE 121 I 22, E. 2.

66 BGE 103 Ia 369, E. 6d.

67 BGE 103 Ia 369, E. 6d.

68 Vgl. z.B. BGE 131 II 13, E. 6.4; BGE 142 II 182, E. 2.2.1.

69 SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 36.

70 Vgl. BGE 131 II 13, E. 6.3; BIAGGINI spricht von einem Delegationsverbot, BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 164 N 3.

gend ins Gesetz.⁷¹ Explizite (Mindest-)Anforderungen an die Normstufe kennt die Verfassung ferner im Zusammenhang mit Grundrechtseinschränkungen (Art. 36 Abs. 1 BV) sowie im Abgaberecht (Art. 127 Abs. 1 BV).⁷²

Das Erfordernis der Gesetzesform gilt grundsätzlich für sämtliche Rechtsbereiche, auch für die auswärtigen Angelegenheiten.⁷³ Zwar erfordert die Besorgung der auswärtigen Angelegenheiten zuweilen ein flexibles und rasches Handeln; soweit die Beziehungen zum Ausland aber rechtssatzmässig erfassbar sind, ist dafür nach heutigem Verständnis⁷⁴ eine ordentliche Gesetzesgrundlage zu schaffen.⁷⁵ Eine Ausnahme gilt nur für singuläre Konstellationen, in diesen können – sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind – gestützt auf das Interessenwahrungs- bzw. Notrecht verfassungsunmittelbare Verfügungen oder Verordnungen erlassen werden (zum Ganzen unten Teil II, § 5.).

3. Die rechtsstaatliche Funktion des Legalitätsprinzips

Gemäss der erwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichts dient das Legalitätsprinzip in rechtsstaatlicher Hinsicht insbesondere der Rechtsgleichheit, der Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit staatlichen Handelns.⁷⁶ Angesprochen sind damit insbesondere das sog. Erfordernis des Rechtssatzes sowie das Erfordernis der genügenden Bestimmtheit.

a) Erfordernis des Rechtssatzes

Art. 5 Abs. 1 bezeichnet das «Recht» als Grundlage und Schranke staatlichen Handelns, ohne diesen Begriff genauer zu definieren. Gemäss Botschaft deckt der Begriff des Rechts grundsätzlich alle «Rechtsnormen» ab, unabhängig von ihrem Rang (Verfassungs-, Gesetzes-, Ordnungsrecht, nationales und internationales Recht).⁷⁷ Das Bundesgericht spricht von einer «materiellrechtliche[n] Grundlage». ⁷⁸ Gemeint ist mit Recht also eine rechtssatzmässige Regelung, also jedenfalls eine Norm mit generell-abstrakter Struktur.⁷⁹ Kein Recht i.S.v. Art. 5 BV sind demgegenüber – mangels generell-abstrakter Struktur – die einzelnen staatlichen Entscheidungen.⁸⁰

Dieses sog. «Erfordernis eines Rechtssatzes» («réserve de la loi matérielle») bezweckt, rechtsgleiches und vorhersehbares Staatshandeln zu garantieren.⁸¹ Durch die generell-abstrakte Normstruktur wird gewährleistet, dass die Verwaltungsbehörden in ähnlich gelagerten Fällen gleich entscheiden,⁸² sie macht behördliches Verhalten berechenbar

71 SGK BV-TSCHANNEN, Art. 164 N 37 m.Hinw.

72 S.a. Art. 164 Abs. 1 lit. b, lit. d BV.

73 Statt vieler: BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 49; SGK BV-EHRENZELLER/PORTMANN/PFISTERER, Art. 54 N 17.

74 Anders noch die klassische Doktrin der Aussenpolitik («Relativierung des Legalitätsprinzips»), dazu unten Teil II, § 4.II.

75 Vgl. SGK BV-EHRENZELLER/PORTMANN/PFISTERER, Art. 54 N 17.

76 BGE 141 II 169, E. 3.1.c.

77 Botschaft BV 1996, BBl 1997 I 132.

78 Vgl. BGE 141 II 169, E. 3.1.c.

79 Vgl. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 5 N 8.

80 Vgl. SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 19.

81 S.a. SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 32 m.Hinw.

82 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, § 7 N 373.

und voraussehbar, geht damit auf das sog. Kalkulabilitätspostulat ein,⁸³ und trägt so zur Rechtssicherheit bei.⁸⁴ Selbstverständlich setzt diese Zielsetzung voraus, dass die entsprechenden Erlasse publiziert werden bzw. in geeigneter Form kundgemacht werden.⁸⁵

b) Gebot der genügenden Bestimmtheit

Das Erfordernis der genügenden Normdichte bzw. Bestimmtheit verlangt, dass Rechtsätze ausreichend bestimmt und klar sein müssen.⁸⁶ Gemäss Bundesgericht muss das Gesetz «so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann».⁸⁷ Wie auch das Rechtssatz-Erfordernis dient das Bestimmtheitsgebot insbesondere der Rechtssicherheit und Kalkulabilität. Verlangt ist nicht eine maximale, sondern die als optimal betrachtete, den Verhältnissen angemessene Bestimmtheit.⁸⁸ So verweist die Lehre bspw. darauf, dass im Bereich der Aussenpolitik oder der Leistungsverwaltung die Anforderungen an die Normdichte teilweise herabgesetzt sind.⁸⁹

C. Methoden und Techniken zur Bewältigung des Legalitätsprinzips

1. Problematik

Das Legalitätsprinzip – und mit ihm verbunden der Grundsatz der Gewaltenteilung – sind im Wesentlichen formalistisch ausgestaltet,⁹⁰ dementsprechend werden sie auch als «formelle Elemente des Rechtsstaates» qualifiziert bzw. dem «Rechtsstaat im formellen Sinn»⁹¹ zugerechnet. Die Vorbeugung staatlicher Willkür durch Bindung der Behörden an allgemeingültige, abstrakte Normen,⁹² die in demokratisch verhandelten Rechtssetzungsverfahren erlassen werden, beinhaltet eine gewisse Trägheit, Inflexibilität, gar Starrheit. Diese dem Formalismus geschuldeten Eigenschaften können als Schranken empfunden werden, wo schnelle, flexible oder einzelfallorientierte Lösungen gesucht werden. In der Praxis wurde das Legalitätsprinzip etwa im Bereich der Aussenpolitik während Jahrzehnten als nicht sachgerechtes Hindernis betrachtet.⁹³ Auch in der betriebswirtschaftlich geprägten Verwaltungsreformdiskussion wurde das Legalitätsprinzip als starr und reformfeindlich kritisiert und eine geringe Effizienz der Verwaltung beklagt.⁹⁴ In jüngerer Zeit

83 Vgl. DUBS, ZSR 1974, 224; inhaltlich fast deckungsgleich bei anderen Autoren als «Geltungsvertrauen» bezeichnet, vgl. RHINOW, Rechtssetzung, 271.

84 Treffend NÜSSE, Demokratie, 59.

85 BGE 121 Ia 1, E. 4b; SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 18 nennen das «Erfordernis der genügenden Kundmachung» als separate Anforderung des Legalitätsprinzips.

86 Statt vieler: SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 33; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 386 ff.

87 BGE 109 Ia 273, E. 4d.

88 Statt vieler: BGE 113 Ib 60, E. 3b.

89 SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 31; zur «Relativierung des Legalitätsprinzips» im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten s. unten Teil II, § 4.II.

90 S.a. BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 1.

91 SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 9.

92 Vgl. BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 60.

93 Dazu unten Teil II, § 4.II.

94 Vgl. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 5 N 14 m.Hinw.; BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 59.

haben sodann diverse Entwicklungen das Legalitätsprinzip namentlich in internationalen Sachverhalten stark herausgefordert: Externe, aussenpolitische Faktoren wirken sich zunehmend auf innenpolitische Entscheide aus.⁹⁵ Die Verdichtung von politischen, wirtschaftlichen und sozialen Räumen, die zunehmende politische und juristische Interdependenz sowie die Digitalisierung von Daten und deren Bearbeitung im Cyberspace führen zu neuen Bedürfnissen und Möglichkeiten etwa von grenzüberschreitender Informationsbeschaffung bzw. Informationsaustausch, sowohl bei staatlichen Akteuren, als auch im wirtschaftlichen und privaten Kontext.⁹⁶ Die internationale Zusammenarbeit hat stark an Bedeutung gewonnen. Parallel dazu bauen staatliche und andere Akteure ihre nachrichtendienstliche Aktivität und das dazugehörige Instrumentarium massiv aus, womit die Bedeutung des nationalstaatlichen Informations- bzw. Geheimnisschutzes ebenso wächst⁹⁷ wie das Bedürfnis, die Ausübung grenzüberschreitender hoheitlicher Gewalt vorhersehbar zu regulieren.⁹⁸

Nun ist es nicht so, dass das Legalitätsprinzip keine Antworten auf diese Problematiken bereitstellen würde. Die Rechtsetzung und die Rechtspraxis kennen eine Menge Methoden und Techniken, die den Prozess der Herstellung von Legalität – also den Anschluss von staatlichem Handeln an eine Rechtsnorm – erleichtern bzw. «dynamisieren».⁹⁹ Eine Betrachtung dieser Methoden und Techniken erhellt, dass in der schweizerischen Praxis die Geltung des Legalitätsprinzips gerade nicht mit einer Nomokratie, einer reinen Mechanik der Gesetze, verglichen werden kann. Einige bedeutsame Elemente dieses praktischen Umgangs mit dem Legalitätsprinzip werden im Folgenden aufgezeigt.

2. Die Erschaffung von Rechtsnormen

Einen Ausgangspunkt jeder Produktion von Legalität bilden die Rechtsnormen. Eine Reaktion auf veränderte Anforderungen an die Grundlagen und Schranken staatlichen Handelns kann demnach via Setzung von Rechtsnormen erfolgen.

a) Ausweitung der Rechtssetzungstätigkeit

Eine naheliegende Reaktion auf eine komplexere Welt ist der Erlass einer komplexeren Gesetzgebung auf dem ordentlichen Weg der Rechtssetzung (Art. 163 Abs. 1, Art. 164 BV). Für singuläre Konstellationen kennt das Verfassungsrecht zudem das Instrument des Bundesbeschlusses (vgl. Art. 163 Abs. 2 BV). Ein Mehr an Rechtssetzung kann dem Legalitätsprinzip dienen, wie etwa die jüngeren Rechtssetzungsbemühungen im Bereich der Amts- und Rechtshilfe zeigen. Nicht zu Unrecht wurde aber auch vor den Gefahren einer «Gesetzesflut»¹⁰⁰ gewarnt,¹⁰¹ welche die Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit auszuhöhlen droht.

⁹⁵ HUSMANN, Wistra, 61.

⁹⁶ BSK StGB⁴-HUSMANN, Vor Art. 271–274 N 6; s.a. BAZZI, Wirtschaftsspionage, N 18 ff.; MUSCHIETTI, Wistra, 114 f.

⁹⁷ S.a. DE WERRA, protection, passim.

⁹⁸ Zum Ganzen BSK StGB⁴-HUSMANN, Vor Art. 271–274 N 6.

⁹⁹ S.a. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 5 N 14 m.Hinw.

¹⁰⁰ Vgl. den Titel der Parlamentarischen Interpellation Cavadini, 21.3.1997, NR 97.3178, Flut von Gesetzen, Verordnungen und Weisungen.

¹⁰¹ Vgl. z.B. MAEDER, Recht 2019, 12 f. (zum Strafrecht); relativierend: SCHNYDER VON WARTENSEE, LeGes 2012, 177.

Die Besorgung der Beziehungen zum Ausland stützte sich jahrzehntelang im Wesentlichen auf die äusserst rudimentären Bestimmungen in Art. 102 Abs. 8 aBV bzw. Art. 184 BV. Diese Kompetenz wurde in den letzten Jahrzehnten durch zahlreiche Gesetze und völkerrechtlichen Verträge ergänzt und verdichtet. Ein Beispiel solcher Regulierungen stellt etwa das IRSG dar, das als Auffanggesetzgebung den Bereich der Rechtshilfe in Strafsachen subsidiär regelt, wo keine völkerrechtlichen Staatsverträge bestehen. Insbesondere im Bereich der Rechtshilfe in Verwaltungssachen besteht demgegenüber bis heute keine Auffanggesetzgebung.

b) Normdichte und offene Rechtsbegriffe

Auch in der qualitativen Ausgestaltung von Rechtsnormen kann dem Legalitätsprinzip Rechnung getragen werden. Neben dem Einsatz von offenen Rechtsbegriffen wird in der Lehre insbesondere eine differenzierte Normdichte je nach Handlungsbereichen und Handlungsweisen als zulässig und sinnvoll erachtet.¹⁰² Die Anforderungen an die Normdichte haben sich dabei in den letzten Jahrzehnten stark verändert: Während zahlreiche Kantone noch in den 90er Jahren über keine oder nur eine sehr rudimentäre Polizei-gesetzgebung verfügten,¹⁰³ haben die Dogmatik um das Legalitätsprinzip und die gesetzlichen Voraussetzungen an die Eingriffsverwaltung sowie Grundrechtseingriffe seither stark an Bedeutung gewonnen.¹⁰⁴ Zuweilen wurde diese Entwicklung kritisiert, damit werde das Legalitätsprinzip «überspitzt und überdogmatisiert».¹⁰⁵

Nach heutigem Verständnis ist eine hohe Normdichte insbesondere bei staatlichen Eingriffen erforderlich; demgegenüber sollen geringere Massstäbe gelten bei staatlichen Leistungen, rasch veränderlichen Verhältnissen oder Vielgestaltigkeit.¹⁰⁶ Vor diesem Hintergrund wurde in den letzten Jahrzehnten insbesondere die eingreifende Verwaltung gesetzlich in die Schranken gewiesen. Die Darstellung WILDHABERS aus dem Jahr 1984, wonach das Legalitätsprinzip einer jener Bereiche sei, «in denen Lehre und Praxis speziell weit auseinanderklaffen»,¹⁰⁷ trifft heute im innerstaatlichen Bereich nicht mehr zu. Anders ist dies im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten: Obwohl die während langer Zeit propagierte Relativierung des Legalitätsprinzips mittlerweile durch das Postulat einer normgebundenen Aussenpolitik ersetzt wurde,¹⁰⁸ ermangelt das bundesrätliche Handeln im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten weiterhin vielerorts an hinreichend bestimmten Rechtsgrundlagen bzw. an Rechtsgrundlagen überhaupt.

Ein Beispiel eines Gesetzesprojektes, das die Normdichte im Bereich der internationalen Kooperation hätte erhöhen sollen, stellt das sog. Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz (ZSSG) dar. Es wurde – auch aufgrund offener Rechtsbegriffe – als substanzlos kritisiert und ist letztlich gescheitert (vgl. Teil I, § 4.III.).

¹⁰² Vgl. SGK BV-TSCHANNEN, Art. 164 N 8.

¹⁰³ STUDER, Jusletter 2008, N 5 ff.

¹⁰⁴ Vgl. HUSMANN, Handlungsspielraum, 249 m.Hinw.

¹⁰⁵ WILDHABER, Legalitätsprinzip, 444 f.

¹⁰⁶ Vgl. SGK BV-TSCHANNEN, Art. 164 N 8.

¹⁰⁷ WILDHABER, Legalitätsprinzip, 444.

¹⁰⁸ Vgl. unten Teil II, § 4.II.

c) Ermessensnormen

Mit Ermessensnormen wird einem Entscheidungsträger, i.d.R. einer Verwaltungsbehörde, ein Entscheidungsspielraum gewährt.¹⁰⁹ Es ist die Rede von einer geplanten Offenheit des Gesetzes.¹¹⁰ Der entscheidenden Behörde wird damit ein Spielraum zugebilligt, ob eine Rechtsfolge zur Anwendung gelangen soll oder nicht (sog. Entschliessungsermessen), bzw. – wo mehrere zur Verfügung stehen – welche Rechtsfolge gewählt wird (sog. Auswahlermessen).

Ein Beispiel einer Ermessensnorm stellt Art. 66 StBOG. Gemäss dieser Bestimmung kann der Bundesrat zur Wahrung der Interessen des Landes die Ermächtigung zur Verfolgung politischer Straftaten (z.B. Art. 271 StGB) verweigern.

d) Dringlichkeitsrecht

Neben diesen Ausprägungen ordentlicher Rechtsetzung besteht als Instrument ausserordentlicher Rechtsetzung die sog. «Gesetzgebung bei Dringlichkeit» gemäss Art. 165 BV. Demnach kann ein Bundesgesetz, dessen Inkrafttreten keinen Aufschub duldet, von der Bundesversammlung dringlich erklärt und sofort in Kraft gesetzt werden (Abs. 1), dies soll selbst möglich sein, wenn für das Bundesgesetz eine Verfassungsgrundlage fehlt (vgl. Abs. 3).

Ein Beispiel, auf das noch einzugehen ist, stellt die sog. «Lex USA» dar. Mit ihr sollten im Steuerstreit im dringlichen Gesetzgebungsverfahren die fehlenden Grundlagen zur internationalen Kooperation geschaffen werden. Das Projekt ist letztlich an rechtsstaatlichen Bedenken gescheitert (vgl. Teil I, § 3.IV.).

e) Ungeschriebene Rechtsnormen

Neben solchen «gesetzten» bzw. positivierten Rechtsnormen aus dem Bereich der Rechtsetzung nennt die Doktrin verschiedene nicht geschriebene Rechtsquellen, aus denen Rechtsnormen abgeleitet werden und auf die abgestellt werden kann.

Bedeutsam erscheint in vorliegendem Zusammenhang insbesondere das sog. *Gewohnheitsrecht*: Das Bundesgericht anerkennt nicht nur ein völkerrechtliches Gewohnheitsrecht,¹¹¹ sondern hat in begrenztem Rahmen auch die Entstehung und Beachtung von Gewohnheitsrecht im innerstaatlichen öffentlichen Recht nicht ausgeschlossen.¹¹² Dabei setze es einen strengen Massstab an, vorausgesetzt sei nicht nur «eine lange, ununterbrochene Übung» (*longa consuetudo*), sondern auch, dass «die der Übung zugrunde liegende Rechtsauffassung von den Behörden und Betroffenen geteilt werde» (*opinio iuris et necessitatis*).¹¹³ Das Element einer lang andauernden Übung ersetze dann «in einem gewissen Sinne eine formellgesetzliche Regelung».¹¹⁴ Darüber hinaus müsse eine Lücke des geschriebenen Rechts vorliegen und das «unabweisliche Bedürfnis», sie zu füllen.¹¹⁵

109 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, § 7 N 429.

110 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, § 7 N 429.

111 Vgl. BGE 146 IV 36, E. 2.2.

112 Vgl. BGE 136 I 376, E. 5.2; BGE 103 Ia 369 E. 4c; BGE 105 Ia 80, E. 5b; BGE 94 I 305, E. 2–3.

113 BGE 136 I 376, E. 5.2 m.Hinw.; dogmatisch höchst unklar ist BGE 130 I 113, E. 2.4, der diese Elemente nicht vollständig prüft; s.a. SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 24.

114 BGE 136 I 376, E. 5.2.

115 BGE 104 Ia 305, E. 4a m.Hinw.

Auszuschliessen scheint das Bundesgericht die Anerkennung von Gewohnheitsrecht im öffentlichen Recht, wenn damit in Freiheitsrechte eingegriffen wird.¹¹⁶ Da sämtliche bekannten Fälle einzig die Vereinbarkeit des Gewohnheitsrechts der Kantone mit dem Bundesverfassungsrecht betrafen, ist unklar, ob die Rechtsprechung ohne weiteres auf die Bundesebene übertragen werden kann. In der Doktrin stösst die Praxis tendenziell auf Kritik,¹¹⁷ GIACOMETTI hatte den Rechtscharakter von Gewohnheitsrecht noch grundsätzlich verneint.¹¹⁸ Auch in der heute wohl h.L. wird die Existenz von Gewohnheitsrecht im Licht des Legalitätsprinzips und mit Blick auf die Vorstellung grundsätzlich *verschriftlichter* Rechtsquellen nur mit grosser Zurückhaltung angenommen.¹¹⁹

In der verfassungsrechtlichen Doktrin wird auch das sog. *Richterrecht* als Rechtsquelle genannt. Gemeint sind damit Regeln aus der Praxis, die sich im Rahmen einer länger gefestigten Gerichtspraxis herausgebildet haben.¹²⁰ Dabei geht es vor allem um die rechtsstaatliche Ausgestaltung des Verwaltungsrechts, etwa dem Füllen von Gesetzeslücken zur Wahrung völkerrechtlicher Garantien.¹²¹ Nach hier vertretener Ansicht stellt so verstandenes Richterrecht lediglich eine Form der verfassungs- bzw. völkerrechtskonformen Rechtsanwendung dar, schafft aber für sich keine Rechtsnorm, die ihrerseits Legalität erzeugen könnte. Anders gestaltet sich die Situation im Zivilrecht: Beim Richterrecht gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB soll das Gericht bei Fehlen einer gesetzlichen Vorschrift subsidiär zum Gewohnheitsrecht «nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde».¹²² In dieser Konstellation wird tatsächlich Recht durch richterliche Entscheidung geschaffen. Ihre Geltung beschränkt sich allerdings i.d.R. einzelfallweise auf zivilrechtliche Verhältnisse und erstreckt sich – ausserhalb von allenfalls damit verbundenen Vollstreckungsmassnahmen – nicht auf behördliches Handeln.

Genannt werden schliesslich die sog. *Rechtsgrundsätze*, in denen sich tragende Rechtsgedanken verstetigten.¹²³ Sie dienen der Konkretisierung offener Regelungen, können sich auf die gesamte Rechtsordnung beziehen (allgemeine Rechtsgrundsätze) oder sich auf Teilbereiche beschränken (Verfassungsgrundsätze, Grundsätze des Vertragsrechts etc.).¹²⁴ Darunter fallen bspw. die Verjährung von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen oder die Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen.¹²⁵ In der Doktrin wird darauf hingewiesen, dass die Anerkennung von Rechtsgrundsätzen gerade angesichts des Legalitätsprinzips nur mit grösster Zurückhaltung geboten ist und die Rechtsgrundsätze keinesfalls geschriebenen Recht zuwiderlaufen dürfen.¹²⁶

116 BGE 136 I 376, E. 5.2.

117 Vgl. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 5 N 11.

118 GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, 169 ff.

119 Statt vieler: SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 24; vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, § 1 N 12 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, § 3 N 198 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 1 N 53 ff.

120 SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 24; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 16 N 6.

121 Vgl. BGE 123 II 193, E. 4c; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, § 3 N 212.

122 Vgl. Art. 1 ZGB.

123 SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 24.

124 S.a. SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 24.

125 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, § 3 N 198 ff.

126 BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 36.

3. Die Produktion von Legalität: Auslegung von Rechtsnormen

Die Legalität als Verbindung von Rechtsnormen und Sachverhalt geschieht in der Praxis methodisch durch die Auslegung. Dabei wird eine Konvergenz zwischen Rechtsnorm und Anwendung im Einzelfall produziert. Diese Methode findet nach ENGISCH ihren Ausdruck im «Hin- und Herwandern des Blickes»,¹²⁷ dem Oszillieren zwischen Konkretem und Abstraktem. Ziel und Abschluss dieser Tätigkeit ist die Subsumption, die Unterordnung eines Sachverhaltes unter eine Norm, und der Entscheid über den weiteren Umgang mit dem Sachverhalt. Ganz in diesem Sinne hat sich gemäss Bundesgericht die Gesetzesauslegung vom Gedanken leiten zu lassen, «dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz».¹²⁸ Gefordert wird nicht weniger als «die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis».¹²⁹

Diese bemerkenswerte Dogmatik¹³⁰ des Bundesgerichts wird gemeinhin unter dem Titel «pragmatischer Methodenpluralismus» zusammengefasst. Demnach ist das Gesetz «in erster Linie aus sich selbst heraus auszulegen, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode».¹³¹ Dabei lehnt es das Gericht «pragmatisch» ab, einer dieser Methoden per se einen Vorzug zu geben. Daraus ergibt sich nicht nur der Begriff des pragmatischen Methodenpluralismus, sondern offensichtlich auch eine breite Palette von begründbaren Lösungen.

In der Praxis hat diese Rechtsanwendung immer wieder zu Ergebnissen geführt, die sich mit Blick auf den blossen Gesetzeswortlaut nicht ohne weiteres erschliessen. So hat das Bundesgericht etwa im Zusammenhang mit der Verweigerung des Stimmrechts für die Frauen im Kanton Appenzell Innerrhoden 1990 entschieden, dass – entgegen des während langen Jahren herrschenden Verständnisses – mit «Schweizern» auch Schweizerinnen gemeint seien.¹³² Auch im strafrechtlichen Bereich, wo dem Legalitätsprinzip der Rang eines verfassungsmässigen Rechts zukommt, wird der pragmatische Methodenpluralismus praktiziert. So hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem Tatbestand der sexuellen Nötigung entschieden, dass der Wortlaut «Duldung» auch eine «Vornahme» umfasse,¹³³ oder dass das Herunterladen verbotener Pornografie vom Begriff des «Herstellens»¹³⁴ bzw. des «Einführens» erfasst werde.¹³⁵ Selbst im Strafprozessrecht ist die Methode verbreitet, wenn etwa die der «verhaftete[n] Person» eröffnete Rechtsmittelbefugnis gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts auch der Staatsanwaltschaft zugestanden werden soll.¹³⁶ Der nationalsozialistische Jurist KLEE hat die Auslegungsmethodik des Bundesgerichts einst kommentiert mit den Worten, dass «[p]raktisch gesehen [...] der Unterschied zwischen der Analogie des deutschen Rechts und der vom Schweizer Bundesgericht in stän-

127 ENGISCH, Gesetzesanwendung, 15.

128 Statt vieler: BGE 140 IV 1, E. 3.1.

129 Statt vieler: BGE 140 IV 1, E. 3.1.

130 Vgl. dazu KESHELAVA, ratio legis, passim; BINZ, Gesetzesbindung, 5 ff.

131 Statt vieler: BGE 140 IV 1, E. 3.1.

132 BGE 116 Ia 359, E. 5, 10.

133 BGE 127 IV 198, E. 3.b.aa.

134 BGE 131 IV 16, E. 1.4.

135 BGer, 11.10.2013, 6P.117/2004, E. 5.1.

136 Statt vieler BGE 138 IV 92, E. 3.2; zusammenfassend BGer, 22.11.2018, 1B_486/2018, E. 2.1.

diger Rechtsprechung vertretenen weitherzigen Auslegung des Strafgesetzes keineswegs erheblich [ist]».¹³⁷ Tatsächlich kann immer da nicht mehr von Auslegung gesprochen werden, wo kein sinnvoller Bezug zu einer Rechtsnorm hergestellt werden kann, sondern einzig Analogien gezogen werden können. Wo *keine* übereinstimmende Relation zu einer Rechtsnorm besteht, fehlt es begriffsnotwendig an Legalität. Eine Kompensation fehlender Gesetze unter dem Titel der Auslegung erscheint dann ausgeschlossen.

Ein aufschlussreiches Beispiel für eine Auslegung zeigte sich im Steuerstreit mit den USA: Während der Bundesrat die Auslegung des Begriffes «tax fraud and the like» im DBA-USA 1996 entgegen des bisherigen Verständnisses im Rahmen einer Verständigungsvereinbarung mit den USA¹³⁸ auf fortgesetzte, schwere Steuerhinterziehung erweitern wollte, hat das Bundesverwaltungsgericht eine solche Auslegung abgelehnt (vgl. Teil I, § 4.III.C./D.).

D. Ausnahmen vom Legalitätsprinzip: Lösungsansätze ohne Referenz auf Rechtsnormen

1. Intrakonstitutionelle Instrumente

Wo eine Bezugnahme auf eine positiv gesetzte Rechtsnorm nicht möglich erscheint und auch der Erlass von (Dringlichkeits-)Recht ausgeschlossen ist,¹³⁹ stösst das Legalitätsprinzip an seine Grenzen: Ohne Rechtsnormen kann Legalität – im Sinne einer Relation von Norm und Handlung – nicht hergestellt werden. In diesen Konstellationen erlaubt die Verfassungslehre unter restriktiven Voraussetzungen staatliches Handeln ohne Referenz auf Rechtsnormen gestützt auf die sog. *Polizeigeneralklausel*. Treffend wird solches Handeln als «Ausnahme»¹⁴⁰ vom Prinzip der Legalität klassifiziert.

Sowohl die Lehre¹⁴¹ als auch die Rechtsprechung¹⁴² haben die Figur der ungeschriebenen polizeilichen Generalklausel im Sinne eines Grundsatzes des öffentlichen Rechts entwickelt¹⁴³, um Verwaltungshandeln in besonderen Situationen bzw. Notsituationen¹⁴⁴ subsidiär auch da zu erlauben, wo keine genügende gesetzliche Grundlage besteht.¹⁴⁵ Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts im Zusammenhang mit Grundrechtseinschränkungen kann die polizeiliche Generalklausel als konstitutionelles Notrecht eine fehlende gesetzliche Grundlage ersetzen, wenn und soweit es gilt, die öffentliche Ordnung und fundamentale Rechtsgüter des Staates oder Privater gegen schwere und zeitlich unmittelbar drohende Gefahren zu schützen; diese dürfen unter den konkreten Umständen nicht anders als mit gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehenen Mitteln abzuwenden sein (Subsidiarität) und die entsprechenden Massnahmen müssen zudem den allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts – insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit – Rechnung tragen.¹⁴⁶ Im Rahmen der Interessenabwägung ist das

137 KLEE, Strafrecht des Dritten Reichs, 141; zit. nach FIOLKA, Rechtsgut, 443 Fn 1922.

138 Abkommen UBS 2010.

139 Etwa aufgrund grosser Dringlichkeit oder wegen fehlender Beschlussfähigkeit des Parlaments.

140 Statt vieler: PC CF-MAHON, Art. 5 Rz. 11; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 5 N 11 WALDMANN/WIEDERKEHR, Verwaltungsrecht, 261.

141 So bereits GIACOMETTI, Staatsrecht der Kantone, 176 Fn 44.

142 BGE 20 790, E. 2; BGE 22 I 997 E. 3 («Notrechte der Regierung»), BGE 83 I 111 E. 2c («allgemeine Polizeiklausel»); übersichtlich: ZÜND/ERRASS, ZBJV 2011, 274 ff.

143 Vgl. KULL, Notrecht, 123. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 56 N 5.

144 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 56 N 6.

145 Vgl. HUSMANN, Handlungsspielraum, 258.

146 BGE 137 II 431, E. 3.3.1.

«Erfordernis» der Unvorhersehbarkeit nur ein zu berücksichtigendes Element unter anderen und stellt – anders als früher noch – nicht mehr eine Anwendungsvoraussetzung dar.¹⁴⁷

Die Bundesverfassung hat die Polizeigeneralklausel punktuell positiviert.¹⁴⁸ Bestens bekannt ist die in Art. 36 Abs. 1 letzter Satz BV enthaltene polizeiliche Generalklausel im Zusammenhang mit der *Einschränkung von Grundrechten*. Hier liegt der Fokus auf dem Problem des grundrechtsrelevanten Verwaltungshandelns ohne Rechtsgrundlage.¹⁴⁹ Daneben bestehen mit Art. 185 Abs. 3 BV (*Notrecht*) und Art. 184 Abs. 3 BV (*Interessenwahrungsrecht*) Verfassungsbestimmungen, die eine Kompetenzzuweisung an den Bundesrat für *gesetzesvertretende* Massnahmen vornehmen. Art. 185 Abs. 3 BV ist dabei offensichtlich als eine besondere Ausprägung der Polizeigeneralklausel zu betrachten.¹⁵⁰ Eine analoge Kompetenz sieht Art. 173 Abs. 1 lit. c BV für die Bundesversammlung vor. Auch Art. 184 Abs. 3 BV erfüllt dogmatisch oftmals denselben Zweck wie die Polizeigeneralklausel.¹⁵¹

Massnahmen gestützt auf die Polizeigeneralklausel sowie das Interessenwahrungs- bzw. Notrecht sind «Gesetzesurrogate» und können grundsätzlich an die Stelle eines Gesetzes treten.¹⁵² Die Anwendung der Polizeigeneralklausel oder des Interessenwahrungs- bzw. Notrechts setzt nicht nur die Geltung des Legalitätsprinzips aus, sondern gefährdet auch die Mitwirkungsrechte von Parlament und Stimmvolk und damit die Demokratie.¹⁵³ Im Rahmen der grundrechtlichen Polizeigeneralklausel wird diese Ausnahme vom Legalitätsprinzip¹⁵⁴ daher an strenge Voraussetzungen geknüpft. Ob diese auch im Rahmen von Art. 184 Abs. 3, Art. 185 Abs. 3 sowie Art. 173 Abs. 1 lit. c BV gelten, oder ob diese Bestimmungen ihrerseits eine hinreichende Rechtsgrundlage bilden und die Schranken der Polizeigeneralklausel entfallen (so das Bundesgericht),¹⁵⁵ erscheint klärungsbedürftig (vgl. unten Teil II, § 5.III.A.5.). Gemein ist allen diesen gesetzesvertretenden Massnahmen, dass ihre Anwendung erstens ausgeschlossen ist, wenn der Weg der Gesetzgebung offensteht (Subsidiarität), und dass zweitens nur der Schutz besonders gewichtiger Interessen – fundamentale Polizeigüter bzw. gewichtige Landesinteressen – eine dahingehende Abweichung vom Legalitätsprinzip erlaubt.

*Ein Beispiel von auf Art. 184 Abs. 34 BV abgestützten Massnahmen stellt etwa die Sperrung und die Rückerstattung von ausländischen Vermögenswerten dar, die mittlerweile im Bundesgesetz über die Sperrung und die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen (SRVG) geregelt wurde.*¹⁵⁶

147 Vgl. BGE 137 II 431, E. 3.3.1; ferner BGE 132 I 229 E. 10.1; BGE 131 III 652, E. 2; s.a. BGE 123 IV 29 E. 3a; BGE 122 IV 262 E. 2a.

148 SGK BV-SAXER, Art. 185 BV N 12.

149 So bereits HUSMANN, Handlungsspielraum, 257; zustimmend SGK BV-SAXER, Art. 185 BV N 13.

150 Statt vieler: SGK BV-SAXER, Art. 185 BV N 12.

151 Ähnlich TRÜMLER, Notrecht, N 254.

152 Statt vieler BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N 41; BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N 41.

153 S.a. SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 13.

154 Statt vieler: PC CF-MAHON, Art. 5 Rz. 11; BIAGGINI, Art. 5 N 11 WALDMANN/WIEDERKEHR, Verwaltungsrecht, 261.

155 Vgl. BGE 141 I 20, E. 4.2.

156 S.a. Botschaft SRVG 2014, BBl 2014 5279 f.

2. Extrakonstitutionelles Handeln

Wo auch diese verfassungsmässigen Figuren fehlschlagen, wird von der Doktrin ein extrakonstitutionelles Handeln der Staatsorgane als legitim erachtet, sofern eine existenzielle Notlage für den Staat (durch Kriegseignisse, Hungersnöte, Pandemien u. dergl.)¹⁵⁷ eine partielle oder totale Aufhebung der Verfassungsordnung erfordert.¹⁵⁸ Demnach müssen staatliche Massnahmen in einem Staatsnotstand bzw. Ausnahmezustand immer *im Auftrag* des Verfassungsstaates stehen, sind daher «kommissarisch»¹⁵⁹. Daneben besteht auch eine dem ursprünglichen Verfassungsstaat abgewandte Form des Ausnahmezustandes (eine revolutionäre, separatistische oder secessionistische), die auf die Schaffung einer neuen «*souveränen*» Ordnung gerichtet ist und daher bewusst mit der vorangehenden Rechtsordnung bricht.¹⁶⁰

III. Legalität als Versprechen

A. Das Legalitätsprinzip als Operationalisierung von Rechtsnormen

Die vorangehenden Betrachtungen zeigen, dass Legalität eine Relation beschreibt: Die Übereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetz bzw. einer Rechtsnorm. Im Rahmen des rechtsstaatlichen Legalitätsprinzips wird für staatliches Handeln diese Übereinstimmung mit Normen explizit vorgeschrieben. Die Herstellung dieser Relation wird dabei konstruiert. Dies geschieht im Rahmen der Rechtsetzung und der Rechtsanwendung – im nichtstreitigen und insbesondere im streitigen Verfahren (Rechtsmittelweg). Dabei hat die Rechtswissenschaft zahlreiche Methoden und Techniken – auf Stufe der Rechtsetzung und der Rechtsanwendung – entwickelt, diese Relation zu dynamisieren. Während Legalität in diesem Kontext die blossе Relation beschreibt, statuiert das Legalitätsprinzip diese Relation normativ im Sinne einer Verhaltensanweisung an staatliche Behörden. Es handelt sich dabei um eine Bestimmung, die gewissermassen auf die *Operationalisierung von Rechtsnormen* abzielt. Man könnte das Legalitätsprinzip deshalb auch als Meta-Norm bezeichnen.

B. Die Zusammenfügung von Lebenssachverhalt und Rechtsnormen

In staatlichem Handeln wird diese Verhaltensanweisung realisiert bzw. aktualisiert (oder negiert). Hier erfolgt der «Übergang von einer generellen Proposition mit bloss virtueller Referenz zum konkreten Bezug auf ein Segment der Wirklichkeit», wie ihn der italienische Jurist und Philosoph AGAMBEN treffend beschreibt.¹⁶¹ Das Handeln staatlicher Organe, bspw. der Polizei, der Verwaltung, aber auch von Justizbehörden, Rechtsmittel-

¹⁵⁷ Vgl. z.B. TSCHANNEN, § 10 Rz. 12.

¹⁵⁸ Statt vieler TRÜMLER, Notrecht, N 299 ff. und die Hinw. dort; ferner HUSMANN, Handlungsspielraum, 271 m.Hinw.; s.a. Botschaft BV 1996, BBl 1997 I 419.

¹⁵⁹ Vgl. den von BODINS Staatslehre abgeleitete Begriff der «kommissarischen Diktatur» bei SCHMITT, Diktatur, passim, sowie 26 ff. und 32; s.a. HUSMANN, Handlungsspielraum, 271 m.Hinw.

¹⁶⁰ Vgl. den Begriff der «souveränen Diktatur» bei SCHMITT, Die Diktatur, passim sowie 134; s.a. HUSMANN, Handlungsspielraum, 271 m.Hinw.

¹⁶¹ Vgl. AGAMBEN, Ausnahmezustand, 450.

instanzen und Gerichten, eröffnet erst den Raum, der die Prüfung einer Relation zwischen diesem Handeln (bzw. konkreten Lebenssachverhalt) und den Rechtsnormen ermöglicht. Das Legalitätsprinzip bezweckt also nicht weniger, als das Konkrete an das Abstrakte zu koppeln, das Besondere an das Allgemeine anzufügen. Das tatsächliche Sein soll mit dem postulierten, virtuellen Sein-Sollen in Übereinstimmung gebracht werden. Gesetz und Lebenssachverhalt sind dabei zwar getrennt, aber nicht inkommensurabel. In der Gesetzesanwendung geht das Gesetz von einem semiotischen Dasein über zu einem semantischen.¹⁶²

Dieses Zusammen-Fügen von Lebenssachverhalt und Rechtsnormen geschieht typischerweise in Form der «Verfügung». Die Verfügung bezeichnet eine auf öffentliches Recht gestützte Anordnung des Staates im Einzelfall. Sie koppelt den Lebenssachverhalt an die Rechtsnorm, fügt die beiden Elemente gewissermassen zusammen. Nicht zufällig trägt der Begriff der «Verfügung» das titelgebende Bild der Fuge in sich.

Fuge meint ursprünglich «die enge Verbindung zweier aneinander passender theile, die stelle wo diese theile eng verbunden sind».¹⁶³ Anders gewendet: Eine Fuge bezeichnet den *tópos*, der zwei unverschmelzbare, aber anschlussfähige – ja für einander bestimmte – Teile verbindet. Sie ist die «feste vereinigung, in dem zusammengesetzten».¹⁶⁴ Erweist sich ein Lebenssachverhalt als anschlussfähig an eine Rechtsnorm, kann er sich an sie anfügen. Die vom Legalitätsprinzip bezweckte Operationalisierung gelingt. Klappt dies nicht, klappt – bildlich gesprochen – eine Lücke zwischen dem Lebenssachverhalt bzw. dem staatlichen Handeln und der Rechtsnorm. Hier scheitert die Operationalisierung, eine Anschlussfähigkeit des staatlichen Handelns an die Rechtsnorm fehlt. Erst der Rechtsweg erlaubt es, solches Handeln in Frage zu stellen und ggf. zu korrigieren.¹⁶⁵

C. Das Legalitätsprinzip als positiviertes Versprechen

Fasst man zusammen, ist Folgendes festzuhalten: Die Vereinigung des Besonderen mit dem Allgemeinen kann nicht allein durch abstrakte Rechtsnormen gewährleistet werden. Erst das konkrete staatliche Handeln eröffnet überhaupt diesen Raum und erlaubt eine entsprechende Beurteilung von Legalität. Diese Beurteilung ihrerseits ist nicht eine blosse logische Operation. In ihr werden verschiedene lebensweltliche Sphären ineinander verwoben, wobei der Vorgang der Bewertung von Legalität aufgrund des Legalitätsprinzips ein normativ geprägter ist. Nirgends wird dies deutlicher als im bundesgerichtlichen «pragmatischen Methodenpluralismus».

Die Bereitschaft, die Ausübung von Gewalt in Übereinstimmung mit Rechtsnormen zuzulassen, geht von einem Vertrauen aus, dass eine an diesen Rechtsnormen objektivierte Verständigung der Involvierten möglich ist. Indes geht das abverlangte Vertrauen noch wesentlich weiter: Keine Gesetzgebung und keine Auslegung kann die Einhaltung des Legalitätsprinzips, die Bindung staatlicher Gewaltausübung an Rechtsnormen selbst garantieren. Zahllose Autoren haben diese Problematik aus verschiedenen Blickwinkeln be-

¹⁶² Ähnlich AGAMBEN, Ausnahmezustand, 50.

¹⁶³ DWB, Eintrag «Fuge», abgerufen am 7.12.2020.

¹⁶⁴ Vgl. DWB, Eintrag «Fuge», abgerufen am 7.12.2020.

¹⁶⁵ Vor diesem Hintergrund erhellt die Bedeutung des Rechtswegs als Wesensmerkmal des Rechts überhaupt, vgl. dazu auch NIGGLI/HUSMANN, Jungeländ, passim.

schrieben.¹⁶⁶ Legalität, das Verhältnis von Rechtsnormen und ihrer Anwendung, ist letztlich nicht mehr als ein Versprechen. Das Legalitätsprinzip schreibt dieses Versprechen fest. Es ist eine bloße «durch Worte gegebene Erklärung, dass man sich wozu verbindlich mache».¹⁶⁷ Das setzt voraus, dass die Betroffenen Vertrauen in dieses Versprechen setzen. JASPERS hat dies treffend beschrieben: «[D]ie Bindung an die Methoden der Legalität ist unlösbar von einer Grundhaltung des Vertrauens, die sich fügt, auch wo sie widerspricht».¹⁶⁸

Diese Grundhaltung, sich den Methoden der Legalität zu unterwerfen, auch wo sich Widerspruch aufdrängt, muss auch – und besonders – für die Exekutoren der Staatsgewalt selbst gelten. Wenden sie sich davon ab, verlieren sie ihre durch Normbindung erzeugte Legitimation. Das «Versprechen» hat dann denjenigen – gegenläufigen – Sinn, der dem Wort schon seit jeher ausnahmsweise innewohnt: den einer Verleumdung, einer Leugnung der Rechtsnormen.¹⁶⁹

166 S. nur mit verfassungsrechtlichem Fokus: SCHMITT, Ausnahmezustand; BÖCKENFÖRDE, Recht, Staat, Freiheit, (sog. Böckenförde-Diktum, 112 f.); rechtsphilosophisch: KELSSENS, Reine Rechtslehre (dort insb. die postulierte Grundnorm, 71); soziologisch: LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 407, insb. 418; etc.

167 DWB, Eintrag «Versprechen», abgerufen am 7.12.2020.

168 JASPERS, Freiheit und Autorität, 159.

169 Vgl. «verleumder»; in DWB, Eintrag «Versprecher», abgerufen am 7.12.2020.

Teil I: **Schweizerische Zusammenarbeit
mit dem Ausland unter Druck**

Der Bundesrat erwartet, dass Anfeindungen künftig unterbleiben und dass politische Fragen mit den bewährten politischen Instrumenten angegangen werden. Jenen, die das schweizerische Bankgeheimnis angreifen, kann ich allerdings voraussagen: An diesem Bankgeheimnis werdet ihr euch die Zähne ausbeissen! Es steht nämlich nicht zur Disposition.

Der damalige Bundesrat HANS-RUDOLF MERZ an die Adresse der Kontrahenten der Schweiz im Steuerstreit¹⁷⁰

§ 1 Einleitung

I. Schutz des schweizerischen Finanzplatzes über alles?

Aufgrund einer globalen *Finanzkrise* ab dem Jahr 2007 bekundete weltweit eine Vielzahl von Banken Liquiditätsprobleme, auch in der Schweiz. Zahlreiche Staaten haben in der Folge volkswirtschaftlich bedeutsame Finanzinstitute mit sogenannten Rettungspaketen vor drohenden Insolvenzen bewahrt.¹⁷¹ Die dadurch beschleunigte Staatenverschuldung sowie das gebremste Wirtschaftswachstum führten bei etlichen Staaten selbst zu Finanzierungsnöten. In der damit einhergehenden *Staatenverschuldungskrise* suchte die Politik nicht nur nach neuen Geldmitteln, sondern auch nach Verantwortlichen für die andauernde Krisenlage. Diese fand man insbesondere in den «Steuersündern» und den Finanzinstituten, die bei der Umgehung von Steuervorschriften behilflich gewesen waren oder gewesen sein sollen. Dabei wurden schwere Vorwürfe erhoben, auch unmittelbar gegen die Schweiz und ihre Rechtsordnung. In der Politik und Öffentlichkeit wurde die Schweiz immer wieder gebrandmarkt als ein «*Hort* für un versteuertes Geld». ¹⁷²

Zahlreichen Staaten war daran gelegen, möglichst rasch und möglichst umfassend Informationen zu erhalten über un versteuerte Gelder in der Schweiz, später auch hinsichtlich allfälliger damit zusammenhängender strafbarer Handlungen von Finanzinstituten bzw. von Bankmitarbeitern. Eine führende Rolle nahmen dabei die USA ein. Auf Seite der Schweiz allerdings waren weder diesen Informationsinteressen entsprechende Amts- bzw. Rechtshilfebestimmungen vorgesehen, noch bestand zu Beginn ein faktisches Interesse, solche Daten herauszugeben.

Sinnbildlich für den Konflikt stand das sog. «Bankgeheimnis». Tatsächlich war dessen Bedeutung im Konflikt geringer als man zunächst erwarten könnte. Primäres Hindernis für

170 AB N 2008 404.

171 Vgl. Botschaft Massnahmenpakt 2008, BBl 2008 8992 ff.

172 Vgl. z.B. NZZaS, 18.5.2014, 29.

die Amts- und Rechtshilfeleistung waren vielmehr die Schranken in den einschlägigen Amts- und Rechtshilfeabkommen, die aufgrund des sog. *Fiskalvorbehaltes* die Leistung von Amts- und Rechtshilfe in diesem Bereich weitgehend ausschlossen. Das Bankgeheimnis in der damaligen Fassung von Art. 47 BankG spielte nur insofern eine Rolle, als es sog. wilde Kooperationshandlungen von Bankenpersonal mit Strafe bedrohte. Wenn also der damalige Finanzminister HANS-RUDOLF MERZ am 19.3.2009 im Zusammenhang mit dem Steuerstreit verkündete: «An diesem Bankgeheimnis werdet ihr euch die Zähne ausbeissen»,¹⁷³ meinte er damit weniger das Bankgeheimnis im eigentlichen Sinne (in Art. 47 BankG), als vielmehr die damit konnexen Amts- und Rechtshilfebestimmungen. Deutlich zeigte sich dies später, als unter dem Schlagwort «Ende des Bankgeheimnisses» im Bereich der internationalen Amtshilfe der automatische Informationsaustausch eingeführt wurde,¹⁷⁴ während gleichzeitig das Bankgeheimnis als spezifisches Berufsgeheimnis in seinem Anwendungsbereich ausgeweitet und verschärft wurde.¹⁷⁵

Der Steuerstreit hat offenbart, dass es den beteiligten Schweizer Akteuren – allen voran der Exekutive, aber auch den Banken bzw. deren Kadern – nicht um den Schutz der Kundendaten bzw. des Bankkundengeheimnisses ging. Als sich der Druck zu sehr erhöhte (immer wieder wurde das Bild von «ausländischen Drohkulissen»¹⁷⁶ bemüht), wurden ausländische Kunden ebenso «verraten» wie (selbst subalterne¹⁷⁷) Bankmitarbeiter. Beschützt wurden – unter dem Titel «Finanzplatz Schweiz» – die Interessen der in der Schweiz ansässigen Finanzinstitute. Die Verhinderung einer strafrechtlichen Verurteilung und die Abwendung des drohenden Ausschlusses von Transaktionen in US-Dollars sowie daraus resultierender operativer und finanzieller Einschränkungen, aber auch absehbarer zivilrechtlicher Folgen waren für die Exekutive vorrangig gegenüber dem Bankkundengeheimnis, dem Amts- und Rechtshilfe recht, den Strafbestimmungen zum Souveränitätsschutz, dem Grundrechtsschutz – ja der schweizerischen Rechtsordnung und der Rechtssicherheit insgesamt.

Bei dieser Konstatierung handelt es sich – wie noch zu zeigen sein wird¹⁷⁸ – nicht um eine pointierte Provokation. Vielmehr hätte genau diese Abwägung zwischen der *Geltung* der schweizerischen Rechtsordnung überhaupt und öffentlichen oder privaten Interessen im Zuge des Steuerstreites explizit in ein Gesetz gegossen werden sollen.¹⁷⁹

II. Übersicht

Die Abwendung von geltendem Recht zu Gunsten höher gewichteter Interessen war im Steuerstreit keine Einzelheit, vielmehr reiheten sich solche Vorgänge aneinander. Im Fol-

173 AB N 2008 404.

174 Über den aktuellen Stand der Entwicklung informiert das SIF unter <<https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/themen/internationale-steuerpolitik/automatischer-informationsaustausch.html>>, abgerufen am 7.12.2020; s. bereits BR, Bericht Amtshilfeübereinkommen OECD/Europarat 2015, 14.

175 Vgl. Bundesgesetz über die Ausweitung der Strafbarkeit der Verletzung des Berufsgeheimnisses (Änderung des Kollektivanlagen-, des Banken- und des Börsengesetzes) vom 12.12.2014 (AS 2015 1535).

176 Beispielhaft: NZZ, 7.9.2011, 30; 25.11.2011, 29; 29.8.2013, 11.

177 So etwa im unveröffentlichten Fall Cour de Justice GE, Chambre civile, 13.12.2013, C/225/2013, E. 3.2.3, zit. in HUMMANN, AJP 2014, 667.

178 Vgl. unten § 4.III.

179 Vgl. Art. 22 Abs. 2 E ZSSG.

genden wird im Sinne eines kurzen Vorspiels auf die notrechtliche Rettung der UBS eingegangen, zumal dieser Vorgang – rechtlich wie politisch – wie ein Omen für die darauf folgende Entwicklung steht (§ 2). Das anschliessende Kapitel zeigt anhand des amerikanisch-schweizerischen Steuerstreites exemplarisch auf, wie die schweizerische Praxis der Zusammenarbeit mit dem Ausland unter massivsten Druck geriet. Dabei werden ausgewählte Etappen der zwischenstaatlichen Auseinandersetzung – bis hin zur massenhaften Erteilung von sog. «Bewilligungen nach Art. 271 StGB» – dargestellt und gewürdigt. Dass der Ablauf der Geschehnisse tatsächlich einem klassischen Drama in fünf Akten glich, wurde bei der Titelsetzung berücksichtigt (§ 3.I.). Abgeschlossen wird der vorliegende Teil I mit einer Kontextualisierung der «Bewilligung nach Art. 271 StGB» innerhalb des Steuerstreites sowie einem Ausblick auf zwei mit dieser Massnahme zusammenhängende Gesetzesprojekte (§ 3.II.).

§ 2

Präludium: Die «Rettung» der UBS

Im Herbst 2008 war die UBS durch Verluste geschwächt, Kundengelder flossen ab, zahlreiche illiquide Aktiven bedrohten das Vertrauen in die Bank und eine weitere Verschärfung der damaligen Finanzkrise war absehbar.¹⁸⁰ Ende September 2008 kündigte der Präsident der UBS an, dass eine behördliche Unterstützung für die UBS unabdingbar sei, am 14.10.2008 wurde definitiv staatliche Hilfe beantragt.¹⁸¹ Schon am darauffolgenden Tag beschloss der Bundesrat zusammen mit der SNB und der EBK ein Massnahmenpaket zur Stabilisierung des schweizerischen Finanzsystems.¹⁸²

Teil davon war die Verordnung über die Rekapitalisierung der UBS vom 15.10.2008.¹⁸³ Mit dieser wirkte der Staat einem erheblichen Abfluss von Geldmitteln entgegen,¹⁸⁴ indem er sich zur Zeichnung und Liberierung einer Pflichtwandelanleihe in der Höhe von bis zu 6 Milliarden Franken verpflichtete.¹⁸⁵ Eine solche Beteiligung entsprach zweifellos einer Aktienanlage an einem Erwerbsunternehmen und wäre demnach gemäss Art. 62 Abs. 2 FHG verboten gewesen.¹⁸⁶ Die Botschaft umging diese Problematik, indem sie die Beteiligung als eine «im öffentlichen Interesse durch eine der Lage angepassten Bundeshilfe»¹⁸⁷ bezeichnete und als Finanzhilfe dem SuG (Art. 3 Abs. 1) unterstellte. Eine solche Finanzhilfe ergeht in der Regel in Verfügungsform (Art. 16 Abs. 1 SuG) und muss die Rechtsgrundlage bezeichnen (Art. 17 Abs. 17 SuG). Eine Rechtsgrundlage fehlte allerdings offensichtlich; selbst eine Bewilligung des nötigen Kredits im Dringlichkeitsverfahren wäre nach damaligem Recht ausgeschlossen gewesen, da diese von Gesetzes wegen bis zum Inkrafttreten der Rechtsgrundlage gesperrt geblieben wäre (Art. 32 Abs. 2 aFHG).¹⁸⁸ Um schnellstmöglich das Problem der fehlenden gesetzlichen Grundlage zu umgehen, erliess der Bundesrat eine Notverordnung gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV und Art. 185 Abs. 3 BV. Er begründete dies damit, dass er «zur Vermeidung eines gravierenden volkswirtschaftlichen Schadens innerhalb sehr kurzer Zeit handeln»¹⁸⁹ musste. Der Ausfall der Grossbank würde zu einer Kettenreaktion führen und die Liquiditätsversorgung und das Zahlungssystem der Schweiz destabilisieren, auch andere Schweizer Banken würden auf ihren Forderungen gegenüber der UBS erhebliche Verluste erfahren und schliesslich

180 Ausführlich dazu: TRÜMLER, Notrecht, N 409 m.Hinw.

181 TRÜMLER, Notrecht, N 409.

182 Vgl. Botschaft Massnahmenpaket 2008, BBl 2008 8944; s.a. TRÜMLER, Notrecht, N 409.

183 AS 2008 4741.

184 Vgl. auch KLEY, ZSR 2011, 133.

185 Art. 1 Abs. 1 und 2 Verordnung Rekapitalisierung UBS.

186 Vgl. KLEY, ZSR 2011, 133; KLEY/SEFEROVIC, 50 f.; s.a. TRÜMLER, Notrecht, N 409, Fn 1154: «musste [...] die Pflichtwandelanleihe als Subvention ausgeben».

187 Botschaft Massnahmenpaket 2008, BBl 2008 8967.

188 Anders die heutige Fassung von Art. 34 SuG gemäss BG über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit.

189 Botschaft Massnahmenpaket 2008, BBl 2008 8967.

wäre auch die Reputation des Finanzplatzes dauerhaft geschädigt, sodass eine generelle Vertrauenskrise nicht ausgeschlossen werden könnte.¹⁹⁰

Wie bedrohlich der Bundesrat die aussenpolitische Lage einschätzte, verdeutlicht die Tatsache, dass seit Inkrafttreten der neuen BV bis zu jenem Zeitpunkt im Herbst 2008 nur gerade einmal gestützt auf Art. 184 Abs. 3 *und* Art. 185 Abs. 3 BV eine Verordnung in Kraft gesetzt wurde, also die äusseren Landesinteressen und die innere bzw. äussere Sicherheit als bedroht bezeichnet wurde.¹⁹¹ Dies war bezeichnenderweise der Fall im Zusammenhang mit einer geltend gemachten terroristischen Bedrohung (Al-Qaïda Verordnung 2001).

190 Botschaft Massnahmenpaket 2008, BBl 2008 8958.

191 Zum Notverordnungsregime während der Corona-Pandemie s. oben Einleitung, § 1.

§ 3

Internationale Kooperation im Steuerstreit mit den USA

I. Erster Akt: Exposition

A. Die Schweiz im Visier der US-Behörden

Mit der Rekapitalisierung der UBS war die Situation des schweizerischen Finanzplatzes nicht beruhigt. Die mit der Wirtschaftskrise wachsende Staatenverschuldung trieb zahlreiche Staaten dazu, ihre Steuerpraxis zu verschärfen und gegen Steuerbetrug und -hinterziehung vorzugehen. Zu diesem Zweck sollten umfangreiche Daten über unbesteuerte Gelder im Ausland beschafft oder herausverlangt werden – bald stand die Schweiz im Fokus. Die insbesondere von den USA herausverlangten Daten über Bankkunden, später auch über Bankmitarbeiter und Drittpersonen, stellten die schweizerischen Finanzinstitute und den schweizerischen Rechtsstaat vor grösste Herausforderungen.

Als *Steuerstreit*¹⁹² wird in der Schweiz eine Reihe von Auseinandersetzungen mit anderen Staaten bezeichnet, die Schweizer Finanzinstituten vorwerfen, ausländischen Kunden bei der Umgehung der jeweiligen Steuerpflicht behilflich gewesen zu sein. Der Schweizer Staat war (und ist weiterhin) in diesen Streit involviert, einerseits weil sie durch den rechtlichen Rahmen des Geschäftsgebahrens der Banken bis zu einem gewissen Grad überhaupt erst ermöglichte; andererseits, weil sie ebenfalls aufgrund des rechtlichen Rahmens nur sehr beschränkt internationale Amts- und Rechtshilfe in diesen Fällen leisten konnte und darüber hinaus bei sog. wilder Amts- und Rechtshilfe relativ scharfe Strafbestimmungen greifen. Den beteiligten Staaten – allen voran den USA – ging es in der Folge längst nicht mehr nur um Steuereinnahmen, sondern ebenso um Be- bzw. Abstrafung der beteiligten Akteure.¹⁹³

In diesem Zusammenhang ist die Art und Weise der Kooperation der Schweiz mit ausländischen Behörden hochinteressant. Die diesbezügliche Entwicklung veranschaulicht exemplarisch, wie Recht und Politik – sie werden in diesem Bereich letztlich ununterscheidbar – mit dem Dilemma, vor das der ausländische Kooperationsdruck den schweizerischen Rechtsstaat gestellt hat, umzugehen versuchen. Die folgenden Ausführungen bezwecken indes nicht, einen weiteren Beitrag zum bereits reichlich vorhandenen Fundus der Aufarbeitung des Steuerstreites zu leisten.¹⁹⁴ Sie beschränken sich auf eine Darstellung der rechtlichen Ausgangslage und legen anschliessend den Fokus auf einige für die vorliegende Untersuchung zentrale Entwicklungen sowie die damit verbundenen juristischen Entscheidungen.

¹⁹² In der Folge wird primär der schweizerisch-amerikanische Steuerstreit betrachtet.

¹⁹³ Vgl. die nachfolgende chronologische Darstellung in Abschnitt § 3.II-V.

¹⁹⁴ Nebst zahlreichen, i.d.R. punktuellen und zeitaktuellen juristischen Beiträgen sei an dieser Stelle insbesondere auf die pointierte journalistische Aufbereitung von LANDMANN, Geiselnahme, sowie die detaillierte politische Darstellung von TOBLER, Bankgeheimnis, verwiesen.

B. Das rechtliche Setting

1. Übersicht

Die vom IRS und später vom DoJ ersuchten bzw. herausverlangten Informationen betrafen in einer ersten Phase insbesondere Bankkundendaten, später auch Daten über den Transfer von Geldern von einem Finanzinstitut zu einem anderen (sog. «Leaver-Listen»), Daten über Bankmitarbeiter sowie über Dritte (insbesondere Treuhänder, Vermögensverwalter und Anwälte). Diese Daten durften die amerikanischen Behörden grundsätzlich nicht direkt bei den Schweizer Banken herausverlangen. Umgekehrt durften auch die Schweizer Banken ihrerseits diese Informationen nicht «in Eigenregie» an die amerikanischen Behörden herausgeben. Solche Kooperationshandlungen haben insbesondere das rechtliche Regelwerk im Bereich der internationalen Amts- und Rechtshilfe sowie die strafrechtlichen Bestimmungen zum Schutz der schweizerischen Souveränität und der Gebietshoheit zu respektieren. Darüber hinaus sind ganz allgemein Bestimmungen über den Geheimnisschutz, den Datenschutz etc. zu berücksichtigen. Zum besseren Verständnis des «Kooperations-Dilemmas» im schweizerisch-amerikanischen Steuerstreit werden die wichtigsten Eckpunkte des rechtlichen Settings nachfolgend kursorisch aufgezeigt.¹⁹⁵

2. Souveränität und Territorialität als völkerrechtliche Schranken

Gemäss dem völkerrechtlichen Territorialitätsprinzip ist es einem Staat nicht gestattet, auf dem Gebiet eines anderen hoheitlich tätig zu werden.¹⁹⁶ Amtshandlungen, die gegen die Gebietshoheit bzw. die Souveränität eines anderen Staates verstossen, sind daher unzulässig und stellen eine völkerrechtswidrige Verletzung der Souveränität und territorialen Integrität des betreffenden Staates dar.¹⁹⁷ Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ist ein fremder Staat somit auf die Mithilfe des betroffenen Zielstaates angewiesen.¹⁹⁸ Dieser kann im Rahmen des internationalen Rechts oder nach den Regeln der Amts- bzw. Rechtshilfe sein Einverständnis für entsprechende Handlungen erteilen. Derartige Handlungen für einen fremden Staat in der Schweiz sind mithin nur dann zulässig, wenn sie sich auf internationales Recht (Verträge, bilaterale Vereinbarungen, internationales Gewohnheitsrecht) oder nationales Recht (insbesondere bereichsspezifische innerstaatliche Amts- und Rechtshilfebestimmungen oder Auffanggesetzgebungen) abstützen können.¹⁹⁹

3. Amts- und Rechtshilferegeln

Die wesentlichen Rechtsgrundlagen im Bereich der steuerrechtlichen *Amtshilfe* finden sich typischerweise in den jeweiligen bilateralen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA). Für die vorliegende Problematik von zentraler Bedeutung war das damals geltende DBA-

¹⁹⁵ Für eine eingehende Darstellung der Grundlagen und Schranken bewilligungspflichtiger Kooperationshandlungen vgl. unten Teil II., § 4.

¹⁹⁶ Vgl. BGE 146 IV 36, E. 2.2 m.Hinw.; BGE 140 IV 86, E. 2.4; s.a. RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Strafprozessrecht, § 75 N 3136; BESSON, Droit international public, N 319, 187; DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, Internationale Rechtshilfe, 4; ZIEGLER, droit international public, N 507, 593.

¹⁹⁷ BGE 146 IV 36, E. 2.2; BGE 137 IV 33, E. 9.4.3 S. 50; BGE 133 I 234, E. 2.5.1; statt vieler: DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, Internationale Rechtshilfe, 4.

¹⁹⁸ Vgl. RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Strafprozessrecht, § 75 N 3136 m.Hinw.; ZIMMERMANN, coopération, N 1.

¹⁹⁹ S.a. BGE 146 IV 36, Regeste.

USA 1996. Dieses sah in Art. 26 Ziff. 1 den (amtshilferechtlichen) Informationsaustausch zur Verhütung von Betrugsdelikten und dergleichen (im engl. Wortlaut: «[...] tax fraud and the like [...]») vor:

«1. Die zuständigen Behörden der Vertragsstaaten werden unter sich diejenigen (gemäss den Steuergesetzgebungen der beiden Vertragsstaaten erhältlichen) Auskünfte austauschen, die notwendig sind für die Durchführung der Bestimmungen dieses Abkommens oder für die Verhütung von Betrugsdelikten und dergleichen, die eine unter das Abkommen fallende Steuer zum Gegenstand haben».²⁰⁰

Nicht erfasst waren demgegenüber blossе Steuerhinterziehungsdelikte.²⁰¹ Vorausgesetzt war zudem ein begründeter Anfangsverdacht.²⁰² Zwar wurde das Abkommen mit dem Änderungsprotokoll vom 23.9.2009 dahingehend ergänzt, dass Art. 26 DBA-US 1996 durch eine Amtshilfeklausel gemäss OECD-Standard ersetzt wird, womit nicht mehr zwischen Steuerhinterziehung und Steuerbetrug unterschieden wird.²⁰³ Die Ratifizierung des Protokolls durch die USA erfolgte indes erst im Jahr 2019.²⁰⁴ Somit erlaubte das damals geltende DBA-USA 1996 Amtshilfe nur bei einem begründeten Anfangsverdacht betreffend Betrugsdelikten und dergleichen.

Im Bereich der *Rechtshilfe in Steuerstrafsachen* fanden sich zum damaligen Zeitpunkt die Rechtsgrundlagen unilateral im schweizerischen IRSG sowie in der IRSV, bilateral insbesondere im RVUS. Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang, dass sowohl das IRSG als auch das RVUS einen sog. Fiskalvorbehalt vorgesehen haben: Nach Art. 2 Abs. 1 lit. c Ziff. 5 des damaligen RVUS war der Vertrag nicht anwendbar auf Ermittlungen und Verfahren «wegen Verletzung von Vorschriften über Steuern [...]».²⁰⁵ Nur gerade soweit der Kampf gegen das organisierte Verbrechen betroffen war (Art. 7 Ziff. 1 RVUS), wurde der Fiskalvorbehalt aufgehoben.²⁰⁶ Auch gemäss der Auffanggesetzgebung im damaligen Art. 3 Abs. 3 IRSG war die Rechtshilfe ausgeschlossen, wenn eine Tat «auf eine Verkürzung fiskalischer Abgaben gerichtet erscheint». Auch hier galt eine – allerdings fakultative – Gegenausnahme für den sog. «Abgabebetrug» (Art. 3 Abs. 3 lit. a IRSG).²⁰⁷

Hinzu kommt spezifisch bei Bankdaten, dass selbst bei erfüllten gesetzlichen Voraussetzungen der Herausgabe von Bankkundendaten sog. «wesentlichen Interessen der Schweiz» i.S.v. Art. 1a IRSG entgegengehalten werden könnten, zumal nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Kooperation da ihre Grenzen finden könne, wo durch die verlangten Informationen das Bankgeheimnis geradezu ausgehöhlt würde:²⁰⁸

200 Art. 26 Ziff. 1 DBA-USA 1996.

201 Erst im Verlauf der Steuerstreites wurde versucht, diese Auslegung zu revidieren, vgl. unten § 3. II.C/D.

202 Auch diese Voraussetzung wurde im Verlauf des Steuerstreites zumindest aufgeweicht und auf einem bestimmten Verhaltensmuster basierende Gruppenanfragen ohne konkrete Namens- oder Personenangaben zugelassen, vgl. BGE 139 II 404 E. 7.2; s.a. BVerwGer, 5.3.2009, A-7342/2008 und A-7426/2008, E. 4.3 f; s.a. SCHWEIZER, FS-Mastronardi, 89.

203 Änderungsprotokoll DBA-USA 2010, vgl. BBl 2010 247 ff.; ferner BBl 2011 3749 ff.; BBl 2011 6663 ff.

204 Vgl. SR 0.672.933.611.

205 S.a. BSK IRSG-KOCHER, Art. 3 N 80.

206 Vgl. BSK IRSG-KOCHER, Art. 3 N 80.

207 S.a. BSK IRSG-KOCHER, Art. 3 N 92 ff.

208 Statt vieler: BGE 125 II 83, E. 5.

«Das Bankkundengeheimnis zählt [...] insofern zu den «wesentlichen Interessen der Schweiz», als es sich bei der verlangten Auskunft um eine solche handelt, «deren Preisgabe das Bankgeheimnis geradezu aushöhlen oder die der ganzen Wirtschaft Schaden zufügen» würde»²⁰⁹.

Schliesslich stellen verschiedene allgemeine Prinzipien der internationalen Amts- und Rechtshilfe zusätzliche Schranken dar. Allen voran ist das Spezialitätsprinzip zu nennen, wonach im Rahmen der Amts- oder Rechtshilfe übermittelte Dokumente grundsätzlich einzig für den dem Ersuchen zu Grunde liegenden Sachverhalt verwendet werden dürfen. Konkret bedeutet das im Kontext der Rechtshilfe betreffend Steuerdelikte: Leistet die Schweiz internationale Rechtshilfe wegen Steuerbetruges, so dürfen die übermittelten Dokumente weder verwendet werden zur Verfolgung von fiskalrechtlichen Straftaten minderen Unrechtsgehaltes, wie der Steuervergünstigung oder der Steuerhinterziehung,²¹⁰ noch für repressive Steuerverfahren, wie die Erstveranlagung der Steuer oder Ergänzungsveranlagung im Nachsteuerverfahren.²¹¹ Eng damit verwandt ist einerseits das Prinzip der langen Hand, wonach der ersuchte Staat bei Fehlen einer generellen Ermächtigung in einem Staatsvertrag die Weiterleitung der im Rahmen der Amtshilfe übermittelten Daten an weitere Behörden und Organe unzulässig ist bzw. einer gesonderten Bewilligung bedarf;²¹² andererseits der Grundsatz der Vertraulichkeit, wonach die ausländischen Adressaten an besondere Amts- bzw. Berufsgeheimnisse gebunden sein müssen.²¹³ Diese – und weitere, vorliegend nicht vertiefte – Grundsätze beschränken und moderieren die Kooperation im Interesse der Betroffenen.

4. Strafbestimmungen zum Schutz der Souveränität und Gebietshoheit

Das Amts- und Rechtshilferecht selbst kennt keine Strafbestimmungen für Verletzungen der Amts- und Rechtshilfeordnung durch «wilde» Kooperation. Soweit mit entsprechenden Handlungen die staatliche Souveränität und die Gebietshoheit der Schweiz tangiert werden, kann sich eine Strafbarkeit allerdings aus den sog. Staatsschutzdelikten ergeben. Von besonderer Bedeutung ist *Art. 271 StGB*, der verbotene Handlungen für einen fremden Staat unter Strafe stellt. Die Praxis hat diesen Tatbestand extensiv ausgelegt.²¹⁴ Gemäss jüngerer Rechtsprechung kann als unbestritten gelten, dass nicht genehmigte – eben «wilde» – Amts- bzw. Rechtshilfehandlungen von diesem Tatbestand erfasst werden.²¹⁵

Darüber hinaus können weitere Strafbestimmungen zum Schutz der Gebietshoheit einschlägig sein, insbesondere die Bestimmungen zum verbotenen Nachrichtendienst in den *Art. 272–274 StGB* (politischer, wirtschaftlicher und militärischer Nachrichtendienst). Besonders hinzuweisen ist in vorliegendem Kontext auf *Art. 273 StGB*, der unter dem Titel des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes u.a. das Zugänglichmachen von wirt-

209 BGE 137 II 431, E. 2.1.2.

210 BSK IRSG-KOCHER, Art. 3 N 271; s.a. BGE 112 Ib 339, E. 7.

211 BSK IRSG-KOCHER, Art. 3 N 271; s.a. BGer, 2.11.1989, 1A.184/1988, E. 5.

212 Dazu z.B. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, N 2052; BGE 127 II 323, E. 2.

213 Dazu z.B. Art. 42 Abs. 2 lit. b FINMA; Art. 21 lit. b NBG.

214 Vgl. unten Teil II, § 2.

215 BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.1.1.2 m. zahlreichen Hinw.; s.a. BStGer, SK.2017.64, 9.5.2018; BGer, 4.12.2018, 6B_804/2018; ferner BStGer, 6.10.2017, SK.2017.16 (TPF 2018 16).

schaftlichen Tatsachen, an denen schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen bestehen, gegenüber einer fremden amtlichen Stelle mit Strafe bedroht.²¹⁶

5. Strafbestimmungen zum Geheimnisschutz und Datenschutz

Daneben bestehen verschiedene Geheimnisschutz- und Datenschutztatbestände, die durch entsprechende Informationsbegehren- und Datenherausgaben ebenfalls tangiert sein können. Zu erwähnen sind im Rahmen der vorliegenden finanzspezifischen Thematik insbesondere Art. 47 BankG (Verletzung des Bankkundengeheimnisses), ferner Art. 35 DSG (Verletzung der beruflichen Schweigepflicht).

Das Bankkundengeheimnis in Art. 47 BankG pönalisiert, wer «ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Organ, Angestellter, Beauftragter oder Liquidator einer Bank, als Organ oder Angestellter einer Prüfgesellschaft anvertraut worden ist oder das er in dieser Eigenschaft wahrgenommen hat» (Art. 47 Abs. 1 lit. a BankG). Der Geheimhaltungspflicht unterliegen «alle Kenntnisse, die sich aus der geschäftlichen Beziehung der Bank zum Kunden, namentlich aus den Bankverträgen ergeben, darüber hinaus aber auch Anfragen und Angebote für weitere Bankgeschäfte, schliesslich der Geschäftsverkehr unter Banken».²¹⁷ Soweit nach Amts- und Rechtshilferecht eine Informations- und Aktenerhebung zulässig ist, geht dies dem Bankkundengeheimnis vor bzw. wird dieses «aufgehoben».²¹⁸ Insofern besteht zwischen internationaler Kooperation und Bankkundengeheimnis ein «direkter Konnex».²¹⁹ Umgekehrt wird deutlich, dass eine nicht gesetzesgemässe Kooperationshandlung mangels Rechtfertigung strafbar i.S.v. Art. 47 BankG sein kann.

Art. 35 DSG bestraft, wer vorsätzlich geheime, besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile unbefugt bekannt gibt, von denen er bei der Ausübung seines Berufes, der die Kenntnis solcher Daten erfordert, erfahren hat. Die Praxisrelevanz der Bestimmung ist gering, zumal die Norm typischerweise von klassischen Geheimnisverletzungstatbeständen konsumiert wird.²²⁰ Im vorliegenden Zusammenhang ist sie trotzdem nicht unbedeutend²²¹, da sie in genereller Weise Personendaten schützt und die «höchstpersönliche Sphäre» umfasst.²²² Damit geht sie über den Anwendungsbereich des Bankkundengeheimnisses sowie der Staatsschutzdelikte hinaus und betrifft nicht dieselben Rechtsgüter.²²³

6. Weitere Bestimmungen zum Schutz von Individualrechtsgütern

Internationale Kooperation kann mit Blick auf die Individualrechtsgüter darüber hinaus zahlreiche weitere Rechtsbereiche bzw. Schutzbestimmungen und Garantien tangieren. So können etwa *datenschutzrechtliche* Vorgaben betroffen sein, wie die Schranken der grenzüberschreitenden Bekanntgabe (insb. Art. 6 DSG). Im Bereich des *Arbeitsrechts* lässt Art. 328b OR Datenbearbeitung über Arbeitnehmer nur zu, sofern sie dessen Eignung für

²¹⁶ Statt vieler: BGE 141 IV 155, E. 4.2.

²¹⁷ ZK BankG-KLEINER/SCHWOB/WINZELER, Art. 47 BankG N 14.

²¹⁸ Vgl. ZK BankG-KLEINER/SCHWOB/WINZELER, Art. 47 BankG N 130.

²¹⁹ Vgl. ZK BankG-KLEINER/SCHWOB/WINZELER, Art. 47 BankG N 130.

²²⁰ Vgl. BSK DSG-NIGGLI/MAEDER, Art. 35 N 73 ff.

²²¹ Siehe bereits HUSMANN, AJP 2014, 664 f.

²²² Vgl. BGE 118 IV 41, E. 4a.

²²³ Vgl. z.B. ZK BankG-ZOBL/SCHWOB/WINZELER, Art. 47 N 403 ff.; DSG Komm.-ROSENTHAL, Art. 273 StGB N 77.

das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind, wobei das DSG zu beachten ist. Zulässig ist die Datenbearbeitung nur, wenn ein genügender Arbeitsplatzbezug²²⁴ besteht. Auch die arbeitsrechtlichen Fürsorgepflichten nach Art. 328 OR verpflichten den Arbeitgeber insbesondere zum Unterlass persönlichkeitsverletzender Eingriffe. Hinzu kommen je nach Konstellation zivilrechtliche Schranken (insbesondere Art. 28 ZGB). Nicht zuletzt tangieren entsprechende Datenherausgaben *Grund- und Menschenrechte* sowie *verfahrensrechtliche Garantien*. Besonders zu erwähnen ist der Schutz der Privatsphäre bzw. die informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 BV; Art. 8 EMRK; Art. 17 UNO-Pakt II), ferner die persönliche Freiheit (Art. 10 BV)²²⁵ sowie die Eigentumsfreiheit (Art. 26 BV), namentlich wo die Kooperationshandlungen die wirtschaftlichen Verhältnisse betreffen.²²⁶

C. Das unlösbare Kooperations-Dilemma

Dieser rechtliche Rahmen erhellt, dass die von den amerikanischen Behörden angestrebte Kooperation vor zahlreichen rechtlichen Hürden stand: Ein Grossteil der im Steuerstreit herausverlangten Daten betrafen nicht Steuerbetrugsdelikte und waren im Lichte der oben erwähnten Regelwerke nicht amts- bzw. rechtshilfefähig. Damit drohte ein offensichtlicher Konflikt mit Art. 271 StGB und darüber hinaus – je nach Art der Informationen – mit weiteren Straftatbeständen sowie weiteren rechtlichen Bestimmungen und Garantien.

Die Frage der Zulässigkeit der Informationsübermittlung an die US-Behörden war nicht zuletzt darum so bedeutsam, weil die Konsequenzen für die Betroffenen teilweise gravierend waren. Strafrechtlich drohten den inkriminierten Bankkunden in den USA unbedingte Gefängnisstrafen und hohe Bussen.²²⁷ Die ehemaligen oder aktuellen Mitarbeiter der Finanzinstitute sowie Dritte mussten ausserhalb der Schweiz mit Anhaltungen, Befragungen oder gar dem Vollzug von Haftbefehlen rechnen.²²⁸ Zu erwähnen sind ferner drohende Prozesskosten sowie Nachteile hinsichtlich der beruflichen Situation (Diskriminierung, Entlassungen,²²⁹ öffentliches «naming & shaming»²³⁰ etc.).

224 PK Arbeitsvertrag, Art. 328b OR N 3, 7 in fine; ROHNER/PETER, ST 2013, 737.

225 S. nur HGER ZH, 14.1.2016, ZR 2016, Nr. 76, 301 ff.

226 Vgl. BGE 137 II 431, E. 2.1.2.

227 Vgl. exemplarisch SCHWEIZER, FS-Mastronardi, 78, *passim*.

228 Exemplarisch: Cour de Justice GE, Chambre civile, 13.12.2013, C/225/2013 [unveröffentlicht], E. 3.2.3: «[...] la personnalité de l'intimé peut se trouver gravement menacée par l'envoi des documents litigieux. Il est en effet notoire [...] que les employés des banques suisses visés par les demandes des autorités américaines ont couru (et courent vraisemblablement encore) le risque d'être inculpés, voire retenus sur sol américain pour être interrogés [...]»; s.a. OGER ZH, 3.3.2015, LF 150002.

229 Botschaft Lex USA 2013, BBl 2013 3948, 3954; s.a. SCHWEIZER, FS-Mastronardi, 84.

230 Vgl. dazu SCHWEIZER, FS-Mastronardi, 89.

II. Zweiter Akt: Komplikation

A. Herausgabe der UBS-Kundendaten an das DoJ

1. Sachverhalt

Im Jahr 2007 übergab BRADLEY CHARLES BIRKENFELD, der als Vermögensverwalter bei der UBS gearbeitet hatte, der US-Steuerbehörde IRS Informationen, die nachweisen sollten, dass die UBS systematisch Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch US-Bürger geleistet hatte.²³¹ Daraufhin – im September 2007 – kontaktierte das United States DoJ die UBS und informierte sie über das Whistleblowing. Wenig später eröffnete das DoJ eine Untersuchung und verlangte von der UBS umfangreiche Kundendaten von nicht namentlich bekannten US-amerikanischen Kunden heraus.²³²

Es folgte eine diplomatische Auseinandersetzung, namentlich weil die amerikanischen Behörden nicht (wie in derartigen Fällen vorgesehen) um Amts- oder Rechtshilfe ersuchten, sondern die Daten direkt bei der Bank herausverlangten und damit das damals geltende Regelwerk internationaler Kooperation und (indirekt) damit zusammenhängende Strafbestimmungen ignorierten.²³³ Daraufhin ersuchte die IRS am 16.7.2008²³⁴ gestützt auf Art. 26 DBA-USA 1996 um Amtshilfe; betroffen waren ausschliesslich Daten von namentlich nicht benannten Kunden der UBS.²³⁵ Die EStV erliess darauf am 7.8.2008 eine Editionsverfügung in Form einer Zwischenverfügung an die UBS, mit der gestützt auf Art. 20c der damaligen VO DBA-USA die Bank aufgefordert wurde, «sämtliche in ihrem Besitz befindlichen Unterlagen» von in den USA steuerpflichtigen Personen herauszugeben.²³⁶ Die Bank hatte diese Akten gemäss angeblichen Auflagen der amerikanischen Justizbehörden bereits aufbereitet.²³⁷ Darüber hinaus wurden Daten über wirtschaftlich Berechtigte an bestimmten Vermögensgesellschaften verlangt.²³⁸ Daraufhin gab die UBS der EStV insgesamt 285 Kundendossiers heraus. Diese wiederum erliess Mitte Oktober 2008 erste Verfügungen zur Gewährung von Amtshilfe.²³⁹ Dagegen erhoben einige Betroffene Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (dazu unten § 3.II.D.).

Die US-Behörden weigerten sich allerdings, den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts abzuwarten.²⁴⁰ Am 8.12.2008 kommunizierten Staatsanwälte des DoJ der UBS, dass sie umgehend ein Verfahren zur Anklageerhebung gegen die UBS einleiten würden, wenn nicht rasch Kundendaten übermittelt würden. Eine Woche später teilten Vertreter des DoJ und des US Treasury der Schweizer Regierung mit, dass das laufende Amtshilfe-

231 Beliebiger Nachweis.

232 Zum Sachverhalt vgl. BVerwGer, 5.1.2010, B-1092/2009 sowie BGE 137 II 431, insb. B.b.

233 Vgl. vorne § 3.I.B.

234 Mit Ergänzung vom 29.8.2008, vgl. BGE 137 II 431, E. B.b. Bereits am 28.6.2008 wurden offenbar mittels eines bezeichnenderweise von der Schweiz vorformulierten pauschalen Gesuchs 2 000 Dossiers verlangt, vgl. SCHAUB, ZSR 2011, 214 f.

235 BVerwGer, 5.1.2010, B-1092/2009, A.

236 Vgl. SCHWEIZER, Jusletter 2009, N 1.

237 Vgl. SCHWEIZER, Jusletter 2009, N 1.

238 Vgl. SCHWEIZER, Jusletter 2009, N 1.

239 BVerwGer, 5.1.2010, B-1092/2009, A.

240 Dazu auch ZK BankG-KLEINER/SCHWOB/WINZELER, Art. 47 N 301.

verfahren zu lange dauere und bekundeten die Erwartung, dass noch «um das Ende des Jahres eine signifikante Anzahl Daten» ausgehändigt werde.²⁴¹

Der Bundesrat erwog zunächst die Herausgabe entsprechender Kundendaten gestützt auf notrechtliche Kompetenzen. Trotz eines Ersuchens der FINMA verzichtete er aber – wohl unter dem Eindruck der andauernden und kritisch geführten «Notrechtsdebatte»²⁴² – schliesslich darauf.²⁴³ In der Folge schloss die UBS mit dem DoJ einen Vergleich («Deferred Prosecution Agreement», DPA), wonach die UBS eine Entschädigung von 780 Mio. US\$ an die USA zu zahlen hatte, wobei die amerikanischen Behörden den Abschluss des Vergleichs von der sofortigen Übermittlung einer Anzahl Kundendaten abhängig machten.²⁴⁴ Sie setzten der Schweiz eine Frist zur Lieferung der Unterlagen; am 17.2.2009 drohte das DoJ mit der unverzüglichen²⁴⁵ Erhebung der Strafklage gegen die UBS, sollten die gewünschten Kundendaten nicht sofort herausgegeben werden.

2. Verfügung der FINMA vom 18.2.2009

Nach damaliger Einschätzung der FINMA hätte eine solche Anklage «dramatische Folgen für die UBS gehabt und ihre Liquiditätsposition und letztlich ihre Existenz unmittelbar gefährden»²⁴⁶ können. Konkret habe ein Strafverfahren gegen eine Bank zur Folge, dass diese aufgrund von fehlendem Marktvertrauen keine liquiden Mittel mehr hätte aufnehmen können, was fast zwangsläufig die Illiquidität bzw. die Insolvenz der Bank nach sich gezogen hätte.²⁴⁷ Die FINMA habe deshalb «[i]m öffentlichen Interesse der Schweiz, welches im konkreten Fall allfälligen privaten Interessen an der Geheimhaltung der Daten vorgehe, sowie unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips» entschieden, der UBS die Anordnung zu geben, die verlangten Kundendaten zwecks Weitergabe an die US-Behörden an sie zu übermitteln.²⁴⁸

Am 18.2.2009 erliess die FINMA gestützt auf Art. 25 und Art. 26 BankG (Massnahmen bei Insolvenzgefahr) eine Verfügung, mit der sie die UBS anwies, ihr alle Kundendaten, welche unter Ziff. 9 des DPA vom 18.2.2009 sowie den Anhang mit der Bezeichnung Account Disclosure Letter vom 16.2.2009 fielen, auszuhändigen, damit sie diese Daten dem DoJ und allenfalls weiteren mit der Verfolgung von Straftatbeständen befassten Behörden herausgeben könne.²⁴⁹ Die Verfügung sei zudem geheim zu halten.²⁵⁰ Noch gleichentags wurden die Daten der FINMA ausgehändigt und von dieser bei der amerikanischen Botschaft deponiert.²⁵¹

241 Vgl. BGE 137 II 431, B.b.s.

242 U.a. infolge der Vernichtung der Tinner-Akten sowie der UBS Rettung.

243 Vgl. BGE 137 II 431, E. 3.2.2.

244 BVerwGer, 5.1.2010, B-1092/2009, A.

245 Vgl. BGE 137 II 431, C.a.

246 FINMA, 18.2.2009, Medienmitteilung.

247 FINMA, 18.2.2009, Medienmitteilung.

248 BVerwGer, 5.1.2010, B-1092/2009, B.

249 BVerwGer, 5.1.2010, B-1092/2009, B.

250 Gemäss Ziff. 4 des Dispositivs darf diese nur mit vorgängiger Zustimmung der FINMA an Dritte herausgegeben werden, vgl. BVerwGer, 5.1.2010, B-1092/2009, B.

251 BGE 137 II 431, C.b.

3. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts

Eine gegen diese Verfügung gerichtete Beschwerde verschiedener betroffener Bankkunden hiess das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 5.1.2010 gut.²⁵² Vorweg betonte das Gericht die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für derartige Datenherausgaben. Nicht nur qualifizierte das Gericht die Datenherausgabe u.a. mit Blick auf die drohenden verwaltungs-, aber auch strafrechtlichen Massnahmen, welche in Geldbussen oder gar Freiheitsentzug münden können, als einen schweren Grundrechtseingriff, der eine formell-gesetzliche Grundlage erfordere (E. 6.3 f.). Darüber hinaus und unabhängig der grundrechtlichen Betrachtungen erachtete das Gericht aufgrund der expliziten Schutzgewährung der Daten durch Art. 47 BankG vor dem Hintergrund des Grundsatzes der parallelen Formstrenge für die faktische Aufhebung des Bankkundengeheimnisses ebenfalls eine formelle-gesetzliche Grundlage als erforderlich (E. 6.4).

Das Gericht verneinte, dass bankgesetzliche Massnahmen bei Insolvenzgefahr nach Art. 25 und 26 BankG eine genügende gesetzliche Grundlage für die Anordnung der Herausgabe von Kundendaten an die US-Behörden zu bilden vermögen. Diesen fehle die Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit (E. 6.4). Gleiches gelte für Art. 31 FINMAG, der in allgemeiner Form bei Missständen die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes durch die FINMA vorsieht (E. 7).

Im Anschluss befasste sich das Gericht ausführlich mit konstitutionellem (E. 8.1.1) und extrakonstitutionellem (E. 8.1.2) Notstandsrecht. Es schloss zu Recht einen «extrakonstitutionellen» Notstand aus. Nach einer Betrachtung der Voraussetzungen des konstitutionellen Notrechts (Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV)²⁵³ bezweifelte das Gericht vorerst, dass diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt gewesen seien, namentlich dass «Wirtschaftskrisen zu einer Gefährdung der inneren Sicherheit oder zu einer Störung der öffentlichen Ordnung i.S. der Polizeigüter führen können» (E. 8.2.2). Es liess die Frage am Ende aber offen, indem es der FINMA ganz generell die Kompetenz absprach, solche selbständige Notstandsverfügungen zu erlassen – selbst mit Einverständnis des Bundesrates (E. 8.2–8.4 sowie 9). Zugleich betonte das Gericht, dass der Bundesrat zum Zeitpunkt der Beschlussfassung offenbar auch mit der Fortführung und dem Abschluss der ordentlichen Amtshilfverfahren rechnete und seinerseits auch gar nicht beabsichtigte, Notstandsrecht anzuwenden (E. 8.3.2, 9.2).

Zum Schluss prüfte das Gericht, ob möglicherweise ein Anwendungsfall der polizeilichen Generalklausel vorlag. Diese erlaube auch Verwaltungsbehörden, polizeiliche Massnahmen zum Schutz der Polizeigüter zu ergreifen, wenn eine schwere und unmittelbare Gefahr abzuwenden oder eine schwere Störung der öffentlichen Ordnung zu beseitigen ist. Hingegen könne die polizeiliche Generalklausel nicht herangezogen werden, «wenn die abzuwendende Situation voraussehbar war, d.h. eine Gefährdungslage trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert wurde [...]. Ein Handeln gestützt auf die polizeiliche Generalklausel wegen Untätigkeit des Gesetzgebers lässt sich jedoch für Extremsituationen rechtfertigen, in denen es (bspw.) zu einer schwerwiegenden Gefährdung von Menschenleben kommt» (E. 12.1). Das Gericht lehnte im Anschluss die Anwendbarkeit der polizeilichen Generalklausel ab, da es sich nicht um einen unmittelbaren, nicht vorhersehbaren

252 BVerwGer, 5.1.2010, B-1092/2009.

253 Zur Terminologie, insb. der Unterscheidung in Interessenwahrungs- und Notrecht, vgl. unten Teil II, § 4.III.C.

Notfall handle: Die Anklagedrohungen der US-Behörden seien bereits einige Zeit bekannt gewesen – dennoch habe der Bundesrat zwei Monate vor Erlass der angefochtenen Verfügung der FINMA die beantragte «Rückendeckung» in Form einer Ermächtigung, Bankkundendaten an die U.S.-Behörden auszuhändigen, nicht gegeben.²⁵⁴ Ausserdem könne nicht «von einer direkten, unmittelbaren und sofort zu begegnenden Gefährdung von entsprechenden höherrangigen Interessen ausgegangen werden»²⁵⁵, wie sie die Anwendung der polizeilichen Generalklausel voraussetzen würde. Eine Berufung auf die polizeiliche Generalklausel käme faktisch einer unzulässigen Kompetenzattraktion durch die FINMA gleich. Ferner sei die Dimension, mithin die Tiefe des Eingriffs in den gesetzlich geschützten Bereich, und der Umstand, dass sich die Vorinstanz auf einen Beschluss der in dieser Situation kompetenten Organe der Schweizerischen Eidgenossenschaft hätte stützen müssen, zu berücksichtigen. Insgesamt vermöge eine Berufung auf die polizeiliche Generalklausel die fehlende Kompetenz der Vorinstanz zum Erlass der angefochtenen Verfügung nicht zu rechtfertigen (E. 12.2).²⁵⁶

4. Urteil des Bundesgerichts (BGE 137 II 431)

Eine dagegen erhobene Beschwerde der FINMA hat das Bundesgericht in einer öffentlichen Beratung am 15.7.2011 gutgeheissen, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts teilweise aufgehoben und die Verfügung der FINMA im Ergebnis geschützt.²⁵⁷

Vorweg bestätigte das Gericht, dass sich die Datenherausgabe nicht auf reguläre bankenrechtliche Bestimmungen, also die Art. 25 und 26 BankG, abstützen vermöge (E. 2).

Anschliessend prüfte das Bundesgericht unmittelbar die Anwendbarkeit der polizeilichen Generalklausel. Dass – unter Vorbehalt der Kompetenzen des Parlaments (Art. 173 Abs. 1 lit. a und b BV sowie Art. 7 ff. RVOG) – einzig der Bundesrat zum Erlass von notrechtlichen Verfügungen befugt sei, schliesse im vorliegenden Zusammenhang, wo irrtümlicherweise von der Anwendbarkeit ordentlichen Rechts ausgegangen wurde, eine (nachträgliche) Berufung auf die polizeiliche Generalklausel nicht aus. Der Beschluss des Bundesrates, «alle notwendigen Massnahmen zu treffen», um eine Anklageerhebung gegen die UBS «im Interesse der Stabilität sowohl des schweizerischen als auch des globalen Finanzsystems» zu verhindern, habe nötigenfalls auch einen Eingriff ins Bankkundengeheimnis gestützt auf die polizeiliche Generalklausel umfasst. Dem Bundesrat sei es darum gegangen, so das Bundesgericht, «nicht in Umgehung des ordentlichen Rechts und einer allfälligen Zuständigkeit der FINMA seine verfassungsmässigen Notkompetenzen anrufen zu müssen» (E. 3.2.2 m.Hinw. auf Bericht GPK NR SR 2010, BBl 2011 3366). Mit Blick auf die mit der Durchbrechung des Bankkundengeheimnisses verbundenen Auswirkungen wäre die FINMA zwar nicht befugt gewesen, gestützt auf die polizeiliche Generalklausel in ihrem Fachbereich die Dokumentenherausgabe in eigener Verantwortung zu verfügen; weil sie den Bundesrat aber laufend über die Situation informiert hatte und inhaltlich letztlich gemeinsam mit ihm handelte, sei dies (ausnahmsweise) doch zulässig gewesen (E. 3.2.3).

254 S.a. BGE 137 II 431, E. 3.1.

255 BVerwGer, 5.1.2010, B-1092/2009, E. 12.2.

256 BVerwGer, 5.1.2010, B-1092/2009, E. 12.2.

257 BGE 137 II 431.

In der Folge prüfte das Bundesgericht die Voraussetzungen der polizeilichen Generalklausel in casu. Es hielt dazu fest:

«Die polizeiliche Generalklausel kann als konstitutionelles Notrecht im Rahmen von Art. 36 Abs. 1 BV eine fehlende gesetzliche Grundlage ersetzen und – selbst schwerwiegende – Eingriffe in Grundrechte legitimieren, wenn und soweit es gilt, die öffentliche Ordnung und fundamentale Rechtsgüter des Staates oder Privater [1] gegen schwere und zeitlich unmittelbar drohende Gefahren [2] zu schützen. Diese dürfen unter den konkreten Umständen nicht anders als mit gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehenen Mitteln abzuwenden sein (Subsidiarität) [3]; die entsprechenden Massnahmen müssen zudem den allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts – insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit – Rechnung tragen [...]» (E. 3.3.1).

Daraufhin rief das Bundesgericht die vierte von Lehre²⁵⁸ und Rechtsprechung²⁵⁹ entwickelte Voraussetzung der Polizeigeneralklausel in Erinnerung, wonach in jüngerer Zeit regelmässig postuliert wurde, dass der Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel auf sog. «echte und unvorhersehbare Notfälle» zu beschränken sei und daher gerade nicht angerufen werden könne, wo «typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert wurden» (E. 3.3.1). Es führte an, dass dieses Erfordernis von der Doktrin als zu einschränkend bzw. zu ungenau kritisiert worden sei.²⁶⁰ Sodann erinnert es an einen neueren Entscheid²⁶¹, wonach «ein Untätigsein des Gesetzgebers den Staat in einer Notsituation nicht zur Hingabe fundamentaler Rechts- bzw. Polizeigüter zwingen [kann], wenn diese Gegenstand staatlicher Schutzpflichten bilden»²⁶². Die polizeiliche Generalklausel bezwecke den Schutz fundamentaler Rechtsgüter, wenn eine sie bedrohende konkrete, schwerwiegende und unmittelbare Gefahr «wegen der Dauer des politischen Prozesses nicht auf dem Weg der ordentlichen Gesetzgebung wirksam bekämpft»²⁶³ werden könne. Als entscheidende Neuerung hielt das Bundesgericht fest:

«Das Erfordernis der Unvorhersehbarkeit bildet im Rahmen der Interessenabwägung nur ein zu berücksichtigendes Element unter anderen. Es ist nicht als Anwendungsvoraussetzung zu verstehen, welches es – losgelöst von der Art und der Dringlichkeit der Gefahr – ausschliesst, die polizeiliche Generalklausel überhaupt anzurufen».²⁶⁴

In einem zweiten Schritt bejahte das Bundesgericht, dass in Ausnahmesituationen auch die «ökonomische Stabilität» und der «Schutz des Finanzmarkts» ein entsprechend schützenswertes *polizeiliches* Gut darstellen könnten, da beide klassische Polizeigüter wie das Eigentum oder Treu und Glauben im Geschäftsverkehr umfassen, welche bei einem Zu-

258 Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, N 312 (7. Aufl.); TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 56 N 6 ff. (3. Aufl.); SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 BV N 17 (2. Aufl.).

259 BGE 130 I 369, E. 7.3; BGE 126 I 112, E. 4b.

260 BGE 137 II 431 m.Hinw. auf HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 2470 (6. Aufl.); TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 56 N 8 ff. (3. Aufl.); MÜLLER/JENNI, S&R 2008, 4 ff., 15 ff.; MÜLLER/JENNI, S&R 2010, 101 ff., 104 ff.

261 BGE 137 II 431, E. 4.1, an dieser Stelle bleibt der Entscheid unklar, ob das Rechtsgut für das Land oder für das schweizerische Wirtschaftssystem fundamental sei.

262 BGer, 30.11.2009, E. 2.3.2.1.

263 BGE 137 II 431, E. 3.3.2.

264 BGE 137 II 431, E. 3.3.2.

sammenbruch des Finanzsystems massiv beeinträchtigt würden. Es sei bei der umstrittenen Massnahme mit der wirtschaftlichen Funktionsfähigkeit darum gegangen, ein *fundamentales Rechtsgut* zu erhalten.²⁶⁵ Wegen der Systemrelevanz der UBS habe die FINMA «mit Zustimmung des Bundesrats» finanzmarktrechtlichen Funktionsschutz wahrgenommen, eine wirtschaftspolizeiliche (nicht wirtschaftspolitische) Aufgabe. Darin könne eine gestützt auf die bestehenden, traditionell anerkannten Polizeigüter (in Abgrenzung zu diesen) «erweiterte Polizeiaufgabe» gesehen werden (E. 4.1).

Sodann bestätigte das Bundesgericht in einer ausschliesslich ökonomischen Beurteilung, dass die drohende Gefahr für die genannten Polizeigüter eine «schwere» gewesen sei, zumal bei einem Untergang der UBS mitunter das «Risiko einer schweren volkswirtschaftlichen Krise» bestanden hätte (E. 4.2). Die Wahrscheinlichkeit einer Anklageerhebung gegen die UBS sei hoch gewesen (E. 4.3.1), zudem sei die Gefahr auch eine unmittelbare und damit sofort zu begegnende gewesen (E. 4.3.3). Schliesslich sei die Massnahme auch verhältnismässig gewesen (E. 4.4).

5. Juristische Implikationen

Der Entscheid des Bundesgerichts fand in der Doktrin grosse Beachtung und stiess auf erhebliche Kritik.²⁶⁶ Dies erstaunt nicht, berücksichtigt man dessen verfassungsrechtliche, grundrechtliche und organisationsrechtliche Implikationen. Bemerkenswerterweise wurde mit dem Urteil nicht nur die FINMA-Verfügung zum Notrecht umgedeutet, sondern im gleichen Zug auch das notrechtliche Instrumentarium ausgeweitet:

Verfassungsrechtlich brachte das Urteil zwei Neuerungen hinsichtlich der Anwendbarkeit der Polizeigeneralklausel:

1. eine Erweiterung des Begriffes der fundamentalen Polizeigüter und
2. eine Herabstufung der «Unvorhersehbarkeit» der Situation von einer Anwendungsvoraussetzung zu einem Element der Interessenabwägung.

Die erste Neuerung zieht eine erhebliche Ausweitung der Eingriffsgründe nach sich. Dies nicht nur wegen der erweiterten schützenswerten *polizeilichen* Güter – der *ökonomischen Stabilität* und dem *Schutz des Finanzmarks* –, sondern insbesondere mit Blick auf die bundesgerichtliche Begründung. Diese beiden – höchst abstrakten – Polizeigüter würden gemäss dem Gericht nämlich ihrerseits klassische Polizeigüter wie das Eigentum oder Treu und Glauben im Geschäftsverkehr umfassen, die bei einem Zusammenbruch des Finanzsystems massiv beeinträchtigt würden. Das sind erstaunliche Annahmen. Nicht nur blieb es hinsichtlich der Bedrohung von Eigentum und Treu und Glauben bei blossen Behauptungen, ohne dass überhaupt auf eine mögliche (künftige) Kausalität eingegangen worden wäre; darüber hinaus wurde in keiner Weise dargetan, inwiefern diesbezügliche Beeinträchtigungen die Anwendbarkeit der Polizeigeneralklausel rechtfertigen würden. Notabene: Die Vorinstanz, das Bundesverwaltungsgericht, verlangte im gleichen Zusammenhang noch die Gefährdung von «Menschenleben»²⁶⁷. Schliesslich wurde ausser Acht gelassen, dass gerade mit der Aushebelung des Bankkundengeheimnisses und der Regeln über die Amts- und Rechtshilfe (die das Gericht offen zugab)²⁶⁸ zwar nicht Treu und

265 BGE 137 II 431, E. 4.1.

266 Statt vieler SCHWEIZER, FS-Mastronardi, 80.

267 BVerwGer, 5.1.2010, B-1092/2009, E. 12.2.

268 BGE 137 II 431, E. 2.2.4.

Glauben im Geschäftsverkehr, aber das Vertrauensprinzip an sich nachhaltig, d.h. nicht nur für die konkret Betroffenen, lädiert wird, während auf der anderen Seite Staaten und Private den Entscheid als Einladung für (weitere) Druckausübung verstehen konnten. Der zweite bedeutsame Punkt, der Verzicht²⁶⁹ auf die «Unvorhersehbarkeit» als Anwendungsvoraussetzung der Polizeigeneralklausel, trägt zum Misstrauen in das Recht bei. Wenn die Exekutive handeln darf, obwohl der Gesetzgeber Rechtssetzungsbedarf – ja gar eine Gefährdungslage – erkennt und dennoch untätig bleibt, erscheint dies im Lichte des Vertrauensgrundsatzes schwer nachvollziehbar. Man kann sich fragen, aus welchen Motiven dann überhaupt noch Recht erlassen wird.

Grundrechtlich ist die Passage des Entscheides bemerkenswert, wonach

«ein Untätigsein des Gesetzgebers den Staat in einer Notsituation nicht zur Hingabe fundamentaler Rechts- bzw. Polizeigüter zwingen [kann], wenn diese Gegenstand staatlicher Schutzpflichten bilden».²⁷⁰

Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates führen demnach im Ergebnis zur Aufhebung allgemeiner Schranken für Grundrechtseingriffe. Diese Entwicklung muss als Paroxysmus eines veränderten Grundrechtsverständnisses²⁷¹ bezeichnet werden, das die ursprünglich als individuelle Abwehrrechte gegen den Staat konzipierten Grundrechte umwidmete zu einer polizeilichen Eingriffskompetenz des Staates. Immer öfter wird mit Verweis auf die grundrechtliche Pflicht des Staates zum Tätigwerden Abstand genommen vom restriktiven Polizeigüterbegriff bzw. den engen Anforderungen der Polizeigeneralklausel: Schutzpflichten des Staates (insbesondere bei besonderen Rechtsverhältnissen)²⁷² bzw. Schutz- und Grundrechtsansprüche Dritter (bei sog. multipolaren Grundrechtskonflikten)²⁷³ sollen offenbar zunehmend eine gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe zu ersetzen vermögen.²⁷⁴ Anders gewendet: Ausgerechnet die verfassungs- und konventionsrechtlichen Grundrechte heben das Legalitätsprinzip – und mit ihm grundrechtliche Garantien – aus den Angeln. Grundrechte und Polizeirechte werden so, obwohl eigentlich fundamental gegenläufig, ununterscheidbar.

Staatsorganisationsrechtlich ist bemerkenswert, dass das Bundesgericht die strittige Verfügung nachträglich entgegen dem ausdrücklichen Willen der FINMA und des Bundesrates einer Neubewertung unterzog und erst dadurch legitimieren konnte. Der Bundesrat seinerseits erachtete die Anwendung von Notrecht als ausgeschlossen; die FINMA wiederum sah sich daher gezwungen auf das Instrumentarium des Gesetzes zurückzugreifen. Beide Lösungen hält das Bundesgericht für falsch und heisst den Entscheid dennoch im Resul-

269 Anders noch z.B. BGE 136 I 87; BGE 130 I 369.

270 BGE 137 II 431, E. 3.2.2.

271 Heute wird zuweilen ein umfassendes Grundrechtsverständnis postuliert, das einerseits zunehmend auch Sozialrechte (z.B. soziale Sicherheit) und Solidaritätsrechte (z.B. saubere Umwelt) umschliessen soll und andererseits auch positive Schutzpflichten (z.B. polizeilicher Schutz) und Gewährleistungspflichten des Staates (z.B. medizinische Versorgung) beinhaltet, vgl. KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, Völkerrecht, 272, 277 ff.; zum Ganzen auch HUSMANN, Handlungsspielraum, 262 ff.

272 Z.B. BGE 136 IV 97, E. 6.3.3; dazu MÜLLER, ZBJV 2000, passim

273 Z.B. BGE 126 I 112, E. 4c («zum Schutz von Leib und Leben erforderlich»); BGer, 22.9.2009, 2C.166/2009, E. 2.3.2.1 («Schutzpflichten»).

274 Vgl. KELLER/BÜRLI, AJP 2011, 1149 ff.; kritisch dazu MÜLLER, ZBJV 2000, 752 ff.

tat gut. Eine derartige Lösung wirft die Frage auf, worauf Rechtsunterworfenen vertrauen können.²⁷⁵

6. Folgen

Folge dieser Verfügung war, dass die amerikanischen Behörden in den Besitz umfangreicher Unterlagen gelangten. Dies einerseits direkt aufgrund der gelieferten Kundendossiers; andererseits indirekt, indem angesichts des «Einknickens» der Schweiz zahlreiche Kunden ihre Konten im Rahmen des sog. «Voluntary-Disclosure»-Programmes der US-Steuerbehörden offenlegten.²⁷⁶ Wie der weitere Verlauf zeigte, ist schliesslich davon auszugehen, dass sich die amerikanischen Behörden in ihrer Druckausübung bestärkt sahen.

Keine direkte Folge des Entscheides, aber unmittelbar damit zusammenhängend war die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vom 9.3.2009 zu den oben²⁷⁷ erwähnten ursprünglichen Amtshilfeverfügungen der EStV im Zusammenhang mit Daten, die zwischenzeitlich bereits durch die Verfügung der FINMA herausgegeben wurden. Das Bundesverwaltungsgericht hatte eine dagegen erhobene Beschwerde abgewiesen, weil erstens kein aktuelles Rechtsschutzinteresse bejaht werden könne – die Daten waren bereits übermittelt. Zweitens verneinte es auch einen Anwendungsfall des ausnahmsweisen Verzichtes auf das Erfordernis des aktuellen Rechtsschutzinteresses: Zwar bestehe ein «erhebliches öffentliches Interesse an den vorliegend aufgeworfenen Fragen», auch dürfte anzunehmen sein, «dass sich ähnliche Fragen der Amtshilfe jederzeit wieder stellen können», hingegen – so das Gericht – sei nicht davon auszugehen, «dass eine grosse Wahrscheinlichkeit für eine Wiederholung von Vorgängen besteht, welche vorliegend zur faktischen Aushebelung des rechtsstaatlichen Amtshilfeverfahrens führten».²⁷⁸

Zu diesem Resultat kam das Gericht freilich nach einem 71-seitigen obiter dictum betreffend die Zulässigkeit von Amtshilfehandlungen im Zusammenhang mit dem DBA USA-Schweiz. Es hielt darin insbesondere fest, dass auch Gesuche ohne Namens- oder Personennennung amtshilfefähig sein können: «Dies bedeutet insbesondere, dass es für die Gewährung der Amtshilfe nach DBA-USA nicht erforderlich ist, im Amtshilfebegehren konkrete Personen zu benennen, denen die fraglichen Betrugsdelikte oder dergleichen vorgeworfen werden. Denn dies zu verlangen würde bedeuten, dass im Gegensatz zur Rechtslage im innerstaatlichen Recht [...] die Wahrscheinlichkeit, dass ein Unbekannter einen Abgabebetrug begangen hat, nicht berücksichtigt würde. Vielmehr genügt es auch bei der Amtshilfe nach DBA-USA, wenn der Verdacht einer solchen Straftat vorliegt, d.h. wenn hierzu genügend konkrete Anhaltspunkte bestehen und diese im Amtshilfebegehren aufgezeigt sind».²⁷⁹

275 Eine ähnliche Situation zeichnete sich später erneut ab, nachdem der Bundesrat seine Bewilligungspraxis gemäss Art. 271 StGB auf eine gesetzliche Grundlage stellen wollte, das Parlament aber die «Lex USA» abgelehnt hatte und den Bundesrat aufforderte, gerade so zu handeln, wie er es zuvor als unzulässig und nicht zielführend bezeichnet hatte, dazu § 3.III.–V.

276 S.a. Antwort des Bundesrates vom 22.8.2012 zur Interpellation Heer, 11.6.2012, NR 12.3462, Rolle der FINMA im Steuerstreit mit den USA.

277 § 3.II.A.1.

278 BVerwGer, Abt. I, 5.3.2010, A-7342/2008, E. 8.4.

279 BVerwGer, Abt. I, 5.3.2010, A-7342/2008, E. 4.5.

Weiter wurde der Begriff des Abgabebetruges gemäss Abkommen («tax fraud and the like») – in den Augen der Lehre²⁸⁰ – stark aufgeweicht: «Nach rein schweizerischem Verständnis können unter Umständen durchaus auch Steuerhinterziehungen den gleichen Unrechtsgehalt wie ein Abgabebetrug haben, nämlich dann, wenn sie insbesondere die fortgesetzte Hinterziehung grosser Steuerbeträge betreffen».²⁸¹ Zum andern, so das Urteil, umfasse der Terminus «tax fraud and the like» gemäss dem Abkommen auch den Abgabebetrug gemäss Art. 14 Abs. 2 VStrR.²⁸²

Noch im März 2009 hat der Bundesrat angekündigt, die Informationsaustauschklausel gemäss Art. 26 OECD-Musterabkommen übernehmen zu wollen, also nicht nur bei Steuerbetrug und Steuerhinterziehung, sondern generell zur Durchsetzung des internen Rechts des Vertragspartners Informationen auszutauschen.²⁸³ Daraufhin wurden zahlreiche Abkommen mit der sog. «grossen Amtshilfeklausel» unterzeichnet.

B. «Blocking order» des Bundesrates

1. Tatsächliches

Am Tag der Herausgabeverfügung der FINMA (18.2.2009) schloss die UBS den – an die Bedingung der Datenherausgabe geknüpften – Vergleich (DPA) mit dem DoJ ab. Darin anerkannte sie, die USA durch gemeinsames Vorgehen mit Bankkunden um Steuereinnahmen betrogen zu haben, verpflichtete sich zur Zahlung von 780 Mio. Dollar sowie zum Verzicht auf das grenzüberschreitende Geschäft mit US-Kunden.²⁸⁴ Darüber hinaus sah das Agreement vor, dass die UBS gewisse Kundendaten herausgeben würde.²⁸⁵ Das DoJ willigte im Gegenzug ein, die laufende Strafverfolgung für mindestens 18 Monate auszusetzen und auf diese definitiv zu verzichten, sollte die UBS ihren Verpflichtungen nachkommen.²⁸⁶

Der Vergleich hielt auch fest, dass der IRS im eingeleiteten «John Doe Summons»-Verfahren die sog. «enforcement action» einreichen würde und ein Verstoß gegen eine entsprechende richterliche Anordnung als Verletzung des DPAs gelten könne.²⁸⁷ Dieses zivilrechtliche Sanktionsverfahren bezweckt die Herausgabe einer grösstmöglichen Anzahl Kundendossiers zu erzielen.

Nur einen Tag nach Abschluss des Vergleiches leitete der IRS dieses konkrete Durchsetzungsbegehren vor dem Bundesbezirksgericht in Miami ein (United States District Court for the Southern District of Florida). Er beantragte, die UBS zu verpflichten, ihm die Daten von 52 000 US-Kontoinhabern herauszugeben.²⁸⁸ Gleichtags hinterlegte die UBS beim zuständigen Gericht ein Memorandum gegen das «John Doe Summons»-Verfahren. Dieses setzte dem IRS und der US-Regierung den 30.6.2009 als Frist zur Einreichung einer Antwort, für den 13.7.2009 wurde eine öffentliche Anhörung festgelegt.²⁸⁹

280 Statt vieler: BEHNISCH/OPEL, ZBJV 2010, 498 f.

281 BVerwGer, Abt. I, 5.3.20109, A-7342/2008, E. 5.4.

282 BVerwGer, Abt. I, 5.3.20109, A-7342/2008, E. 5.1 f.

283 BEHNISCH/OPEL, ZBJV 2010, 49; vgl. Art. 26 OECD-MA 2008.

284 BGE 137 II 431, A.

285 BGE 137 II 431, A.

286 BGE 137 II 431, A.

287 BGE 137 II 431, A.

288 BGE 137 II 431, A.

289 GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3384.

Die unilaterale Vollstreckung des «John Doe Summons» durch die US-Behörden war nach Ansicht des EJPD weder mit der schweizerischen Rechtsordnung noch mit dem DBA-USA 1996 vereinbar.²⁹⁰ Insbesondere hätte dies eine Verletzung der schweizerischen Hoheitsgewalt (insbesondere Art. 271 und Art. 273 StGB) sowie des Art. 47 BankG bedeutet.²⁹¹

Das EJPD, das zuvor mit Beschluss vom 29.5.2009 vom Bundesrat den Auftrag erhalten hatte, weitere politische wie technische Optionen zu prüfen, schlug dem Bundesrat vor, einen Grundsatzentscheid zu treffen für den Fall, dass das Gericht gegen die UBS entscheiden sollte.²⁹² Am 5.6.2009 beschloss der Bundesrat, dass alle erforderlichen Massnahmen ergriffen würden, um die UBS an der Übergabe der anvisierten Kundendaten zu hindern.²⁹³

Das EJPD analysierte in der Folge verschiedene Optionen, verwarf sowohl die Möglichkeit eines passiven Verhaltens des Bundes als auch die Herausgabe weiterer Kundendaten gestützt auf Notrecht.²⁹⁴ Stattdessen empfahl das EJPD dem Bundesrat die Herausgabe auf Grundlage von Art. 184 Abs. 3 BV ausdrücklich zu *verbieten* und der UBS die physische Verfügungsgewalt über die Daten zu entziehen.²⁹⁵ Nach Ansicht des EJPD (und auch der GPK-NR/SR) wären die erforderlichen Bedingungen einer Notrechts- bzw. Interessenwahrungsverfügung im vorliegenden Fall erfüllt gewesen.²⁹⁶ Ziel dabei war, «ein klares Signal an die USA [zu] senden, dass der Justizkonflikt nicht mit der UBS, sondern einzig durch zwischenstaatliche Verhandlungen zu lösen sei».²⁹⁷

Dem folgte der Bundesrat, indem er am 1.7.2009 (im Einverständnis mit dem EDA und dem EFD) das EJPD ermächtigte, der UBS zu untersagen, schriftlich oder mündlich, direkt oder indirekt, die im «John Doe Summons»-Verfahren geforderten Informationen zu übermitteln und sie gegebenenfalls mittels sog. «blocking order» (i.c. Dokumentenbeschlagnahme oder Zugangsbeschränkungen zu den Informatiksystemen) daran zu hin-

290 GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3384.

291 GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3384. Mit Recht wurde auch daran erinnert (vgl. BBl 2011 3384 f.), dass das Verhalten der US-Behörde dem Memorandum of Understanding über Rechtshilfe in Strafsachen und ergänzende Verwaltungsverfahren, das infolge der Affäre Marc Rich unterzeichnet wurde, zuwiderläuft. Darin haben die Regierungen beider Staaten ihre Absicht geäußert, bei sich abzeichnenden Jurisdiktionskonflikten miteinander Konsultationen aufzunehmen und «die zuständigen Behörden zu überzeugen, Mässigung und Zurückhaltung [...] auszuüben, wenn sie einseitige Zwangsmassnahmen für die Erhebung von Beweisen oder Massnahmen zur Blockierung der Erhebung in Betracht ziehen», BBl 1988 II 394, 396; dazu BSK StGB²-HOFER, Art. 273 N 23; s.a. BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 273 N 84.

292 GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3385.

293 GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011, 3383; zum Ganzen auch MOLO, transparence financière, 192 f.

294 GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3385.

295 GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3385.

296 GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3385: «In der Tat stellte die unilaterale Beweisaufnahme eines fremden Staates eine Verletzung der schweizerischen Hoheitsgewalt dar; eine solche Verletzung zu verhindern war eine Frage der Wahrung der Interessen des Landes. Die vorgeschlagene Massnahme zur Verhinderung einer solchen Verletzung wäre angemessen.» Gemäss EJPD sollte dabei in zwei Phasen vorgegangen werden: 1. Beschluss des Bundesrates, 2. Umsetzung des Entscheides («nur falls notwendig»), wobei diese an das EJPD delegiert wurden (Herausgabeverbot und einer Datenbeschlagnahme oder ähnlichen Massnahmen), BBl 2011 3385.

297 GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3385.

dern.²⁹⁸ Das EJPD liess am 8.7.2009 verlauten, in ihrer zwei Tage zuvor eingereichten Eingabe an das zuständige Gericht in Miami habe sie darauf hingewiesen, dass die notwendigen Massnahmen zur Durchsetzung des Schweizer Rechts vorbereitet seien und die UBS aufgrund eines Grundsatzentscheids des Bundesrats nicht in der Lage sein werde, eine all-fällige Herausgabeverfügung des Gerichts in Miami zu befolgen.²⁹⁹

2. Anmerkungen

Eine Herausgabe von Kundendaten durch die UBS im Rahmen des «John Doe Summons»-Verfahrens hätte ohne Weiteres den Tatbestand von Art. 47 BankG³⁰⁰ sowie von Art. 271 StGB erfüllt,³⁰¹ möglicherweise auch denjenigen von Art. 273 StGB^{302, 303}. Strafrechtliche Normen greifen allerdings wesensmässig zu spät, um eine strafbare Handlung zu verhindern.³⁰⁴ Dem Bundesrat ging es darum, proaktiv die notwendigen Massnahmen zur Verhinderung einer Datenübermittlung zu legalisieren. Konkret wären eine Aktion ähnlich der Dokumentenbeschlagnahme im Falle der Tinner Akten³⁰⁵ – allerdings viel grösseren Ausmasses – oder auch das Eindringen in Computersysteme der Bank zur Blockierung des Zugangs zu Informationen denkbare Optionen gewesen. Eine ordentliche gesetzliche Grundlage für derartige Massnahmen bestand aber zum damaligen Zeitpunkt nicht.³⁰⁶ Als ausserordentliche Massnahme kann aber nach Lehre und Rechtsprechung eine solche gesetzliche Lücke ggf. durch das Interessenwahrungs- bzw. Notrecht gefüllt werden.³⁰⁷

Die Massnahme zielte darauf ab, einer Druckausübung eines fremden Staates auf inländische Private entgegenzuwirken und so einen vom Ausland erwirkten Bruch der schweizerischen Rechtsordnung durch diese Privaten zu verhindern. Es handelte sich gewissermassen um eine massnahmenrechtliche Verstärkung der Gebietshoheit, indem der strafrechtlichen Seite der Rechtsordnung (Bankgeheimnis und Staatsschutzbestimmungen) exekutivpolizeiliche Kompetenzen zur Seite gestellt wurden. Dabei entfaltete die «blocking order» mithin die genau entgegengesetzte Wirkung der Herausgabeverfügung der FINMA. Interessanterweise waren jedoch die zu ihrer Legitimierung vorgetragenen Motive und auch die gesetzliche Grundlage in ihrer Abstraktheit letztlich identisch: der Schutz wesentlicher Landesinteressen.

298 GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3385; zur Umsetzung solcher Blockierungsentscheide wurde der NDB mittlerweile mit entsprechenden Kompetenzen ausgestattet, vgl. Art. 3 i.V.m. Art. 71 sowie Art. 26 NDG.

299 GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3385.

300 SCHWEIZER, FS-Mastronardi, 79.

301 SCHWEIZER, FS-Mastronardi, 79.

302 SCHWEIZER, FS-Mastronardi, 79; zur Frage, ob auch Bankkundendaten von Dritten im Ausland Angriffsobjekt von Art. 273 sein können, vgl. BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 273 N 56 f.

303 Zum Ganzen Botschaft Abkommen UBS 2010, BBl 2010 2969 f.

304 Vgl. NIGGLI/MAEDER, AJP 2010, 443 ff.

305 Zu diesem Sachverhalt vgl. BGer, 25.1.2010, 1B_265/2009.

306 Derartige Massnahmen wurden erst mit dem NDG explizit eingeführt, vgl. Art. 3 i.V.m. Art. 71 sowie Art. 26 NDG.

307 BGE 131 III 652, E. 2; s.a. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 184 BV N 13; PC CF-MAHON, Art. 184 N 17; SGK BV-THÜRER/TSCHAN-TRUONG/SCHWENDIMANN, Art. 184 N 22.

C. Amtshilfeabkommen: Exekutive Bindung der Justiz

1. Tatsächliches

In der Folge (am 12.7.2009) ersuchte die UBS, unterstützt vom Bundesrat, um Sistierung des US-Zivilverfahrens.³⁰⁸ Ende Juli liessen die Schweizer Behörden verlauten, die Schweiz und die USA hätten sich im Grundsatz geeinigt («Agreement in Principle»), dass das US-Zivilverfahren aussergerichtlich beigelegt werden solle.³⁰⁹ Eine Woche später gaben das EJPD und das EDA hingegen bekannt, dass der angestrebte aussergerichtliche Vergleich noch nicht habe erzielt werden können.³¹⁰

Am 10.8.2009 hiess der Bundesrat den Entwurf eines «Abkommens» zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der US-Regierung über ein Amtshilfegesuch des IRS betreffend UBS gut und ermächtigte die zuständigen Stellen zur Unterzeichnung («Abkommen» UBS 2009).³¹¹ Die Bundeskanzlei wurde beauftragt, das Abkommen im Einvernehmen mit dem EDA in der Amtlichen Sammlung zu publizieren, wobei der Anhang frühestens drei Monate nach der Unterzeichnung veröffentlicht werden dürfe.³¹² Daneben wurden Weisungen herausgegeben, die geltenden Amtshilfebestimmungen DBA-USA 1996 und das zugehörige Protokoll im Sinne des Anhangs des Abkommens auszulegen, sowie die nötigen Mittel zur Umsetzung des Abkommens gutgeheissen.³¹³

Die Verpflichtungen für die Schweiz wurden im späteren Bericht der GPK wie folgt zusammengefasst:

«1. Entgegenkommen und Bearbeitung eines neuen Amtshilfegesuchs im Rahmen des geltenden Rechts, wobei die Bearbeitung der Fälle gemäss den im Anhang zum Abkommen festgelegten Kriterien erfolgen werde. 2. Maximal 4'450 Fälle wären betroffen. 3. Das Abkommen würde keine präjudizielle Wirkung haben: a) Das Amtshilfegesuch würde sich auf ganz bestimmte Fälle eines Musters von tax fraud or the like abstützen; diese Fälle ergäben sich aus der besonderen Situation der UBS (Vorliegen eines DPA mit dem DOJ, in welchem kollusives Verhalten der Bank und ihrer Kunden anerkannt worden war); b) Tax fraud or the like werde im geltenden Recht, im DBA Schweiz – USA, spezifischer gefasst als in DBA mit anderen Staaten oder im EU-Zinsbesteuerungsabkommen. Die dem Abkommensentwurf zugrunde liegende Auslegung würde nur in Bezug auf das DBA Schweiz – USA gelten; c) Neue Amtshilfe (OECD-Standard) gehe ohnehin weiter als die im Abkommensentwurf vorgenommene Auslegung. 4. Der Lösungsansatz beschränke sich auf den Fall UBS».³¹⁴

Die Schweiz hat dabei die Bearbeitung einer bestimmten Anzahl von Dossiers sowie den Erlass einer bestimmten Anzahl Verfügungen innert einer bestimmten Zeit zugesichert.³¹⁵ Auf der anderen Seite würden sich die USA verpflichten zum Rückzug der zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens hängigen Durchsetzungsbegehren vor Gericht und

308 GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3386.

309 GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3386.

310 GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3386.

311 GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3386.

312 GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3386.

313 GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3386 f.

314 Vgl. GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3387, Herv.d.V.

315 GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3388.

zum Verzicht auf weitere solche «enforcement actions», solange das Abkommen in Kraft sei, sowie nach 370 Tagen das «John Doe Summons» definitiv zurückzuziehen.³¹⁶

Damit würde gemäss gemeinsamer Darstellung von EJPD, EDA und EFD «der bestehende Konflikt der Rechtssysteme gelöst [...] und die Integrität der Schweizer Rechtsordnung gewahrt».³¹⁷ Mit diesem Vorgehen habe die schweizerische Delegation erreicht, dass die amerikanische Seite der Festlegung von mit dem geltenden schweizerischen Recht vereinbarten sachlichen Kriterien eines ganz bestimmten Musters für «tax fraud or the like» im Sinne des Protokolls zum geltenden DBA-USA 1996 zugestimmt habe.³¹⁸ Das Abkommen würde ausserdem eine «Festigung der Rahmenbedingungen für den Finanzplatz» bringen und «die Gefahr für die UBS und die Schweizer Wirtschaft (Systemrelevanz der UBS) [bannen]».³¹⁹

In der Folge trat dieser Vertrag in Kraft und er wurde in der Amtlichen Sammlung³²⁰ publiziert.³²¹ Die Schweiz verpflichtete sich damit, ein rund 4450 Konten betreffendes «Amtshilfeersuchen» *innert Jahresfrist* zu bearbeiten. Um dies überhaupt zu bewältigen, wurde PricewaterhouseCoopers Schweiz AG zur administrativen Bearbeitung beigezogen, die Departemente wurden verpflichtet, juristische bzw. Steuerspezialisten zur Verfügung zu stellen.³²² Im Gegenzug würden die USA im Fall UBS darauf verzichten, die Zivilklage durchzusetzen (welche notabene die Offenlegung der Identität von 52'000 Kontoinhabern der UBS verlangte) und ein Amtshilfegesuch im Sinne der gemachten Verpflichtung der Schweiz einreichen.³²³

2. Anmerkungen

Das «Abkommen» UBS 2009 bezweckte die Erledigung eines Amtshilfeersuchens in einem teilweise klar fixierten, zeitlichen und quantitativen Rahmen – nicht im Sinne einer Prüfung, sondern der *Gewährung* von Amtshilfe. Der gewählte Weg lässt vermuten, dass dies wesentlich dadurch erreicht werden sollte, dass die justizmässige Überprüfung (durch das Bundesverwaltungsgericht) eingeschränkt würde: Mit dem Abkommen hat der Bundesrat die justizielle Prüfung, genauer: die Auslegung des Begriffes «tax fraud and the like», in den Amtshilfefällen antizipiert, indem er dem Abkommen das neuartige Rechtsverständnis einprägen wollte, dass – ex nihilo – auch Fälle von fortgesetzter, schwerer Steuerhinterziehung erfasst seien.³²⁴ Das war eine radikale Neuerung gegenüber der vorangehenden Situation, welche die betragsmässig grosse und fortgesetzte Steuerhinterziehung nicht unter Art. 26 DBA subsumierte.³²⁵ Nicht ohne Grund wurde das zum «Abkommen» konnexe Amtshilfeersuchen als sog. «fishing expedition» betitelt,³²⁶ das auch den rechtlichen Vorgaben nicht genügen konnte. Wie SCHWEIZER treffend festhielt, wurden mit dem Abkommen den US-Steuerbehörden eine Beweisaufnahme «aufs Gerate-

316 Vgl. GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3387.

317 Wiedergegeben gemäss Darstellung in GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3387.

318 Vgl. GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3388.

319 Vgl. GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3387.

320 AS 2009 5669.

321 Vgl. GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3388.

322 GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3386 f.

323 Vgl. GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3388 f.

324 Vgl. Botschaft Abkommen UBS 2010, BBl 2010 2999.

325 S.a. SCHWEIZER, FS-Mastronardi, 83.

326 S.a. SCHWEIZER, FS-Mastronardi, 89; BEHNISCH, ASA 2009, 973 ff. m.Hinw.

wohl» zugestanden, zumal das Abkommen und dessen Anhang nur «research criteria» im Sinne einer Rasterfahndung vorgaben, was in Widerspruch zu Art. 28 Abs. 2 lit. d IRSG stand.³²⁷ Das Bundesgericht hat seine Prüfbefugnis in dieser Sache abgelehnt: Es handle sich nicht um Rechtshilfe, sondern um Amtshilfe, weshalb einzig das Bundesverwaltungsgericht zuständig sei.³²⁸

Auch vor dem Hintergrund des Gewaltentrennungsprinzips³²⁹ war das Abkommen nicht haltbar: Das zeigte sich im Besonderen an dem von schweizerischer Seite zugestandenem «Sicherungsmechanismus»³³⁰, d.h. der Zusage der Bearbeitung einer bestimmten Anzahl von Dossiers, namentlich die Erwartung, «dass die Anzahl der unter das Amtshilfegesuch fallenden laufenden oder saldierten Konten ungefähr 4'450 beträgt» (Art. 1 Ziff. 1) und dass «die ersten 500 Verfügungen innert 90 Tagen nach Eingang des Amtshilfegesuchs» (Art. 1 Ziff. 2) erlassen werden.³³¹ Solche Vorgaben vonseiten der Exekutiven an die Justiz sind nicht nur aussergewöhnlich, sondern auch problematisch. Allerdings habe, so wurde später von der GPK festgehalten, «die amerikanische Seite nicht auf eine Nennung der geschätzten Zahl der unter diese Kriterien fallenden Fälle verzichtet».³³² Tatsächlich hat das Bundesverwaltungsgericht später im Ergebnis in den allermeisten dieser 4 450 Fälle die Amtshilfefähigkeit abgelehnt, sodass schliesslich nur gerade 250 unter das Abkommen fallen sollten (dazu sogleich § 3.II.D.).

D. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts und Erhebung zum Staatsvertrag

1. Tatsächliches

Von den abkommensgemäss bis Ende November 2009 erlassenen über 500 Schlussverfügungen wurden – nur gerade – 26 beim Bundesverwaltungsgericht angefochten.³³³ Der Bund erklärte dies damit, dass sich zwischenzeitlich ein erheblicher Teil der von Amtshilfeersuchen betroffenen UBS-Kunden im Rahmen des «Voluntary-Disclosure»-Programms offengelegt habe, womit der Grund einer Anfechtung entfallen sei.³³⁴

Am 21. 1. 2010 hiess das Bundesverwaltungsgericht eine dieser 26 Beschwerden gut.³³⁵ Die Beschwerdeführerin war Berechtigte eines sog. «undisclosed (non-W-9) custody account» der Konstellation 2.A.b gemäss Anhang des Abkommens UBS 2010; m.a.W. bestand der Vorwurf der schweren Steuerwiderhandlung im Sinne der fortgesetzten Hinterziehung grosser Beträge.³³⁶ Gemäss Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sei in solchen Konstellationen die Amtshilfe insgesamt ausgeschlossen.³³⁷ Beim Amtshilfeabkommen handle es sich lediglich um eine Verständigungsvereinbarung (E. 5.5–5.8); diese könne

327 SCHWEIZER, FS-Mastronardi, 89; Das Bundesgericht hat seine Prüfbefugnis bezüglich dieses Vorwurfs allerdings abgelehnt.

328 BGE 137 II 128, E. 2.3.3; s.a. Art. 83 lit. h BGG in der damaligen Fassung: «Die Beschwerde ist unzulässig gegen: [...] Entscheide auf dem Gebiet der internationalen Amtshilfe».

329 S.a. SCHWEIZER, FS-Mastronardi, 94.

330 GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3388.

331 AS 2009 5670.

332 GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3388.

333 Botschaft Abkommen UBS 2010, BBl 2010 2981.

334 Botschaft Abkommen UBS 2010, BBl 2010 2981.

335 BVGer, 21. 1. 2010, A-7789/2009; krit. dazu COTTIER, ZSR 2011, 97 ff.

336 Botschaft Abkommen UBS 2010, BBl 2010 2981.

337 S.a. Botschaft Abkommen UBS 2010, BBl 2010 2981.

nur in Bezug auf im DBA nicht abschliessend definierte Begriffe eine gültige Einigung über eine gemeinsame Auslegung herbeiführen: Der in Frage stehende Begriff «Betrugsdelikte und dergleichen» werde zwar im DBA-USA 1996 selber nicht definiert, hingegen in Ziff. 10 des Protokolls umfassend umschrieben. Diese Umschreibung könne nicht durch eine Verständigungsvereinbarung modifiziert werden (E. 6.3 i.V.m. E. 5). Die entsprechende Ziffer definiere «Betrugsdelikte und dergleichen» abschliessend im Sinne von «Steuer- oder Abgabebetrug», d.h. es müsse stets ein *betrügerisches* Handeln vorliegen – schwere Steuerdelikte im Sinne der fortgesetzten Hinterziehung grosser Beträge könnten nicht unter diesen Begriff fallen, selbst wenn nach schweizerischem Recht ein Informationsdurchgriff des Fiskus möglich sei (E. 6.4.3).³³⁸

Das Urteil stellte die Umsetzung des Amtshilfeabkommens gesamthaft in Frage, zumal von den erfassten rund 4 500 Fällen etwa 4 200 zur Konstellation «fortgesetzte, schwere Steuerhinterziehung» (Abkommen UBS 2010, Anhang Ziff. 2.A.b oder 2.B.b) gehörten, womit in all diesen Fällen – entgegen der ausdrücklichen Verpflichtungen der Schweiz im Abkommen vom 19.8.2009 – Amtshilfeleistungen ausgeschlossen wären.³³⁹ Zulässig gewesen wäre damit lediglich ein Informationsaustausch in den verbliebenen rund 250 Fällen.³⁴⁰

Angesichts dessen wurde eine neuerliche Bedrohungslage darin gesehen, dass die USA sich auf den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 des Abkommens berufen würden, wonach jede Partei «angemessene Ausgleichsmassnahmen» ergreifen kann, sofern «370 Tage nach der Unterzeichnung dieses Abkommens die tatsächlichen und noch zu erwartenden Resultate bedeutend abweichen von dem, was zu diesem Zeitpunkt berechtigterweise im Hinblick auf den Zweck dieses Abkommen erwartet werden kann, und wenn das Problem nicht gemeinsam gelöst werden kann [...]»³⁴¹. Befürchtet wurde, die Ausgleichsmassnahmen könnten darin bestehen, dass die UBS durch ein amerikanisches Gericht zur Herausgabe der Daten von rund 4'450 Kontobeziehungen an die US-Steuerbehörde IRS verurteilt werden könnte und die Vollstreckung mittels sog. «subpoenas» durchgesetzt würde. Ausserdem drohte ein Wiederaufflammen des Risikos strafrechtlicher Sanktionen für die UBS, zumal erst die abschliessende Lösung im «John Doe Sommons» diese Bedrohungslage beenden konnte.³⁴² Befürchtet wurde schliesslich, dass sich die Bedrohungslage für den Schweizer Finanzplatz gesamthaft verschärfe, zumal die US-Behörden durch das freiwillige Offenlegungsprogramm laufend an Informationen gelangten und dadurch neue Rechtsrisiken in Form von weiteren unilateralen zivil- oder strafrechtlichen Massnahmen gegen schweizerische Banken und natürliche Personen drohten, die als Rechts- oder Finanzberater oder als Bankmitarbeiter an Steuerdelikten beteiligt waren.³⁴³ Diese wären, so die Einschätzung, umso grösser, je weniger die Schweiz ihre «Amtshilfeverpflichtungen»³⁴⁴ erfülle.

338 S.a. Botschaft Abkommen UBS 2010, BBl 2010 2982.

339 Botschaft Abkommen UBS 2010, BBl 2010 2982.

340 Botschaft Abkommen UBS 2010, BBl 2010 2982.

341 Art. 5 Ziff. 4 Abkommen UBS 2010.

342 Botschaft Abkommen UBS 2010, BBl 2010 2983.

343 Botschaft Abkommen UBS 2010, BBl 2010 2983.

344 Botschaft Abkommen UBS 2010, BBl 2010 2983. Die Terminologie in der Botschaft verdeckt, dass eine entsprechende Verpflichtung nur gerade im Aussenverhältnis («pacta sunt servanda», s.a. Art. 16 VRK), nicht aber im Innenverhältnis überhaupt zur Geltung kommen konnte.

Aus den genannten Gründen wurde eine Durchführung des Abkommens als «eindeutig im Interesse der Schweiz», letztlich als unumgänglich, betrachtet.³⁴⁵ Damit dies gelingen konnte, musste das Abkommen formell so angepasst werden, dass es nicht mehr als eine Verständigungsvereinbarung gelten würde, und es musste darüber hinaus als selbständiger Staatsvertrag von der Bundesversammlung gemäss Art. 166 Abs. 2 BV genehmigt werden.³⁴⁶

Um eine Aussetzung der bisherigen Verfahren zu verhindern, beschloss der Bundesrat gemäss Art. 7b RVOG die vorläufige Anwendung des völkerrechtlichen Vertrags. Möglich war das schon damals nur, wenn die Wahrung wichtiger Interessen des Landes und eine besondere Dringlichkeit es gebieten.³⁴⁷ Diese Voraussetzungen bejahte der Bundesrat mit folgender Begründung:

«Wegen der nach wie vor akuten Risikolage für die Schweiz insgesamt und die schweizerische Volkswirtschaft im Besonderen im Verhältnis zu den USA muss die Schweiz alles unternehmen, um den zuvor aufgezeigten Risiken [...] angemessen und zeitgerecht zu begegnen. Dies ist nur dann möglich, wenn die Schweiz ihren weiterhin verbindlichen Verpflichtungen aus dem Abkommen vom 19.8.2009 möglichst ohne Verzögerungen nachkommen kann. Die Ankündigung der zuständigen US-Behörden, Ausgleichsmassnahmen nach Artikel 5 Absatz 4 des Abkommens zu ergreifen, sollten nicht rasch wieder Schlussverfügungen erlassen und die entsprechenden Bankinformationen – nach der allfälligen Durchführung eines Beschwerdeverfahrens und mit Einverständnis der Betroffenen, solange die Genehmigung des Abkommens durch das Parlament noch nicht erfolgt ist – übermittelt werden, ist als ernst zu nehmendes, wahrscheinliches Szenario einzustufen. Ebenfalls ist damit zu rechnen, dass die US-Behörden in diesem Fall Massnahmen gegen andere Schweizer Banken einleiten könnten. Die einzig mögliche Lösung für das entstandene akute Problem ist die vorläufige Anwendung des Änderungsprotokolls bzw. die weitere Umsetzung des Abkommens».³⁴⁸

Bezüglich der besonderen Dringlichkeit berief sich der Bundesrat auf das Prinzip *pacta sunt servanda*, namentlich auf die VRK: Gemäss Art. 26 i.V.m. Art. 27 VRK könne sich die Schweiz nicht auf innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung des Vertrags zu rechtfertigen.³⁴⁹ Die eingegangene internationale Verpflichtung könne die Schweiz in den rund 4'200 Fällen fortgesetzter, schwerer Steuerhinterziehung nur auf Basis des (mit dem Änderungsprotokoll geschaffenen) revidierten Abkommens erfüllen: «Das zeitliche Erfordernis für die Gewährung des rechtlichen Gehörs, die Verarbeitung der entsprechenden Stellungnahmen sowie die grosse Fallzahl, welche verhindert, dass alle Verfahren gleichzeitig bearbeitet und abgeschlossen werden können, würden bei einem Verzicht auf die vorläufige Anwendung des revidierten Abkommens eine Einhaltung der Frist für

345 Botschaft Abkommen UBS 2010, BBl 2010 2985.

346 Botschaft Abkommen UBS 2010, BBl 2010 2985: «Das Abkommen steht mit der Genehmigung durch das Parlament bzw. mit der vereinbarten vorläufigen Anwendung (vgl. dazu unten, Ziff. 7) im schweizerischen Recht auf gleicher Stufe wie das geltende DBA-USA. Mittels formeller Anpassungen wird eindeutig klargestellt, dass es sich beim Abkommen nicht um eine blossе Verständigungsvereinbarung, sondern um einen selbständig anwendbaren Staatsvertrag handelt, welcher gemäss den Regeln von Artikel 190 BV für die rechtsanwendenden Behörden verbindlich ist».

347 Vgl. dazu auch Art. 152 Abs. 3^{bis} und Abs. 4 ParlG.

348 Botschaft Abkommen UBS 2010, BBl 2010 2988.

349 Botschaft Abkommen UBS 2010, BBl 2010 2988.

die Eröffnung sämtlicher Schlussverfügungen per Ende August 2010 verunmöglichen». Gestützt auf *dasselbe* Abkommen wurden in der Folge also wieder Daten geliefert. Mit anderen Worten: Die Lösung, der Problematik der gerichtlich erkannten Unzulässigkeit einer Vertragsanwendung zu begegnen, war: es trotzdem zu tun. Der Bundesrat gab sogar offen zu, dass «das Abkommen [...] bzw. das notwendig gewordene Vorgehen zur Genehmigung des Abkommens durch die Eidgenössischen Räte den Rahmen des Üblichen sprengt».³⁵⁰

2. Anmerkungen

Indem der Bundesrat nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts die Zuständigkeit des Parlaments anerkannt hatte, aber den völkerrechtlichen Vertrag gestützt auf Art. 7b RVOG vorläufig zur Anwendung brachte, setzte er sich über die Vorbehalte des Bundesverwaltungsgerichts hinweg.

Der Bundesrat war der Ansicht, dass eine vorläufige Anwendung zulässig sei, da die «Wahrung wichtiger Interessen der Schweiz und eine besondere Dringlichkeit» es gebiete. Dass der Bundesrat die Begründung der Dringlichkeit (*pacta sunt servanda* gemäss Art. 27 f. VRK)³⁵¹ auf Fakten abstützte, die er selber zuvor unzulässigerweise geschaffen hatte, erscheint einem Rechtsmissbrauch nicht unähnlich. Die Anforderungen von Art. 7b RVOG sodann gleichen denjenigen des verfassungsunmittelbaren Interessenwahrungs- und Notrechts gemäss Art. 184 Abs. 3 BV bzw. denjenigen von Art. 7c RVOG («Wahrung der Interessen des Landes»), der diese verfassungsunmittelbaren Instrumente konkretisiert. Anders als Art. 7c RVOG beschränkt sich Art. 7b RVOG sogar auf «die Wahrung *wichtiger* Interessen der Schweiz»,³⁵² womit die Anwendungsschranken jedenfalls nicht tiefer als beim verfassungsunmittelbaren Interessenwahrungs- und Notrecht sein dürften.

III. Dritter Akt: Peripetie

A. Erste Serie von «Bewilligungen nach Art. 271 StGB»

Es erstaunt nicht, dass die so erhobenen Daten zusammen mit zahlreichen Zeugenaussagen, die mitunter auch die zweifelhafte Geschäftstätigkeit belegten und die Implikationen weiterer Banken offenbarte (durch sog. «Abschleicher» bzw. «Leavers») bei den US-Behörden zum Drang nach weiteren Informationen führte. Noch im Jahr 2010 wurde eine Untersuchung gegen zahlreiche Schweizer Banken eröffnet.³⁵³

Der IRS ersuchte am 26.11.2011 um Amtshilfe, um die Namen amerikanischer Kunden von elf Banken ab dem Jahr 2000 zu erhalten.³⁵⁴ Am 9.12.2011 verlangte das DoJ direkt von den Banken die Übermittlung einer bestimmten Anzahl von Dokumenten, die auch Informationen zu im Crossborder Bereich tätigen Mitarbeitern enthielten, und drohte andernfalls mit einer Anklage.³⁵⁵ Kurz darauf empfahl das EJPD die Herausgabe bestimm-

350 Botschaft Abkommen UBS 2010, BBl 2010 2988.

351 Botschaft Abkommen UBS 2010, BBl 2010 2989.

352 Herv.d.V.

353 BStGer, 16.4.2014, BB.2012.133, A.

354 BStGer, 16.4.2014, BB.2012.133, A.

355 Zum Ganzen BStGer, 16.4.2014, BB.2012.133, A.

ter Daten auf dem Wege der Amts- bzw. Rechtshilfe, was indes daran scheiterte, dass die USA nicht bereit waren, die Immunität der Bankmitarbeiter zu gewährleisten,³⁵⁶ spricht: das Spezialitätsprinzip einzuhalten. Am 18.1.2012 entschied der Bundesrat, dass – vorläufig – Mitarbeiterdaten nur codiert herauszugeben sind. Im März 2012 verlangten mehrere unter amerikanischem Druck stehende Banken vom Bundesrat, ihnen eine intensivierte Kooperation zu erlauben, um ihre Interessen und – angeblich – die ihrer Mitarbeiter zu verteidigen. Erforderlich dazu war nicht weniger als die Möglichkeit der unbeschränkten Kooperation.³⁵⁷

Am 4.4.2012 verschickte das EFD an verschiedene Banken ein Schreiben, dessen Inhalt später wie folgt wiedergegeben wurde:

«Den in einem Verfahren mit den US-Behörden stehenden Schweizer Banken wird eine Bewilligung nach Artikel 271 Ziffer 1 des Strafgesetzbuchs zur Wahrung ihrer Interessen, insbesondere zur Darlegung ihres Geschäftsgebarens – einschliesslich (soweit erforderlich) damit zusammenhängender Daten über Bankmitarbeitende und Dritte, nicht aber Kundendaten – im grenzüberschreitenden US-Geschäft erteilt. Die Bewilligung ist befristet bis 31. März 2014 und kann auf Gesuch verlängert werden“ [sic]. Die Abwägung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit bleibt Sache jeder Bank».³⁵⁸

In der Folge wandte sich die FINMA offenbar an die Banken und empfahl, umfassend mit den amerikanischen Behörden zu kooperieren (öffentlich bekannt ist der Fall der HSBC³⁵⁹). Namentlich wurde von der FINMA erwogen:

«Entsprechend steht aus aufsichtsrechtlicher Perspektive einer direkten Lieferung von unrevidierten Mitarbeiternamen bzw. Namen von Drittparteien an US-Behörden nichts entgegen. [...] Die zivilrechtlichen Risiken (insbesondere Datenschutz und Arbeitsrecht) sind von der Bank zu beurteilen und entsprechend abzuwägen».³⁶⁰

Gestützt auf diese Grundlagen lieferten zahlreiche Banken, gegen die das DoJ die Eröffnung einer formellen Strafuntersuchung genehmigt hatte, entsprechende Daten ungeachtet der Bestimmungen zur Amts- und Rechtshilfe an die amerikanischen Behörden. Bemerkenswerterweise war in der Öffentlichkeit und selbst in den Rechtswissenschaften zunächst gänzlich unklar, worauf der Bundesrat seinen Bewilligungsentscheid abstützte: So wurde etwa von MOHLER³⁶¹ spekuliert, es sei erneut Notrecht bemüht worden. Eine diesbezügliche Auskunft wurde zunächst vom Bund ausdrücklich abgelehnt: «Aufgrund welcher Voraussetzungen der Bundesrat die Schweizer Banken ermächtigt hat, die Mitarbeiterdaten in die USA zu liefern, will [der Sprecher des SIF] nicht kommentieren».³⁶²

356 BStGer, 16.4.2014, BB.2012.133, A.

357 Vgl. BStGer, 16.4.2014, BB.2012.133, A: «[...] devaient en effet pouvoir collaborer pleinement [...]».

358 BStGer, 16.4.2014, BB.2012.133, B.

359 BStGer, 16.4.2014, BB.2012.133, B.

360 Vgl. BStGer, 16.4.2014, BB.2012.133, B.

361 MOHLER, Abbau Rechtsstaat, Ziff. 1, 2.d.

362 Vgl. NZZ, 18.4.2012, 27. Erst im Verlauf der Affäre stellte sich heraus, dass der Bundesrat seine Bewilligung auf Art. 271 StGB abstützte, vgl. nachfolgende Ausführungen § 3.III.–V.

B. Anmerkungen

Das Erteilen einer Bewilligung zur direkten Kooperation zwischen den betroffenen Banken und den US-Behörden erwies sich in vielerlei Hinsicht als problematisch. Die Herausgabe der geforderten Informationen über das Geschäftsgebaren inkl. umfangreicher Daten über Bankmitarbeitende und Dritte gegen deren Willen stellte eine offensichtliche Umgehung der bundesgesetzlichen und völkerrechtlichen Amts- und Rechtshilfebestimmungen dar (namentlich des IRSG, des RVUS, des DBA-USA 1996 sowie der dazugehörigen VO DBA-USA).³⁶³ Daran änderte nichts, dass die Übermittlung von Bankkundendaten explizit untersagt wurde, denn auch die übrigen Daten standen offensichtlich im Zusammenhang mit der Besteuerung von Personen sowie der Verfolgung von Steuerstraftaten.³⁶⁴

Eine solche direkte Kooperation ausserhalb der Regeln der Amts- und Rechtshilfebestimmungen erfüllte klarerweise den objektiven Tatbestand einer sog. verbotenen Handlung für einen fremden Staat gemäss Art. 271 StGB.³⁶⁵ Ferner dürfte durch die Herausgabe von Daten über aktuelle und ehemalige Bankmitarbeiter und Dritte nach einem Teil der Lehre auch der Tatbestand von Art. 273 StGB (wirtschaftlicher Nachrichtendienst) tangiert worden sein, zumal dieser Tatbestand gemäss der Lehre die aktuellen,³⁶⁶ richtigerweise aber auch ehemalige Arbeitnehmer³⁶⁷ und Geschäftspartner schützt.³⁶⁸ Eine Herausgabe ohne deren vorgängige Einwilligung wäre daher ausgeschlossen gewesen. Art. 47 BankG war insofern nicht betroffen, als die Bewilligung die (unumstritten von Art. 47 BankG erfassten) Bankkundendaten gerade nicht unmittelbar tangierte. Zu einem anderen Resultat kommt man, wenn man – wie zuweilen in der Lehre vertreten³⁶⁹ – Informationen über Mitarbeiter und Dritte, von denen eine Bank im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit Kenntnis erlangt, ebenfalls als Angriffsobjekt von Art. 47 BankG subsumiert.

Die eigentliche Problematik der Bewilligungen lag darin, dass ein öffentlichrechtliches Amts- bzw. Rechtshilfeverfahren durch eine Bewilligungsverfügung «privatisiert»³⁷⁰ wurde. Damit entfielen der Rechtsschutz im Rahmen der ordentlichen internationalen

363 Was offen zugegeben wird, s. nur RAAFLAUB, NZZ, 29.11.2013, 21; ähnlich MOHLER, Abbau Rechtsstaat, Ziff. 2; s.a. SCHWEIZER/MOHLER/GLUTZ, Jusletter 2013, N 3; MOLO/GIOVANOLI, Jusletter 2013, N 24 («völlig verwässert»); NIGGLI, AJP 2012, 891 f.

364 S.a. das spätere Urteil BVerwGer, 9.11.2016, A-1683/2016, E. 2.1.3; BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016, E. 2.1.

365 Vgl. zum Stand der damaligen Lehre und Rechtsprechung: BSK StGB³-HUSMANN, Art. 271 N 60 ff.; zusammenfassend zum aktuellen Stand: BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.1.1.

366 GL.M. MOHLER, Abbau Rechtsstaat, Ziff. 1 f., 4; NIGGLI, AJP 2012, 891; ROHNER/FURRER, ST 2013, 520; ROHNER/PETER, ST 2013, 738 («klar zu bejahen»); krit. auch MOHLER/GLUTZ, NZZ, 4.7.2013, 21. A.M. offenbar die Bundesanwaltschaft, vgl. BA, Nichtanhandnahmeverfügung, 16.8.2012 im späteren Verfahren BB.2012.133 vor BStGer, zit. bei BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 273 StGB N 26.

367 So ausdrücklich FISCHER/RICHA, pretrial discovery, 60; ebenso HENRICH, Obtaining Evidence, 62.

368 DSG Komm.-ROSENTHAL, Art. 273 StGB N 24 ff.

369 BSK BankG-STRATENWERTH, Art. 47 N 13; vgl. aber BStGer, 25.4.2013, BB.2012.133, E. 2.2.4.

370 So zu Recht und treffend MOHLER/GLUTZ, NZZ, 4.7.2013, 21; s.a. ROHNER/FURRER, ST 2013, 521.

Kooperation³⁷¹ sowie die damit zusammenhängenden Garantien, insbesondere das Spezialitätsprinzip, das Prinzip der langen Hand und der Grundsatz der Vertraulichkeit.³⁷² Mit dieser Privatisierung einher ging eine Aushebelung grund- und menschenrechtlicher sowie verfahrensrechtlicher Garantien: Betroffen waren insbesondere die Garantien zum Schutz der Privatsphäre und informationellen Selbstbestimmung (Art. 13 BV i.V.m. Art. 35 BV; Art. 8 EMRK; Art. 17 UNO-Pakt II), die persönliche Freiheit (Art. 10 BV), die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), aber auch der Anspruch auf Verfahrensbeteiligung, die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV; Art. 13 EMRK), das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 29 ff. BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 14 UNO-Pakt II) und strafrechtliche Garantien wie die Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur se ipsum accusare*, Art. 32 BV, Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II),³⁷³ der Grundsatz der Waffengleichheit sowie das Rückwirkungsverbot (Art. 7 i.V.m. Art. 14 EMRK; s.a. Art. 2 lit. a IRSG).³⁷⁴

Im gleichen Zug wurde mit der Aushebelung der Amts- und Rechtshilferegulungen ein Einfallstor für etliche weitere mögliche Rechtsverletzungen geöffnet. Mit dem gezielten Rückzug des Staates aus dem Bereich der öffentlichrechtlichen Amts- bzw. Rechtshilfe wurde in zahlreichen Bereichen ein Vakuum geschaffen, in dem die Datenübermittlung keiner staatlichen Legitimation mehr bedürfen soll, sondern umgekehrt die betroffenen Privaten deren Nichtlieferung klageweise gegenüber mächtigen Finanzinstituten gelten machen müssen.³⁷⁵ Insbesondere zu nennen sind datenschutzrechtliche Bestimmungen,³⁷⁶ ferner die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nach Art. 328 OR und die Schranken der Datenbearbeitung durch den Arbeitgeber nach Art. 328b OR.³⁷⁷ Als Folge mussten sich die einzelnen betroffenen Mitarbeiter oder Dritte gegen die Banken zur Wehr setzen, womit hohe Kosten und langwierige, komplexe Verfahren drohten. Dies nahmen nur die allerwenigsten auf sich. Hinzu kam, dass gewisse Banken sich mit Verweis auf Geheimhaltungspflichten weigerten, den Betroffenen Einsicht in die übermittelten bzw. zu übermittelnden Personaldaten zu geben.³⁷⁸ Selbst die vom EDÖB in dieser Angelegenheit pu-

371 Art. 80e IRSG, Art. 84 BGG; Art. 37 RVUS; ferner DBA-USA, VO DBA-USA (insbesondere Art. 20k); s.a. ROHNER/FURRER, ST 2013, 521.

372 Vgl. Art. 67 IRSG; Art. 26 DBA-USA; s.a. Art. 20 StAHiG; zum Ganzen bereits HUSMANN, AJP 2014, 667.

373 Die Banken wurden als Beauftragte in die Lage versetzt, zwar nicht unmittelbar Kundendaten, aber sämtliche anderen belastende Informationen ihrer Kunden herauszugeben; s.a. SCHWEIZER, FS-Mastronardi, 90.

374 S.a. MOHLER, Abbau Rechtsstaat, Ziff. 2a, 2b, 3a, 4b; SCHWEIZER/MOHLER/GLUTZ, Jusletter 2013, N 11; a.M. bzgl. *nemo tenetur* ROHNER/FURRER, ST 2013, 521.

375 HUSMANN, AJP 2014, 667.

376 Heute wäre insbesondere auch Art. 6 DSGVO tangiert.

377 MOHLER, Abbau Rechtsstaat, Ziff. 3b; s.a. SCHWEIZER/MOHLER/GLUTZ, Jusletter 2013, N 11; Art. 28 ff. ZGB.

378 Anzuführen ist, dass dieses Vorgehen inzwischen institutionalisiert wurde: Das StAHiG wurde kurz nach Inkrafttreten (am 1.2.2013, s.a. Botschaft StAHiG 2011) revidiert und ein Art. 21a StAHiG ergänzt, der im Zusammenhang mit der ordentlichen Amtshilfe genau dies legalisierte: Die Bestimmung sieht vor, dass die beschwerdeberechtigten Personen ausnahmsweise erst nach Übermittlung der Informationen informiert werden kann, wenn die ersuchende Behörde glaubhaft macht, dass der Zweck der Amtshilfe und der Erfolg ihrer Untersuchung durch die vorgängige Information vereitelt würden (Abs. 1). Informationsinhaber und Behörden, denen das Ersuchen zur Kenntnis gebracht wurde, können unter Strafandrohung (Busse bis zu 10 000 Franken) zum Stillschweigen verpflichtet werden (Abs. 3 und Abs. 4), vgl. Botschaft Änderung StAHiG 2013, BBl 2013 8378 f.

blizierte Empfehlung beschränkte die Wahrnehmung des Einsichtsrecht auf die «Räumlichkeiten der Bank» (EDÖB, Empfehlung, 15.10.2012, Ziff. 22), was dem datenschutzrechtlichen Auskunftsrecht nicht genügt (vgl. Art. 8 Abs. 5 DSG, Art. 1 Abs. 3 VDSG). Da- gegen wehrten sich Betroffene erfolgreich vor Gericht: Nicht nur wurde höchstrichterlich der Anspruch bestätigt, entsprechende Kopien zu erhalten,³⁷⁹ darüber hinaus wurden auch Datenlieferungen zivilgerichtlich untersagt.³⁸⁰ Das allein zeigt bereits, dass die Ein- haltung des Amts- und Rechtshilfeweges materiell kein juristischer Leerlauf, sondern un- abdingbar gewesen wäre. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass das Handeln des Bundesrates medial³⁸¹ und in der Doktrin³⁸² heftig kritisiert wurde.³⁸³

IV. Vierter Akt: Retardation

A. «Lex USA»

Infolge der so bewilligten Kooperation der Gruppe von Banken, gegen die bereits straf- rechtliche Untersuchungen eröffnet wurden, einerseits sowie der Selbstanzeigeopro- gramme für US-Bürger andererseits erlangte das DoJ immer mehr Informationen.³⁸⁴ In- volviert in den Steuerstreit wurden so nicht nur Banken, gegen die in den USA bereits ein Strafverfahren eröffnet wurde, sondern sämtliche Banken, die potenziell amerikanisches Recht verletzt hatten.³⁸⁵ Insbesondere verlangte das DoJ nunmehr auch die Lieferung von «generischen Daten» über die Schliessung von Konten sowie den damit zusammen- hängenden Geldtransfer auf andere Banken im In- oder Ausland («Leaver-Listen»)³⁸⁶ Die Behörden waren sich bewusst, dass derartige Datenlieferungen im Rahmen des gel- tenden Amts- bzw. Rechtshilferechts nicht möglich waren.³⁸⁷ Nicht ohne Grund stand be- reits die Praxis der Ausnahmebewilligungen massiv in der Kritik. Daher sollten die ent- sprechenden Kooperationshandlungen in Form eines Gesetzes autorisiert werden, unter Berücksichtigung der im Spiel stehenden Interessen.

Der Entwurf zu dieser sog. «Lex USA» sah die Schaffung einer allgemeinen und abstrak- ten Rechtsgrundlage vor, die allen Banken erlauben sollte, ihre Situation direkt – also aus- serhalb der Amts- bzw. Rechtshilfeordnung – mit den zuständigen amerikanischen Be- hörden zu regeln.³⁸⁸ Das Gesetz umfasste zur Hauptsache «eine Ermächtigung an die Schweizer Banken, den US-Behörden die nötigen Informationen zur Wahrung ihrer In-

379 BGer, I. ZA, 12.1.2015, 4A_406/2014. Über diese Empfehlung des EDÖB haben sich schon kurz darauf Gerichtsentscheide in Genf und Zürich hinweggesetzt und die Bank zur Aushändi- gung einer Kopie der übermittelten Daten verpflichtet, vgl. nur BezGer ZH, 14.10.2013, bestä- tigt mit Urteil OGER ZH, 28.2.2014, CG120124; s.a. SDA Meldung, 30.10.2013, Bankangestellte sollen bei Datenlieferung an die USA Kopie erhalten; Tagesanzeiger, 10.4.2014, Credit Suisse verliert Prozess gegen Mitarbeiter auch in zweiter Instanz, 37.

380 Vgl. Cour de Justice GE, Chambre civile, 13.12.2013, C/225/2013 [unveröffentlicht], E. 3.2.3.

381 Vgl. nur NZZ, 18.4.2012, 9; NZZ, 26.7.2012, 9; NZZ, 4.7.2013, 21.

382 Ausführlich unten Teil II, § 3.III.E.

383 BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 90.

384 Botschaft Lex USA 2013, BBl 2013 3950.

385 Botschaft Lex USA 2013, BBl 2013 3950.

386 Botschaft Lex USA 2013, BBl 2013 3951.

387 Ähnlich MOHLER, Abbau Rechtsstaat, Ziff. 2; s.a. SCHWEIZER/MOHLER/GLUTZ, Jusletter 2013, N 3; MOLO/GIOVANOLI, Jusletter 2013, N 24; NIGGLI, AJP 2012, 891 f.

388 Botschaft Lex USA 2013, BBl 2013 3952.

teressen zu liefern, einschliesslich der für den Abschluss eines «Deferred Prosecution Agreement» oder «Non Prosecution Agreement» eingeforderten «Leaver»-Listen sowie Angaben über Personen, die innerhalb einer Bank das grenzüberschreitende Geschäft mit US-Kunden organisiert, betreut oder überwacht haben, sowie Angaben über Dritte, die mit einer solchen Geschäftsbeziehung in einem Zusammenhang stehen».³⁸⁹ Als Nebenpunkt war eine «Regelung zum grösstmöglichen Schutz der von den Datenlieferungen betroffenen Bankmitarbeitenden»³⁹⁰ vorgesehen, namentlich in Form einer sozialpartnerschaftlichen Vereinbarung mit zwingenden Elementen hinsichtlich Informationspflicht, Auskunftsrecht, Übernahme bestimmter Anwaltskosten zur Wahrung der Interessen der betroffenen Mitarbeitenden sowie – im Zusammenhang mit Geschäftsbeziehungen zu US-Personen – der Schutz vor Diskriminierung und Entlassung. Während also über das *Verhalten* der Kunden, zwar ohne Namensnennung, umfassend Auskunft gegeben werden sollte, schloss die Botschaft die Lieferung von Kundendaten selbst kategorisch aus. Die Botschaft pries den Entwurf verklärend an als «Lösungsansatz», der ohne die Schaffung rückwirkenden Rechts oder ausserordentlicher Massnahmen nach Art. 184 Abs. 3 oder 185 Abs. 3 BV auskomme.³⁹¹

Gestützt auf Art. 165 Abs. 1 BV sollte das Bundesgesetz für dringlich erklärt werden. Begründet wurde dies (in bereits bekannter Rhetorik) damit, dass ohne die angestrebte Kooperation die Gefahr bestehe, dass der Steuerstreit wieder aufflamme, weitere Banken ins Visier genommen würden und damit die Schweiz eine weitere Eskalation riskiere, mit der Massnahmen einhergingen, «gegen die sie sich kaum zur Wehr setzen könnte und die für den Ruf und die Stabilität des Schweizer Finanzplatzes und der Schweizer Wirtschaft auf politischer und wirtschaftlicher Ebene schwerwiegende Folgen hätte».³⁹² Eine weitere Absicherung des Vorhabens bestand darin, das Gesetz auf ein Jahr zu befristen und damit gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. b BV dem fakultativen Referendum zu entziehen.

B. Anmerkungen

Juristische Ausgangslage der «Lex USA» war die Meinung, dass die Praxis der Einzelbewilligungen nicht für eine Globallösung taue. Die zentrale Problematik der ersten Serie von Bewilligungen – die Aussetzung der Voraussetzungen an die Amts- und Rechtshilfe – wurde dabei weitgehend ignoriert. Stattdessen beschränkte sich der Fokus auf das Datenschutzrecht sowie das Zivilrecht.³⁹³ Beispielhaft sei dazu ein Votum der damaligen Bundesrätin WIDMER-SCHLUMPF im Nationalrat zitiert:

«Der Datenschützer hat gesagt, man könne Einzelbewilligungen nach Artikel 271 des Strafgesetzbuches erteilen – das ist auch unsere Haltung, wir haben das letztes Jahr auch gemacht und aus dem Parlament zum Teil ziemlich erboste Reaktionen erhalten –, dann könne ein Institut kooperieren, dann könne es Leaver-Listen liefern. Was es aber nicht tun kann, ist, die Daten der Dritten und der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter herausgeben, die sich – ich sage das jetzt sehr zurückhaltend – nicht korrekt verhalten haben. Das kann es mit einer

389 Botschaft Lex USA 2013, BBl 2013 3952.

390 Botschaft Lex USA 2013, BBl 2013 3952.

391 Botschaft Lex USA 2013, BBl 2013 3952.

392 Botschaft Lex USA 2013, BBl 2013 3955 f.

393 Das mag insofern nicht erstaunen, als mit der Lex USA ja gerade die fehlende Rechtsgrundlage im Amts- und Rechtshilfe geschaffen werden sollte.

Bewilligung gemäss Artikel 271 des Strafgesetzbuches nicht tun, weil in Artikel 271 steht «unter Vorbehalt der Einhaltung des Datenschutzgesetzes und unter Vorbehalt der Einhaltung des Arbeitsrechtes», das heisst der Treuepflicht des Arbeitgebers».³⁹⁴

Abgesehen davon, dass in Art. 271 nichts dergleichen steht, zeigen die Ausführungen, wie panisch und unbedacht die Behörden damals argumentierten und handelten. Möglichst rasch musste ein Gesetz her:

«Der Datenschützer hat zu Recht eingegriffen und gesagt, das reiche nicht aus, da müsse die rechtliche Grundlage etwas verstärkt werden. Und das haben wir im Nachgang auch getan. Eine saubere rechtliche Grundlage würde es uns also ermöglichen, einen höchstmöglichen Schutz, eine höchstmögliche Rechtssicherheit zu erhalten und das Problem mit den USA nach so langer Zeit tatsächlich endlich einmal sauber zu lösen».³⁹⁵

Auch eine bundesrätliche Verordnung zur Wahrung der Interessen schloss die Justizministerin zu diesem Zeitpunkt aus:

«Eine bundesrätliche Verordnung, das habe ich Ihnen gesagt, reicht zum Teil, aber nicht vollständig. Es wird nicht möglich sein, das ganze Programm mit einem bundesrätlichen Vorgehen umzusetzen».³⁹⁶

Erklärtes Ziel der «Lex USA» war genau diese Globallösung zu ermöglichen, wobei gerade bezweckt wurde, Einzelfallprüfungen auszuschliessen. Explizit wurde dies in der BOTSCHAFT zur «Lex USA» zugegeben:

«Würde ein Gericht die Herausgabe ablehnen, was gerade im Falle von Dritten in gewissen Konstellationen trotz hohem öffentlichen Interesse nicht für jeden Fall im Voraus ausgeschlossen ist, könnte die betroffene Bank somit ihre Kooperationsverpflichtungen gegenüber dem DoJ nicht hinreichend erfüllen».³⁹⁷

Der Ständerat befürwortete das Gesetz mehrheitlich. Im Nationalrat hingegen überwogen Bedenken hinsichtlich rechtsstaatlicher Grundsätze sowie hinsichtlich eines Vertrauensverlustes in den Finanzplatz Schweiz, sodass der Rat zwei Mal gar nicht auf die Vorlage eingetreten war.³⁹⁸ In der Folge scheiterte die «Lex USA» am 19.6.2013 an den rechtsstaatlichen Bedenken.

In einer gleichlautenden, gemeinsamen Erklärung übertrugen sodann die beiden Räte die Verantwortung zum Handeln dem Bundesrat.³⁹⁹ Stellvertretend für die gleichlautende Erklärung des National- und Ständerates sei diejenige des Nationalrates wiedergegeben:

«1. Der Nationalrat hat die Gesetzesvorlage des Bundesrates zu den «Massnahmen zur Erleichterung der Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten» intensiv debattiert und ist zum Schluss gelangt, dass die Banken im Steuerstreit mit den USA ihre Vergangenheit bereinigen sollen. Er anerkennt die Notwendigkeit einer raschen Lösung.

394 BR WIDMER-SCHLUMPF im Nationalrat, AB S 2013 517.

395 BR WIDMER-SCHLUMPF im Nationalrat, AB N 2013 595.

396 BR WIDMER-SCHLUMPF im Nationalrat, AB N 2013 596.

397 Botschaft Lex USA 2013, BBl 2013 3951.

398 Vgl. AB N 2013 1108.

399 Vgl. SR, Erklärung Steuerstreit 2013, AB S 2013 597 f.; NR, Erklärung Steuerstreit 2013, AB N 2013 1109.

2. Der Nationalrat erwartet, dass der Bundesrat im Rahmen des geltenden Rechts alle Massnahmen ergreift, um die Banken in die Lage zu versetzen, mit dem Department of Justice zu kooperieren».⁴⁰⁰

Nur gerade zwei Wochen nachdem die bundesrätliche Botschaft zur «Lex USA» festhielt, dass ohne diese dringliche, gesetzliche Grundlage die verlangte Zusammenarbeit (insbesondere hinsichtlich der «Leaver-Listen») nicht möglich sei und weitere Anklagen drohten,⁴⁰¹ verweigerte das Parlament eine entsprechende Gesetzgebung und wies die Verantwortung an den Bundesrat zurück.

V. Fünfter Akt: Lysis

A. Musterverfügung zu einer «Bewilligung nach Art. 271 StGB»

Das Scheitern der «Lex USA» änderte nichts an der Ausgangslage, dass das DoJ in kurzer Frist eine erhebliche Datenmenge von den Schweizer Banken verlangte. Angesichts des Fehlens einer generell-abstrakten Grundlage entschied der Bundesrat, die vorangehende Praxis der Einzelbewilligung nach Art. 271 StGB weiterzuführen. Am 3.7.2013 erliess der Bundesrat, editiert durch das EFD, eine Musterverfügung für die Kooperation der Schweizer Banken mit den US-Behörden (vgl. Anhang 2 und 3).⁴⁰² Mit einigem Erstaunen wurde diese Lösung – nachdem vorweg nur (erneutes) Notrecht als Alternative zur «Lex USA» besprochen wurde – von der Öffentlichkeit zur Kenntnis genommen.⁴⁰³ Anders als noch die erste «Serie» von Verfügungen sah die Musterverfügung als einschränkenden Passus vor:

«Die Bewilligung entbindet [...] nicht von der Einhaltung der übrigen Bestimmungen des schweizerischen Rechts, insbesondere nicht von der Beachtung bestehender Geschäfts- und Bankkundengeheimnisse, der Bestimmungen über den Datenschutz und der Verpflichtungen als Arbeitgeberin».⁴⁰⁴

Am 29.8.2013 präsentierte der Bundesrat eine Lösung, deren Schlüsselement die bereits vorweggenommene Musterverfügung darstellte. Den Rahmen setzte ein sog. Joint Statement⁴⁰⁵ zwischen den USA und der Schweiz, worin die Teilnahme der Schweizer Banken am unilateralen US Programm⁴⁰⁶ festgelegt wurde. Ähnlich wie schon bei der «Lex USA» hielt der Bundesrat bzw. das EFD dieser Lösung fest:

«Sie respektiert die Schweizer Rechtsordnung, erlässt keine rückwirkenden Normen und kommt ohne Notrecht aus».⁴⁰⁷

Basierend auf der Musterverfügung sollten im Sinne einer Berechtigung umfangreiche Kooperationshandlungen – ähnlich wie in der «Lex USA» vorgesehen – für zulässig er-

400 NR, Erklärung Steuerstreit 2013, AB N 2013 1109.

401 Botschaft Lex USA 2013, BBl 2013 3948.

402 Wegleitung Musterverfügung 2013; s.a. NZZ, 4.7.2013, 1.

403 Vgl. NZZ, 4.7.2013, 9.

404 Vgl. EFD, Musterverfügung, Ziff. II.8.

405 Joint Statement 2013.

406 Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks.

407 EFD, 30.8.2013, Medienmitteilung.

klärt werden, namentlich die Übermittlung von: Angaben und Dokumentationen zu Geschäftsgebaren der Banken; Informationen zu Geschäftsbeziehungen zu Kunden, die einen Bezug zu einer US-Person (nach FATCA) haben; nicht-personalisierten Daten im Zusammenhang mit der Schliessung von Konten und dem damit verbundenen Transfer von Geldern auf eine andere Bank im In- oder Ausland («Leaver-Listen»); Personendaten von ehemaligen und gegenwärtigen Mitarbeitenden und Dritten.⁴⁰⁸ Im Gegenzug wurden folgende Pflichten vorgeschrieben: eine Informationspflicht 20 Tage vor Übermittlung gegenüber Banken, die auf «Leaver-Listen» erscheinen; eine Informationspflicht 20 Tage vor Übermittlung von Personendaten gegenüber Mitarbeitern und Dritten; eine Informationspflicht bzgl. des Klagerechts zum Schutz der Persönlichkeit (vgl. Art. 15 DSG) 10 Tage vor Übermittlung von Personendaten gegenüber Mitarbeitern und Dritten, sofern die Übermittlung gegen den Willen der Betroffenen vorgesehen ist; der Abschluss einer Vereinbarung mit den Personalverbänden für den «höchstmöglichen Schutz» für die Mitarbeiter (Konkretisierung der Fürsorgepflicht, Übernahme Anwaltskosten, Härtefallregelung, Diskriminierungsschutz, Entlassungsschutz).⁴⁰⁹ Wiederum wurde eine Befristung der Bewilligung (auf ein Jahr) vorgesehen, allerdings mit der Möglichkeit einer Verlängerung auf begründetes Gesuch hin.⁴¹⁰

B. Anmerkungen

Die juristische Bewertung der Musterverfügung stimmt in weiten Teilen überein mit der Problematisierung der ersten Serie von Bewilligungen im April 2012 (vgl. oben § 3.III.B). Erneut lag eine offensichtliche Umgehung der Regeln über die Amts- und Rechtshilfe vor, womit wiederum der Rechtsschutz im Rahmen der ordentlichen internationalen Kooperation,⁴¹¹ sowie die damit zusammenhängenden Garantien, insbesondere das Spezialitätsprinzip, ausgehebelt wurden. Ebenso betroffen waren der Tatbestand der verbotenen Handlung für einen fremden Staat gemäss Art. 271 StGB sowie der Tatbestand von Art. 273 StGB. Und wieder führte die «Privatisierung» der Amts- und Rechtshilfe zu einer Aushebelung grund- und menschenrechtlicher sowie verfahrensrechtlicher Garantien.

Daran änderte der Hinweis im Rahmen der Musterverfügung nichts, dass die Bewilligung nicht von der Einhaltung der übrigen Bestimmungen des schweizerischen Rechts entbinde (insb. Geschäfts- und Bankkundengeheimnisse, Datenschutzbestimmungen und Verpflichtungen als Arbeitgeber). Ebenso wenig konnten die in diesem Zusammenhang gemachten Auflagen betreffend Informationspflicht sowie betreffend sozialpartnerschaftliche Vereinbarung mit den Personalverbänden die Problematik entschärfen. Geradezu zynisch wirkte die kurze Frist von 10 Tagen zur vorrangigen Information der Betroffenen, wenn man bedenkt, seit wie vielen Monaten und mit welchem Personalaufwand gewisse Finanzinstitute ihre Datenbanken durchkämmten, um dem US Programm gerecht werden zu können. Der sozialpartnerschaftliche Fonds betreffend die Übernahme der Anwaltskosten wurde sodann gerade nicht für die so erforderlichen Klagen der Betroffene-

408 Vgl. EFD, Musterverfügung, Dispositiv.

409 Vgl. EFD, Musterverfügung, Ziff. II.11., Dispositiv.

410 EFD, Musterverfügung, Ziff. II.11.

411 Art. 80e IRSG, Art. 84 BGG; Art. 37 RVUS; ferner DBA-USA, VO DBA-USA (insbesondere Art. 20k); s.a. ROHNER/FURRER, ST 2013, 521.

nen gegen ihre (möglicherweise aktuellen) Arbeitgeber vorgesehen, sondern lediglich für die Verfahren vor amerikanischen Behörden.

Die Auflagen gingen vor allem inhaltlich an der Sache vorbei: Das Problematische an dieser Bewilligungsform war nicht nur die Befürchtung, dass Arbeitgeber im Rahmen einer wilden Kooperation Datenschutzbestimmungen nicht einhalten könnten oder dass Betroffene nicht rechtzeitig eine Zivilklage erheben könnten. Das Problem war – bzw. ist – im Kern, dass die Schweiz damit die Ausübung fremder staatlicher Interessen in der Schweiz gutgeheissen hat, sich ihrer Pflicht, diese zu unterbinden oder zu moderieren, entzieht und damit die ihrer Rechtsordnung unterstellten Rechtssubjekte ihrer eigenen Ohnmacht gegenüber ausländischer Druckausübungen und Gewalt überlassen hat.

Eine Reduktion des Problems auf den Bereich des Zivil- und Datenschutzrechts wäre im Rahmen der «Lex USA» noch eher nachvollziehbar gewesen, zumal hier ja gerade eine – wenn auch nicht unproblematische und höchst aussergewöhnliche – gesetzliche Grundlage zur Leistung von Amts- bzw. Rechtshilfe geschaffen worden wäre. Demgegenüber erscheint dies offensichtlich unzulässig in einer Konstellation, wo eine hinreichende rechtliche Grundlage für die internationale Kooperation gerade fehlt.

Als perfide muss sodann auch die Regelung zur Herausgabe von «Leaver-Listen» bewertet werden. Zu liefern waren gemäss dem US Programm sämtliche erforderliche Daten von sog. «Abschleichen», ausgenommen waren ausdrücklich nur «persönliche Identifikationsmerkmale des Bankkunden (Name, Adresse, Sozialversicherungsnummer, Kontonummer)». ⁴¹² Um zu verstehen, was dies bedeutete, muss die vorangehende Entwicklung im Bereich der Steueramtshilfe betrachtet werden. Kurz zuvor hatte nämlich das Bundesverwaltungsgericht seine Rechtsprechung dahingehend angepasst, dass Amtshilfe auch zu leisten sei, ohne dass ein Name genannt würde, sofern bestimmte Muster gegeben seien, ⁴¹³ was das Bundesgericht im Rahmen eines Leitentscheides schützte. ⁴¹⁴ Genau diese Muster sollten die Banken nun an die amerikanischen Behörden in Form der «Leaver-Listen» übermitteln: «Nicht geliefert und auch nicht verlangt werden die Namen der betroffenen US-Personen; solche Informationen können die USA nur gestützt auf das geltende DBA erhalten. Hingegen sollen die Banken im Rahmen der Kooperation den USA die für ein Gruppensuchen notwendigen Informationen liefern». ⁴¹⁵ Es erscheint offensichtlich, dass damit die Schranken des Amts- und Rechtshilferechts zur Farce wurden.

Verkehrt ist auch die Wahl des formellen Instrumentes: Bereits der Begriff der «Musterverfügung» verwies auf ein Muster, also auf ein immer gleiches Schema, und indizierte damit, dass eine Vielzahl von Fällen gleichbehandelt werden sollten. Vor diesem Hintergrund musste klar vom Erfordernis einer generell-abstrakten Grundlage ausgegangen werden, ⁴¹⁶ grundsätzlich also einer formell-gesetzlichen Grundlage. Bei Fehlen einer

412 Vgl. US Program, einsehbar unter: <http://www.justice.gov/iso/opa/resources/7532013829164644664074.pdf>, abgerufen am 7.12.2020, sowie EFD, Wegleitung Musterverfügung 2013, Ziff. II.2.

413 Vgl. BVGer, 13.3.2013, A-6011/2012.

414 BGE 139 II 404 E. 7.

415 So ROHNER/FURRER, ST 2013, 516 f.; s.a. HGer ZH, 14.1.2016, ZR 2016, Nr. 76, E. 6.4 f.

416 Siehe dazu auch BGE 132 I 229 E. 4.4: «Telle que libellée, la décision du 15 décembre 2003 peut s'appliquer à une pluralité de personnes et à différents biens. Elle présente dès lors un caractère général et abstrait, qui aurait dû conduire à ce qu'elle prenne la forme de l'ordonnance [...] il s'agit donc bien d'une ordonnance»; HUSMANN, AJP 2014, 669 Fn 90.

Rechtsgrundlage – was offenbar der Fall war – wäre eine solche generell-abstrakte Regelung überhaupt nur als Interessenwahrungs- oder Notverordnung in eine juristische Form zu bringen gewesen.

Schliesslich hat sich die Befristung auf ein Jahr als Augenwischerei erwiesen: Die Bewilligungen wurden in der Folge teilweise offenbar für mehrere Jahren verlängert, bekannt ist etwa eine Verlängerung um fast 5 weitere Jahre.⁴¹⁷ Im Rahmen des Interessenwahrungsrechts- sowie Notrecht wäre dies unzulässig, die Verordnungen sind hier auf eine Maximaldauer von 4 Jahren bzw. 6 Monaten (vgl. Art. 7c Abs. 2, Art. 7d Abs. 2 RVOG) beschränkt.

⁴¹⁷ Vgl. den Sachverhalt in BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016 betreffend die Verlängerung einer am 28.3.2014 erteilten Bewilligung bis zum 31.12.2019.

§ 4

Die «Bewilligungen nach Art. 271 StGB» als Kulminations- und Wendepunkt in der internationalen Zusammenarbeit

I. Zentrale Aspekte der Entwicklung des Steuerstreites mit den USA

Fasst man die zentralsten Aspekte der dargestellten Entwicklung im Steuerstreit zusammen, so lässt sich Folgendes herauskristallisieren:

Zur Rettung einer sog. systemrelevanten Bank hat der Bundesrat die gesetzlichen Grundlagen zum Finanzhaushalt ausgesetzt (Art. 62 Abs. 2 FHG) und selbst dringliche Kreditverfahren umgangen (Art. 28 aFHG i.V.m. Art. 32 Abs. 2 aFHG), um am Parlament vorbei mittels einer *Notverordnung* gestützt auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV eine einigermaßen unsichere Milliardenverpflichtung einzugehen.

Nachdem derselben Bank eine Anklageerhebung in den USA drohte, ordneten die Bundesbehörden – diesmal die FINMA – die Herausgabe einer erheblichen Anzahl Kundendaten an. Es bedurfte eines höchstrichterlichen Urteils, um festzustellen, dass auch diesmal die Ausserkraftsetzung weiter Teile der Rechtsordnung, insbesondere das BankG, strafrechtliche Bestimmungen sowie die Amts- und Rechtshilfebestimmungen, nur gestützt auf *Notrecht bzw. die Polizeigeneralklausel* legitim sein konnten.

Um das als Angriff auf die Souveränität der Schweiz empfundene Handeln der amerikanischen Behörden zu bekämpfen, wurde in der Folge – wiederum gestützt auf *Interessenwahrungs- bzw. Notrecht* (Art. 184 Abs. 3 BV) – eine fallspezifische Polizeikompetenz zur Dokumentenbeschlagnahme oder zu Zugangsbeschränkungen zu den Informatiksystemen geschaffen.

Um dennoch eine Lösung bzgl. der Kooperationsforderungen amerikanischer Behörden zu finden, bezweckte der Bundesrat mit einem Staatsvertrag die Gerichte in zeitlicher und quantitativer, aber auch in materieller Hinsicht (betreffend die Auslegung von Art. 26 DBA) zu binden. Nachdem das Bundesverwaltungsgericht dieses Vorgehen disqualifiziert hatte, umging derselbe Bundesrat die rechtsstaatlichen Einwände, indem er das Abkommen zwar als Staatsvertrag dem Parlament vorlegte, es aber wiederum gestützt auf ein dem *Interessenwahrungs- bzw. Notrecht äquivalentes* Instrument (Art. 7b RVOG) zwischenzeitlich vorläufig zur Anwendung brachte.

Diese so erhobenen Daten stillten das Informationsbedürfnis der US-Behörden nicht, sondern verstärkten dieses vielmehr. Als im Jahr 2010 die US-Behörden eine Untersuchung gegen zahlreiche Schweizer Banken eröffneten, gerieten zusätzlich die ins Cross-border-Banking involvierten Mitarbeiter und Dritte in den Fokus der US-Behörden. Die in der Folge verlangten Datenlieferungen stellten die Schweiz vor grösste Probleme. Es war offensichtlich – das wurde später offen zugegeben –, dass diese wiederum «der Besteuerung einzelner Personen bzw. der Verfolgung von Steuerstraftaten dienen»⁴¹⁸ sollten.

⁴¹⁸ So explizit auch BVerwGer, 9.11.2016, A-1683/2016, E. 2.1.3.

Die Leistung von Amts- und Rechtshilfe schloss das damals geltende Recht im Bereich der Verkürzung fiskalischer Abgaben aber gerade weitgehend aus. Ein erneuter Rückgriff auf Interessenwahrungs- und Notrecht erschien politisch ausgeschlossen.

Die Lösung des Problems wurde schliesslich darin erblickt, gestützt auf Art. 271 StGB eine *ausserordentliche* internationale Kooperation zu erlauben. Damit wurde nicht nur die Geltung einer Strafnorm aufgehoben, sondern auch für einen ganzen Sektor einzel-fallweises Amts- und Rechtshilferecht geschaffen und damit die involvierten Banken zu hoheitlichem Handeln ermächtigt.

Zugleich erweiterte sich das Bild der amerikanischen Behörden zunehmend, in den Fokus gelangten nun grundsätzlich alle schweizerischen Banken. Um dieser Tatsache Rechnung zu tragen und den rechtsstaatlichen Bedenken dieser Bewilligungspraxis entgegen zu wirken, sollte ein Kooperationsgesetz («Lex USA») im *Dringlichkeitsverfahren* geschaffen werden. Nachdem sich zeigte, dass ein solches Gesetz nicht mehrheitsfähig sein würde, verzichtete das Parlament auf die Vorlage. Zugleich betonte es die Wichtigkeit einer Lösung, gab damit seine Zustimmung zum bundesrätlichen Handeln und erklärte mithin auch die öffentlichen Interessen an der Kooperation für erheblich.

In der Folge griff der Bundesrat auf seine bereits erprobte Bewilligungspraxis zurück und etablierte mittels einer generell-abstrakten Musterverfügung die Praxis massenhafter «Bewilligungen nach Art. 271 StGB». Wiederum wurden damit die Geltung einer Strafnorm aufgehoben, einzel-fallweises Amts- und Rechtshilferecht geschaffen und zu hoheitlichem Handeln ermächtigt, und damit auch in zahlreiche rechtlich geschützte Positionen eingegriffen und gesetzliche Normen aufgehoben.

II. Die besondere Rolle der «Bewilligungen nach Art. 271 StGB»

Die vorangehende zusammenfassende Darstellung zeigt auf, wie sich die Entwicklung im Steuerstreit mit den USA immer mehr zuspitzte. Die wesentlichen Antriebspunkte dieser Entwicklung blieben dabei stets dieselben: Ein grenzüberschreitendes Informationsbedürfnis auf der einen Seite, das im Rahmen der geltenden Schweizer Rechtsordnung sowie der herrschenden Amts- und Rechtshilfebestimmungen und Strafbestimmungen auf der anderen Seite nicht befriedigt werden konnte.

Nach wiederholter Anwendung von Interessenwahrungs- und Notrecht erschien eine Lösung des Dilemmas ausserhalb des Weges der Gesetzgebung ausgeschlossen. Letztlich scheiterte auch dieser Versuch («Lex USA»), während sich der internationale Druck immer mehr verstärkte und sich die Lage landesintern zunehmend anspannte.

Eine wilde Kooperation nach dem Scheitern der «Lex USA» hätte grundsätzlich sämtliche eingangs genannten Schranken des rechtlichen Settings tangiert bzw. verletzt: Die Souveränität und Territorialität als völkerrechtliche Schranken, Amts- und Rechtshilferegeln, Strafbestimmungen zum Schutz der Souveränität und Gebietshoheit, die Bestimmungen zum Geheimnisschutz und Datenschutz etc. Aus diesem Dilemma erschien ein Ausweg – ausserhalb von Notrecht – ausgeschlossen.

All diese Probleme und Schranken konnte der Bundesrat – scheinbar – mit der Erteilung der «Bewilligungen nach Art. 271 StGB» beheben. Die vom Bundesrat gewählte Lösung schien elegant, sie kam angeblich ohne Rückgriff auf die verfassungsunmittelbare Interessenwahrung- und Notrechtskompetenz aus. Doch warf die Lösung Fragen auf: Wie konnte es sein, dass, was verboten war, durch die Exekutive ganz einfach erlaubt wurde?

Dass eine Kooperation, die von der Amts- und Rechtshilfe explizit ausgeschlossen wurde, erlaubt wurde? Dass ohne Gesetz Rechte und Pflichten auf Private übertragen wurden? Die Banalität einer solchen Lösung erscheint zu simpel.

Tatsächlich waren auch der Bundesrat und die Politik gleichzeitig im Hintergrund darum bemüht, ihre erwogenen und tatsächlich ergriffenen Massnahmen einer kritischen Prüfung zu unterziehen und langfristig auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen. Dies sollte primär in einem Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz (ZSSG) geschehen, ferner wurden einzelne operative Massnahmen auch in das Nachrichtendienstgesetz integriert. Diese legislatorischen Bemühungen stellten gewissermassen einen gesetzgeberischen Appendix zur dargelegten Entwicklung dar, weshalb sie zum Abschluss des vorliegenden Teil I kursorisch betrachtet werden.

III. Entwurf eines Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetzes von 2013

A. Übersicht und Motive

Bereits vor dem Erlass der ersten Serie von «Bewilligungen nach Art. 271 StGB» im Steuerstreit wurden innerhalb der Bundesverwaltung Stimmen laut, die unter Verweis auf das Legalitätsprinzip die Normierungs- und Regelungsbedürftigkeit der Amtshilfe betonten.⁴¹⁹ SUSANNE KUSTER, damals Direktionsadjunktin im BJ in Bern, wies 2010 in einer Vorstudie für ein Souveränitätsschutzgesetz darauf hin, dass im Bereich der internationalen Kooperation eine verwaltungsrechtliche Auffangregelung fehlt, wenn keine spezifischen Amts- oder Rechtshilfenormen anwendbar sind.⁴²⁰ Sie sprach sich dezidiert für die Schaffung einer solchen Auffangregelung aus.⁴²¹

Das Erfordernis gesetzlicher Grundlagen wurde auch von einer interdepartementalen Arbeitsgruppe unter Federführung des BJ festgestellt, welche die geltende Bewilligungspraxis nach Art. 271 StGB untersuchte.⁴²² Ebenso folgte Regelungs- und Reformbedarf aus dem Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrates und des Ständerates vom 30. 5. 2010 unter dem Titel «Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA».⁴²³ Und schliesslich verlangte auch eine überwiesene Motion der FDP-Fraktion explizit die Ausarbeitung eines «Souveränitätsschutzgesetzes».⁴²⁴

Vermutlich nicht zufällig im Februar 2013 – kurz nach Erteilung der ersten Serie von Bewilligungen – wurde schliesslich ein Entwurf für ein Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetzes (E ZSSG) präsentiert.⁴²⁵ Das Gesetz hätte u.a. bezwecken sollen, eine gesetzliche Grundlage für die Erteilung derartiger Bewilligungen zu schaffen und darin ausreichend bestimmte Kriterien gesetzlich zu verankern und verfahrensrechtliche Ver-

419 Vgl. WYSS, Gesetzgebungsbedarf, 235.

420 KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz, III.

421 KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz, III, 18, 21, 23 ff.

422 KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz, 2 Fn 2; BR, Bericht E ZSSG 2013, 9.

423 GPK-NR/SR, Bericht 2010.

424 Vgl. BR, Bericht E ZSSG 2013, 4.

425 E ZSSG.

besserungen vorzuschlagen.⁴²⁶ Die Problematik, der mit dem Gesetz begegnet werden sollte, wurde darin wie folgt umschrieben:

«Einerseits hat die Schweiz ein vitales Interesse an einer reibungslosen und von gegenseitigem Vertrauen geprägten Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden, um öffentliche Aufgaben wirkungsvoll erfüllen zu können und Anliegen zu verwirklichen, welche die Schweiz mit dem Ausland und der Völkergemeinschaft teilt. [...] Andererseits kann die Zusammenarbeit nur in gesetzlich oder staatsvertraglich klar definierten Bahnen verlaufen».⁴²⁷

Als zentrales Problem erkannte der Erläuternde Bericht zum E ZSSG, den der Bundesrat in der Vernehmlassung schickte, dass die verschiedenen Formen von Souveränitätsverletzungen vor allem auf den extraterritorialen Folgen der Rechtsordnungen sowie Massnahmen ausländischer Staaten gründeten, wobei derartige Souveränitätsverletzungen nicht mehr als ausserordentliches oder unvorhersehbares Phänomen bezeichnen werden könnten.⁴²⁸ Rechtsstaatlich sei insbesondere nicht befriedigend, wenn «für die Abwehr von Souveränitätsbeeinträchtigungen durch ausländische Amtshandlungen auf verfassungsunmittelbare Verfügungen oder Verordnungen des Bundesrates zurückgegriffen werden muss».⁴²⁹ In konsequenter Aufarbeitung der geltenden Praxis im Lichte des Legalitätsprinzips kam der Bericht sodann zum Schluss, dass das Strafgesetzbuch nicht die Rechtsgrundlage für «Bewilligungen nach Art. 271 StGB» darstellen könne.⁴³⁰

B. Ausgewählte Aspekte der Vorlage

Aus dieser Erkenntnis wurde das Postulat abgeleitet, dass eine Berechtigung zur Vornahme von Kooperationshandlungen nur auf einem Gesetz, einem völkerrechtlichen Vertrag, einer Verordnung des Bundesrates oder einer Bewilligung in Form einer Verfügung beruhen könne. Dies wurde in Art. 16 Abs. 2 E ZSSG explizit statuiert. Die gesetzliche Grundlage zum Erlass einer Bewilligung ohne spezialgesetzliche oder völkerrechtliche Grundlagen sollte dabei mit dem E ZSSG erst geschaffen werden.

Die Vorlage widmete einen ganzen Abschnitt den verbotenen Handlungen für einen fremden Staat. Unter dem Titel «3. Abschnitt: Berechtigung zur Vornahme von Handlungen für eine ausländische Behörde» konkretisierte der Gesetzesentwurf, für welche Handlungen eine Berechtigung nötig sei und für welche nicht; darüber hinaus regelte die Vorlage eingehend die Erteilung einer Bewilligung. Festgelegt wurden insbesondere die Zuständigkeit (Art. 21 E ZSSG), die Bewilligungskriterien (Art. 22 E ZSSG) und der Rechtsschutz (Art. 25 E ZSSG). Art. 22 fasste die Bewilligungskriterien wie folgt zusammen:

«Art. 22 Bewilligungskriterien

¹ Die zuständige Behörde nimmt bei der Beurteilung von Gesuchen um Bewilligungserteilung eine Interessenabwägung vor. Sie berücksichtigt dabei:

426 BR, Bericht E ZSSG 2013, 5.

427 BR, Bericht E ZSSG 2013, 6.

428 BR, Bericht E ZSSG 2013, 43.

429 BR, Bericht E ZSSG 2013, 6.

430 BR, Bericht E ZSSG 2013, 46.

- a. öffentliche Interessen wie:
 - 1. die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit und insbesondere die Einhaltung internationaler Verpflichtungen,
 - 2. das aussenpolitische Interesse an einer wirkungsvollen Zusammenarbeit mit der Staatengemeinschaft und insbesondere mit den wichtigsten Handelspartnern der Schweiz,
 - 3. die Auswirkungen auf die Volkswirtschaft insgesamt oder auf einzelne Wirtschaftszweige;
- b. private Interessen der betroffenen Personen wie:
 - 1. den gesetzlichen Schutz von Geheimnissen,
 - 2. die Verteidigungsmöglichkeiten im ausländischen Verfahren,
 - 3. wirtschaftliche oder andere schützenswerte Interessen.

² Sie verweigert die Bewilligung, wenn das Interesse am Schutz der schweizerischen Rechtsordnung und der Souveränität gegenüber den anderen öffentlichen oder privaten Interessen überwiegt.⁴³¹

Deutlich erkennbar ist darin zwar das Bemühen, die geltende Praxis der «Bewilligungen nach Art. 271 StGB» auf eine erforderliche gesetzliche Grundlage zu stellen. Allerdings erschien die Bestimmung durchwegs problematisch, weil sie sich im Wesentlichen damit begnügte, das schiere Ermessen des Bundesrates und der Bundesverwaltung im Rahmen der bisherigen Praxis in ein Gesetz zu giessen. Vor diesem Hintergrund erschien die von Art. 22 E ZSSG vorausgesetzte Interessenabwägung tatsächlich als «skandalöse Leerformel».⁴³² Offenkundig wurde der Geist der Vorlage durch Art. 22 Abs. 2 E ZSSG. Dieser sah explizit vor, dass öffentliche oder private Interessen den Schutz der schweizerischen Rechtsordnung im Einzelfall hätten überwiegen können. Eine solche Opferung von Rechtsstaatlichkeit zugunsten von Politik oder Wirtschaft unterschied sich «strukturell nicht von einem terroristischen Akt».⁴³³

C. Stilles Scheitern

Nach einem jahrelangen Prozess der Entwicklung und Ausarbeitung des Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetzes gab das EJPD im Februar 2015 in einer lakonischen Medienmitteilung bekannt, dass auf das Gesetzgebungsprojekt verzichtet werde. Begründet wurde dies zur Hauptsache damit, dass man im Rahmen einer intensivierten internationalen Zusammenarbeit zwischen Verwaltungsbehörden in jenen Bereichen, wo es Lücken und Defizite gab, gesetzliche oder staatsvertragliche Lösungen für eine Vereinfachung der Zusammenarbeit gefunden habe und zudem offene Fragen im Zusammenhang mit Bewilligungen von Amtshandlungen zugunsten ausländischer Behörden geklärt habe.⁴³⁴ Aus diesem Grund könne auf ein Gesetz verzichtet werden. Der tatsächliche

⁴³¹ Art. 22 E ZSSG.

⁴³² NIGGLI/HUSMANN, Vernehmlassung E ZSSG, 4.

⁴³³ Vgl. so bereits NIGGLI/HUSMANN, Vernehmlassung E ZSSG, 7.

⁴³⁴ BR, 11.2.2015, Medienmitteilung.

Grund wurde nur halbherzig erwähnt: «Eine gesetzliche Lösung rechtfertigt sich seiner Meinung nach umso weniger, als der Konsens zum Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz bereits in der Vernehmlassung fragil war».⁴³⁵ Die verklausulierte Formulierung kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass auf das ZSSG nicht eigentlich verzichtet wurde, sondern dieses vielmehr gescheitert war.

Man mag beruhigt sein über das Scheitern eines Gesetzes, das grösste exekutive Beliebigkeit in rechtliche Normen gegossen hätte. Andererseits fehlt damit weiterhin eine allgemeine (Auffang-)Gesetzgebung im Bereich der internationalen Kooperation. Mit dem Scheitern des ZSSG herrscht mithin der status quo ante.⁴³⁶ Bereits die Begründung der Nicht-Weiterverfolgung des Gesetzesprojekts indizierte, dass damit die bisherige Praxis nicht aufgegeben, sondern fortgesetzt werden sollte. Tatsächlich wurden in der Folge weiterhin «Bewilligungen nach Art. 271 StGB» erteilt⁴³⁷ und diese Form der Bewilligung bekräftigt⁴³⁸.

IV. Das Nachrichtendienstgesetz (NDG) von 2015

Einigen besonderen Aspekten des später gescheiterten Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetzes wurde auch im Rahmen der Schaffung eines Gesetzes über den Nachrichtendienst Rechnung getragen. Mit dem Entwurf eines Nachrichtendienstgesetzes sollte nach dem Willen des Bundesrates u.a. auf «die veränderten Risiken und neue Bedrohungen» reagiert werden.⁴³⁹ Das in der Herbstsession 2015 beschlossene Nachrichtendienstgesetz (NDG) erteilte dem NDB – dem europäischen Trend folgend – weitreichende operative Kompetenzen: Der nachrichtendienstliche Fokus wandte sich von der defensiven Gefahrenabwehr ab, hin zur offensiven Geheimdiensttätigkeit.

Dabei kommt im NDG die veränderte rechtliche und politische Bewertung der Zusammenarbeit mit dem Ausland bzw. des Umganges mit ausländischer Druckausübung deutlich zum Ausdruck. Das NDG sollte gemäss Botschaft explizit zur Unterstützung der schweizerischen Aussenpolitik etwa bei «aussenpolitischen Krisenlagen, heiklen Verhandlungen oder diplomatischen Drucksituationen», aber auch zum Schutz des Werk-, Wirtschafts- und Finanzplatzes eingesetzt werden, «bei wirtschaftspolitisch motivierten Druckausübungen gegen bestimmte Wirtschaftszweige von nationaler Bedeutung».⁴⁴⁰

Just in diesem Zusammenhang weitet das NDG seinen Anwendungsbereich über eine juristische «Hintertür» erheblich aus. Zwar hat sich nach der Darstellung des Bundesrates im Hinblick auf die Bedeutung des Gesetzes als Gesamtkodifikation für den Nachrichtendienst eine einleitende Zweckbestimmung in Art. 2 NDG aufgedrängt,⁴⁴¹ welche als geschützte «wichtige Landesinteressen» klassische⁴⁴² nachrichtendienstliche Schutz-

435 BR, 11.2.2015, Medienmitteilung.

436 Daran ändert nichts, dass punktuell staatsvertragliche oder gesetzliche Lösungen geschaffen wurden (DBAs, AIAG, FATCA, FINMAG etc.).

437 S. nur BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016, Sachverhalt.

438 S. z.B. VPB 2016 Nr. 3; VPB 2016 Nr. 4; VPB 2016 Nr. 7; VPB 2016 Nr. 8.

439 Botschaft NDG 2014, BBl 2014 2106, 2106.

440 Botschaft NDG 2014, BBl 2014 2106, 2112, 2140 f.

441 Botschaft NDG 2014, BBl 2014 2106, 2112, 2140.

442 Vgl. bereits Art. 1 BWIS.

zwecke wie die Sicherung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundlagen der Schweiz aufzählt.⁴⁴³ Erstaunlicherweise wird diese Aufzählung aber in Art. 3 NDG ergänzt durch eine zweite Aufzählung sog. «weiterer wichtiger Landesinteressen».⁴⁴⁴ Als solche bezeichnet das Gesetz in Art. 3 insbesondere die Unterstützung der schweizerischen Aussenpolitik (lit. b) sowie den Schutz des Werk-, Wirtschafts- und Finanzplatzes Schweiz (lit. c).

Art. 3 NDG ermächtigt nun den Bundesrat explizit, im Falle einer schweren und unmittelbaren Bedrohung den NDB über die in Art. 2 NDG genannten Landesinteressen hinaus zum Schutz dieser Landesinteressen einzusetzen. Ergänzt wird diese Bestimmung durch Art. 71 NDG, der – ebenfalls unter dem Titel «Wahrung weiterer Landesinteressen» – klarstellt, dass dem Bundesrat zu diesem Zweck sämtliche Massnahmen des NDG offen stehen und er den NDB in diesem Rahmen mit Massnahmen beauftragen kann (Abs. 1). Die Massnahmen des NDG gehen mit Instrumenten wie der Funk- und Kabelaufklärung oder dem Eindringen in Computersysteme und -netzwerke zweifellos äusserst weit.⁴⁴⁵

In kompetenzmässiger Hinsicht erweisen sich diese Bestimmungen, denen im Gesetzgebungsprozess lange kaum Aufmerksamkeit geschenkt wurde, als eigentliches Kernstück des Gesetzes. Im Resultat wird damit der NDB zum operativen Exekutivorgan für bundesrätliches Interessenwahrungs- und Notrecht umfunktioniert.⁴⁴⁶ Damit könnte der Bundesrat bspw. den NDB beauftragen, zur Umsetzung einer «blocking order» in Netzwerke einer Bank einzudringen und den Datenfluss zu steuern bzw. blockieren.⁴⁴⁷ Umgekehrt könnte zur Umsetzung einer Herausgabeanordnung der NDB beauftragt werden, in Computersysteme oder Räumlichkeiten einzudringen, um die nötigen Informationen zu beschaffen.⁴⁴⁸

Ein entsprechender Auftrag geht nicht nur weit über den in Art. 6 NDG definierten Auftrag des NDB hinaus;⁴⁴⁹ die entsprechende Gesetzgebung erweckt darüber hinaus auch den Eindruck, das bundesrätliche Interessenwahrungs- und Notrecht via Gesetzgebung auszudehnen auf Bereiche, die entsprechenden Massnahmen nicht a priori zugänglich erscheinen. Dass etwa der Schutz des Werk-, Wirtschafts- und Finanzplatzes Schweiz per se vom Begriff der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit bzw. der Landesinteressen erfasst ist, erschliesst sich jedenfalls weder aus Art. 184 Abs. 3 und

443 Vgl. Art. 2 NDG: Genannt werden die Sicherung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundlagen der Schweiz; der Schutz der Freiheitsrechte der Bevölkerung (lit.a); die Sicherheit der Bevölkerung der Schweiz; die Sicherheit der Schweizerinnen und Schweizer im Ausland (lit. b); die Handlungsfähigkeit der Schweiz (lit. c); die Wahrung internationaler Sicherheitsinteressen (lit. d).

444 So explizit die Sachüberschrift von Art. 3: «Wahrung weiterer wichtiger Landesinteressen»; ähnlich die Botschaft: «weitere wesentliche Landesinteressen», Botschaft NDG 2014, BBl 2014 2106, 2112, 2140.

445 Vgl. Art. 37 ff. NDG.

446 Dies spiegelt sich auch darin, dass Art. 71 Abs. 4 NDG eine Pflicht zur Information der GPDel innerhalb von 24 Stunden vorsieht. Analoges regelt Art. 2 Abs. 3 RVOG im Rahmen der «Verfügungen zur Wahrung der Interessen des Landes oder zur Wahrung der inneren oder äusseren Sicherheit» gemäss Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV.

447 Art. 3 i.V.m. Art. 71, Art. 26 Abs. 1 lit. d Ziff. 2 NDG

448 Art. 3 i.V.m. Art. 71, Art. 26 Abs. 1 lit. d Ziff. 1 sowie lit. e NDG

449 Vgl. Botschaft NDG 2014, BBl 2014 2140.

Art. 185 Abs. 3 BV, noch aus der Rechtsprechung. Zwar war es gerade das Bundesgericht, das im Fall der Herausgabe der UBS-Kundendaten⁴⁵⁰ derartigen Ausweitungstendenzen den Weg bereitet hat (oben Teil I, § 3.II.A.). Doch beschränkte das Bundesgericht diese Ausweitung auf «Ausnahmesituationen»: Die ökonomische Stabilität und der Schutz des Finanzmarkts wurden namentlich darum als schützenswertes polizeiliches Gut bezeichnet, weil bei einem Zusammenbruch des Finanzsystems auch klassische Polizeigüter (Eigentum oder Treu und Glauben) massiv beeinträchtigt würden.⁴⁵¹

450 BGE 137 II 431.

451 BGE 137 II 431, E. 4.1.

Teil II: **Die sogenannte «Bewilligung nach Artikel 271 des Strafgesetzbuches»**

§ 1

Ausgangslage und Fragestellung

Im vorangehenden Teil I zur schweizerischen Zusammenarbeit mit dem Ausland wurde exemplarisch aufgezeigt, wie im Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA die angestrebte zwischenstaatliche Kooperation der schweizerischen Banken mit dem US-amerikanischen Justizministerium DoJ aufgrund bestehender rechtlicher Vorgaben und Schranken (insbesondere des Amts- bzw. Rechtshilferechts, des Strafrechts und verfassungsmässiger Rechte) sowie mangels gesetzlicher Grundlagen zur Ermächtigung zu solchen Kooperationshandlungen ausgeschlossen erschien.

Nach diversen juristischen Windungen und Wendungen kulminierte dieses Dilemma im Erlass einer Musterverfügung zur Erteilung einer sog. «Bewilligung gemäss Artikel 271 StGB». Damit wurde es den schweizerischen Banken ermöglicht, ausserhalb der Vorgaben und Schranken des Amts- bzw. Rechtshilferechts, und ungeachtet der daraus folgenden Zuständigkeit der schweizerischen Behörden, direkt mit dem DoJ zusammenzuarbeiten. Mit derselben Bewilligung wurde eine Strafbarkeit nach Art. 271 StGB, der genau solche Handlungen mit Strafe bedroht, ausgeschlossen. Dieser Kniff erlaubte es der Schweiz, den sprichwörtlichen gordischen Knoten im Steuerstreit mit den USA zu durchschlagen. Die «Bewilligungen gemäss Art. 271 StGB» stellten nicht nur den politischen Schlusspunkt im Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA dar,⁴⁵³ sondern auch den rechtsstaatlichen Tiefpunkt der Auseinandersetzung. Dass mit dem banalen Erlass einer allgemeinen Musterverfügung durch den Bundesrat bzw. den daraus abgeleiteten Einzelfallbewilligungen die zahlreichen rechtlichen Hindernisse sollen beseitigt werden können und ohne spezialgesetzliche Grundlage gegenüber Rechtsunterworfenen Rechte und Pflichten sollen statuiert werden können, muss selbst juristische Laien verwundern. Es erstaunt nicht, dass bald Kritik an diesem Vorgehen laut wurde.

Nichtsdestotrotz hat die Exekutive ihre Praxis fortgesetzt und entsprechende Bewilligungen während mehreren Jahren verlängert.⁴⁵⁴ Mehr noch: Aus zahlreichen Entscheidungen

452 Dt.: Was der Herrscher billigt, hat Gesetzeskraft, DOMITIUS ULPIANUS, D. 1,4,I, pr.

453 Sekundiert wurde diese Entwicklung von der Ablösung des Primats des Bankgeheimnisses im internationalen Verhältnis durch den automatischen Informationsaustausch, vgl. dazu anschaulich BÜHLER, automatischer Informationsaustausch, passim; OSWALD, Amtshilfe, N 704 ff.

454 Vgl. z.B. die Verlängerung einer am 28.3.2014 erteilten Bewilligung bis zum 31.12.2019 im Sachverhalt des Urteils BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016.

der Bundesbehörden geht hervor, dass eine derartige Praxis der Bewilligungserteilung offenbar weiterhin praktiziert werden soll.⁴⁵⁵

Vor diesem Hintergrund widmet sich der folgende Teil II der Frage, wie derartige «Bewilligungen nach Artikel 271 StGB» rechtlich zu qualifizieren sind. Ausgehend von einer Darstellung der Strafbestimmung der verbotenen Handlung für einen fremden Staat in Art. 271 StGB, auf die sich die Bewilligung explizit abstützt (§ 2), wird untersucht, inwiefern diese Strafnorm eine rechtliche Grundlage für die Erteilung einer entsprechenden Bewilligung darstellen kann (§ 3). Daran anschliessend wird die Perspektive gewechselt: Ausgehend von Zweck und Wirkung der «Bewilligungen nach Art. 271 StGB» werden damit einhergehende rechtliche (Mindest-)Voraussetzungen herausgearbeitet und mögliche Rechtsgrundlagen im geltenden Recht analysiert (§ 4). Gestützt auf die gewonnenen Erkenntnisse wird schliesslich die «Bewilligung nach Art. 271 StGB» als Ausprägung des verfassungsunmittelbaren Interessenwahrungsrechts qualifiziert und eingehend dargestellt (§ 5).

455 Vgl. unten § 3.III.B.

§ 2

Die Strafbestimmung der verbotenen Handlung für einen fremden Staat gemäss Art. 271 StGB

I. Art. 271 StGB als Untersuchungsgegenstand

Die vorliegend untersuchten Bewilligungen stützen sich auf Art. 271 StGB, was üblicherweise auch in deren Bezeichnung indiziert wird.⁴⁵⁶ Art. 271 StGB stellt eine strafrechtliche Staatsschutzbestimmung dar, die im schweizerischen Kernstrafrecht unter dem 13. Gliederungstitel «Verbrechen und Vergehen gegen den Staat und die Landesverteidigung» verortet ist. Der Tatbestand dieser sog. «Verbotene Handlungen für einen fremden Staat» lautet wie folgt:

«Verbotene Handlungen für einen fremden Staat

1. Wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen,

wer solche Handlungen für eine ausländische Partei oder eine andere Organisation des Auslandes vornimmt,

wer solchen Handlungen Vorschub leistet,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, in schweren Fällen mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.

2. Wer jemanden durch Gewalt, List oder Drohung ins Ausland entführt, um ihn einer fremden Behörde, Partei oder anderen Organisation zu überliefern oder einer Gefahr für Leib und Leben auszusetzen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.

3. Wer eine solche Entführung vorbereitet, wird mit Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bestraft».⁴⁵⁷

Der Tatbestand umfasst materiell zwei Teile: Während Ziff. 1 in allgemeiner Weise die verbotenen Handlungen für einen fremden Staat (sowie weitere Adressaten) und das diesbezügliche Vorschubleisten erfasst, enthalten Ziff. 2 und Ziff. 3 die Entführung einer Person aus der Schweiz zur Überlieferung an einen ausländischen Adressaten (bzw. deren Vorbereitung) als qualifizierten Tatbestand.⁴⁵⁸ Im Kontext der vorliegenden Untersuchung interessiert namentlich Art. 271 Ziff. 1 StGB. Besonders im Fokus ist dessen ers-

456 Die Terminologie ist dabei keine einheitliche: s. nur EFD, Musterverfügung 2013: «Bewilligung gemäss Art. 271 des Schweizerischen Strafgesetzbuches»; VPB 2016 Nr. 3; VPB 2016 Nr. 4; VPB 2016 Nr. 7; VPB 2016 Nr. 8: «Bewilligung im Sinne von Artikel 271 Ziffer 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs» bzw. «Bewilligungen nach Art. 271 Ziff. 1 StGB», Herv.d.V.

457 Vgl. Art. 271 StGB.

458 S.a. BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 7.

ter Absatz, der als Tatbestandsmerkmal⁴⁵⁹ die fehlende Bewilligung («ohne Bewilligung») für die Vornahme derartiger verbotener Handlungen nennt. Auf den qualifizierten Sonderfall der Entführung ins Ausland nach Ziff. 2 und Ziff. 3 wird demgegenüber vorliegend nicht weiter eingegangen.⁴⁶⁰

Eine weitgehend spiegelbildliche Bestimmung zu Art. 271 StGB findet sich in Art. 299 Ziff. 1 StGB, der – mutatis mutandis – insbesondere die unerlaubte Vornahme von Amtshandlungen auf fremdem, d.h. ausländischem Staatsgebiet, unter Strafe stellt.⁴⁶¹

II. Entstehungsgeschichte⁴⁶²

Schon das Bundesgesetz über das Bundesstrafrecht von 1853 kannte eine Strafnorm gegen die die Verletzung des schweizerischen Gebiets und die Verübung völkerrechtswidriger Handlungen gegen die Schweiz.⁴⁶³ Auch die verschiedenen Vorentwürfe zu einem StGB von 1903⁴⁶⁴, 1908⁴⁶⁵ und schliesslich auch 1918⁴⁶⁶ stellten die Verletzung der schweizerischen Gebietshoheit unter Strafe.⁴⁶⁷

Zu Beginn des 1. Weltkrieges erliess der Bundesrat gestützt auf den dringlichen Vollmachtenbeschluss von 1914⁴⁶⁸ die sog. Kriegszustandsverordnung von 1914.⁴⁶⁹ Diese enthielt mit den Bestimmungen zum verbotenen Nachrichtendienst⁴⁷⁰ ebenfalls Normen zum Schutz der schweizerischen Gebietshoheit; sie war bis 1920 in Kraft. In der Folge scheiterten verschiedene Bemühungen,⁴⁷¹ eine verschärfte Staatsschutzgesetzgebung in Kraft zu setzen. Nachdem das «Bundesgesetz über den Schutz der öffentlichen Ordnung» (Ordnungsgesetz, Lex Häberlin II)⁴⁷² im Jahr 1934 an einem von der Arbeiterbewegung lancierten Referendum scheiterte, wurde 1935 das sog. «Spitzelgesetz»⁴⁷³ in Form eines dringlichen Bundesbeschlusses der Bundesversammlung in Kraft gesetzt. Dieses über-

459 So die wohl h.L., siehe nur MC GOUGH, Art. 271 StGB, N 359 Fn 848 m.Hinw.; vereinzelt wird die fehlende Bewilligung dogmatisch als objektive Strafbarkeitsbedingung (KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz, 12) bzw. als Rechtfertigungsgrund (BSK StGB²-HÖPE, Art. 271 N 18) bewertet.

460 Dazu eingehend MC GOUGH, Art. 271 StGB, N 485 ff., 534 ff.

461 Statt vieler: BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 6; s.a. BSK StGB⁴-OMLIN, Art. 299 N 11, 25.

462 Zur Entstehungsgeschichte s.a. MC GOUGH, Art. 271 StGB, N 27 ff.

463 Vgl. Art. 39 BStR 1853.

464 Art. 189 VE StGB 1903.

465 Art. 183 VE StGB 1908.

466 Art. 233 E StGB 1918, Botschaft StGB 1918, BBl 1918 IV 177.

467 S.a. MC GOUGH, Art. 271 StGB, N 34.

468 Bundesbeschluss betreffend Massnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität vom 3.8.1914, AS, n.F., Bd. 30, 347.

469 Verordnung betreffend Strafbestimmungen für den Kriegszustand, 6.8.1914, AS, n.F., Bd. 30, 371.

470 Zur Entstehung der Bestimmungen gegen die internationale Wirtschaftsspionage vgl. BAZZI, Wirtschaftsspionage, N 37 ff.

471 Sog. Lex Häberlin I (Umsturzgesetz, 1922), Lex Häberlin II (Ordnungsgesetz, 1934).

472 Lex Häberlin II (Ordnungsgesetz, 1934), BBl 1933 II 511.

473 AS 1935 482; ausführlich dazu MAHLER, Spionage, passim. Der gebräuchliche Name «Spitzelgesetz» täuscht darüber hinweg, dass es sich gerade nicht um eine ordentliche Gesetzgebung handelte, sondern um einen dringlichen *Bundesbeschluss*, der nicht dieselbe demokratische Legitimation geniessen konnte, wie ein ordentliches Gesetz. Um dies zu indizieren, wird der Begriff im Lauftext der vorliegenden Arbeit mit dem signum citationis versehen.

nahm vom Ordnungsgesetz die Strafbestimmung gegen Amtshandlungen ausländischer Beamter und stellte zuvorderst in Art. 1 verbotene Handlungen für einen fremden Staat ausdrücklich unter Strafe. Die Strafnorm richtete sich u.a. explizit gegen «Erhebungen im Interesse der ausländischen Finanzverwaltung (Devisenpolizei, Finanzspionage)»,⁴⁷⁴ wie sie etwa das umliegende faschistische bzw. nationalsozialistische Ausland betrieben.⁴⁷⁵

Der Erlass dieser Vorläuferbestimmung von Art. 271 StGB ist Teil einer Folge not- bzw. dringlichkeitsrechtlicher Beschlüsse, mit denen zahlreiche weitgehende Strafbestimmungen zum Souveränitätsschutz aufgestellt wurden; deren drastische Auswirkungen zeigten sich in den sog. Landesverräterprozessen, in deren Folge in der Schweiz zwischen 1939 und 1945 insgesamt 33 Personen wegen Verrates militärischer Geheimnisse oder militärischen Landesverrates militärgerichtlich zum Tode verurteilt wurden.^{476, 477}

Die Strafbestimmung wurde erst mit dem Inkrafttreten des StGB vom «Spitzelgesetz» in die ordentliche Gesetzgebung überführt und in dessen Art. 271 gegossen.⁴⁷⁸ Auch Art. 271 StGB sieht – namentlich in schweren Fällen – einen hohen Strafraum bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe vor.⁴⁷⁹ Mit der Teilrevision vom 5.10.1950 wurden sodann in Ziff. 1 Abs. 2 mit der «ausländischen Partei» und die «andere Organisation des Auslandes» zwei weitere Adressatinnen eingeführt,⁴⁸⁰ was insbesondere bezwecken sollte, auch Strukturen zu erfassen, die durch ihre enge Verknüpfung mit der öffentlichen Macht bzw. der Staatsorgane faktisch staatliche Gewalt ausüben.⁴⁸¹

III. Rechtsgut

Bei Art. 271 Ziff. 1 StGB handelt sich um eine typische strafrechtliche Staatsschutzbestimmung. Sie richtet sich gegen die Ausübung fremder Staatsgewalt auf dem Gebiet der Schweiz und soll das staatliche Machtmonopol und die schweizerische Souveränität schützen.⁴⁸²

Dieses Rechtsgut strahlt zugleich auf die Interessen Privater aus, die häufig mittelbar betroffen sind.⁴⁸³ Im Ergebnis schützt Art. 271 StGB daher auch das Vertrauen der Rechtunterworfenen, dass hoheitliche Befugnisse nur durch die dafür zuständigen Staatsorgane

474 Botschaft Spitzelgesetz 1935, BBl 1935 I 744.

475 Vgl. Botschaft Spitzelgesetz 1935, BBl 1935 I 744 f., m.Hinw. auf die Fälle Rossi, Weber und Jacob; ferner LAUBER/MEDVED, Wistra, 11 m.Hinw.

476 17 Todesurteile wurden tatsächlich vollstreckt, dazu NOLL, Landesverräter, passim.

477 Zum Ganzen: BSK StGB⁴-HUSMANN, Vor Art. 271–274 N 1.

478 Vgl. zu den historischen Ursprüngen auch BAZZI, Wirtschaftsspionage, N 37 ff.; BSK StGB⁴-HUSMANN, Vor Art. 271–274 N 1.

479 Art. 40 Abs. 2 StGB; ferner BGE 136 IV 117, E. 4.3.3.2; zur Problematik der unbestimmten Strafänderungsgründen vgl. BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 109.

480 AS 1951 11 f.; in der Botschaft war die Novelle noch nicht vorgesehen, vgl. Botschaft Teilrevision StGB 1949, BBl 1949 I 1251.

481 Auslöser war das Bundesstrafverfahren Vitianu (aBStGer, 30.6.1949, BStr 3/1949/WB); SIEGRIST, Hoheitsakte, 18; LÜTHI, ZStrR 1954, 308 ff. m.w.H.; ferner DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, Strafrecht IV, 343; PK StGB³-TRECHSEL/VEST, Art. 271 N 5; s.a. STRATENWERTH/BOMMER, BT/2, § 47 N 15; zum Ganzen BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 15.

482 Statt vieler: BGer, 4.12.2018, 6B_804/2018, E. 3.

483 Vgl. z.B. BGer, 9.12.2003, 8G.125/2003, E. 1.3 («indirectement»); BStGer, 25.4.2013, BB.2012.133, E. 2.2.1.

und nur in rechtmässiger Weise ausgeübt werden.⁴⁸⁴ Damit bewirkt die Strafnorm gewissermassen als Nebeneffekt, dass Rechtssubjekte bezüglich Eingriffen in ihre Rechte auf rechtsstaatliches Handeln vertrauen dürfen.⁴⁸⁵

IV. Objektiver Tatbestand

Gemäss Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB wird bestraft, wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten vorbehalten sind. Die Rechtsprechung und Doktrin hat aus diesem unbestimmten Tatbestand⁴⁸⁶ folgende objektiven Tatbestandselemente herausgearbeitet:

- *Handlungen, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen (Tathandlung)*: Gemäss ständiger Rechtsprechung ist jede einer Behörde oder einem Beamten zukommende Handlung verboten, unbekümmert, ob ein Beamter dabei tätig wurde (kein Sonderdelikt).⁴⁸⁷ Tatbestandsmässig ist «jede Handlung, die für sich betrachtet, d.h. nach ihrem Wesen und Zweck sich als Amtstätigkeit charakterisiert; entscheidend ist mithin, ob sie ihrer Natur nach amtlichen Charakter trage, und nicht die Person des Täters [...]».⁴⁸⁸ Massgebend für diese Bewertung ist die schweizerische Rechtsauffassung,⁴⁸⁹ wonach die Handlung in Erfüllung einer öffentlichrechtlichen Funktion erfolgt.⁴⁹⁰ Die Rechtsprechung hat in diesem Kontext ausdrücklich festgehalten: «Unbestritten ist, dass Rechts- und Amtshilfehandlungen unter diese Definition fallen und damit den Schutz der Strafnorm geniessen, da diese Normen die Gebietshoheit der Schweiz schützen und verhindert werden soll, dass die schweizerischen Bestimmungen über die internationale Rechtshilfe in Straf- und Zivilsachen umgangen werden [...]».⁴⁹¹ In praxi ist indes nicht immer eindeutig, welche Handlungen dem Amts- bzw. Rechtshilfeweg unterliegen.⁴⁹² Insgesamt erweist sich eine Begriffsbestimmung der pönalisierten Tathandlung als komplex.⁴⁹³ Darin liegt – neben der vorliegend untersuchten Bewilligungserteilung gestützt auf Art. 271 StGB – der zweite grosse Problembereich dieser Strafbestimmung, der seinerseits Raum für eine Monografie bietet.⁴⁹⁴
- *Für einen fremden Staat (Adressat)*: Die Tathandlung muss sodann «für» einen fremden Staat erfolgen. Dass die Handlung für den fremden Staat nützlich ist, wird allerdings nicht vorausgesetzt; es reicht aus, dass sie für diesen bestimmt ist, mithin in sei-

484 BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.1.1.1 m.Hinw. auf HUSMANN, AJP 2014, 655.

485 BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.1.1.1.

486 Zur fehlenden Bestimmtheit s. nur BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 109; BR, Bericht E ZSSG 2013, 16, 36 f.

487 BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.1.1.2.

488 BGE 114 IV 128, E. 2a.

489 So bereits 65 I 39, 43; BGE 114 IV 128, E. 2c.

490 BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.1.1.2.

491 BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.1.1.2 m. zahlreichen Hinw.; s.a. BStGer, SK.2017.64, 9.5.2018; BGer, 4.12.2018, 6B_804/2018; ferner BStGer, 6.10.2017, SK.2017.16 (TPF 2018 16).

492 Illustrativ: BStGer, 9.5.2018, SK.2017.64; BGer, 4.12.2018, 6B_804/2018; BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig]; s.a. dazu HUSMANN, AJP 2020, 364 ff.

493 Vgl. BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 21 ff.

494 Vgl. MC GOUGH, Art. 271 StGB, N 46-126.

nem Interesse erfolgte.⁴⁹⁵ Dass der fremde Staat dazu einen Auftrag erteilt, ist keine *conditio sine qua non*,⁴⁹⁶ doch kann eine Auftragserteilung bei der Beurteilung der Frage des hoheitlichen Handelns Bedeutung erlangen.⁴⁹⁷

- *Binnenbezug*: Ein Binnenbezug, d.h. ein Bezug zur schweizerischen Gebietshoheit, ist vorausgesetzt, nicht nur aufgrund des geschützten Rechtsguts,⁴⁹⁸ sondern auch mit Blick auf den Wortlaut, der mindestens die Vornahme einer Haupttat «auf schweizerischem Gebiet» voraussetzt.⁴⁹⁹ Die Tathandlung gemäss Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB muss also auf schweizerischem Staatsgebiet ausgeführt werden, wobei es sich um ein schlichtes Tätigkeitsdelikt handelt, sodass lediglich auf den Handlungsort abzustellen ist.⁵⁰⁰ Dabei genügt aber, dass lediglich ein Teil der Tat der strafbaren Handlung in der Schweiz vorgenommen wird.⁵⁰¹
- *Fehlende Bewilligung*: Verboten ist eine Handlung nur, wenn diese nicht qua Bewilligung autorisiert wurde. Mit einer Bewilligung gestattet die Schweiz Handlungen, welche die schweizerische Souveränität und Gebietshoheit beeinträchtigen.⁵⁰² Eine Bewilligung kann sich auf internationales Recht⁵⁰³ oder auf nationales Recht abstützen und generell-abstrakt oder einzelfallweise gemäss einem Bewilligungsverfahren erteilt werden.⁵⁰⁴ Eine staatliche Bewilligung ist tatbestandsausschliessend.⁵⁰⁵

V. Subjektiver Tatbestand

Art. 271 Ziff. 1 StGB umschreibt Vorsatzdelikte, wobei Eventualvorsatz genügt (Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB).⁵⁰⁶ Ausschlaggebend dürfte – gerade im Rahmen von «entraide sauvage» – regelmässig sein, dass der Täter weiss, oder zumindest in Kauf nimmt, dass die Handlung in den Bereich der Amts- und Rechtshilfe fällt und ggf. durch eine Amts- oder Rechtshilfebehörde vorzunehmen bzw. anzuleiten wäre.⁵⁰⁷ Dabei genügt es, dass der Betroffene die «soziale Bedeutung»⁵⁰⁸ des verwirklichten Sachverhalts versteht; Kenntnis der genauen rechtlichen Qualifikation des normativen Tatbestandsmerkmals der (Amts-)

495 Vgl. BGE 114 IV 128, E. 3b; BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.1.1.3 m.Hinw.

496 BGE 114 IV 128, E. 3a; vgl. bereits NR, Sten.Bull. 1935, 224.

497 BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.1.1.3; m.Hinw. auf GAUTHY/MARKUS, ZSR 2015, 381.

498 So BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.1.1.5.

499 BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 72 f.

500 Vgl. BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.1.1.5 m.Hinw. auf GRAF, GesKR 2016, 172; ferner z.B. CR CP I-HARARI/LINIGER GROS, Art. 4 N 6; GAUTHY/MARKUS, ZSR 2015, 366.

501 Vgl. BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.1.1.5 m.Hinw. auf CR CP II-FISCHER/RICHA, Art. 271 N 36; ferner z.B. bereits HAFTER, BT/2, 677; DSG Komm.-ROSENTHAL, Art. 271 N 34.

502 BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 78 f.; s.a. ZIEGLER, droit international public, N 635 ff.

503 Vgl. in anderem Kontext BGE 146 IV 36, E. 2.2 m.Hinw.; BGE 137 IV 33, E. 9.4.3, BGer, 2.6.2008, 1B_57/2008, E. 3.1.

504 Vgl. eingehend dazu BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 78–84.

505 BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.1.1.5.

506 Vgl. bereits BGE 65 I 39, E. 3; ferner statt vieler: MC GOUGH, Art. 271 StGB, N 421 m.Hinw.

507 BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 107 m.Hinw.; MC GOUGH, Art. 271 StGB, N 421 m.Hinw.

508 Zum Begriff vgl. BGE 129 IV 238 E. 3.2.2.

Handlung ist nicht vorausgesetzt.⁵⁰⁹ Indes muss die Verwirklichung dieses Sachverhaltes zumindest in Kauf genommen werden.

VI. Staatsschutzprinzip

Gemäss Art. 4 Abs. 1 StGB wird der Geltungsbereich für Tatbestände, welche staatliche Interessen betreffen, nach dem sog. Staatsschutzprinzip geregelt.⁵¹⁰ Diese Ausweitung des Geltungsbereichs des StGB auf Delikte, die im Ausland begangen werden, betrifft auch Art. 271 StGB.⁵¹¹ Völkerrechtliche Grundlage des Staatsschutzprinzips ist im Wesentlichen, dass ein Eingriff in die staatliche Souveränität kein Handeln eines fremden Staates auf dem schweizerischen Staatsgebiet voraussetzt, sondern es vielmehr genüge, «que ses actes aient des effets sur le territoire de cet Etat».⁵¹²

Mit dem Tatbestandserfordernis der Handlung «auf schweizerischem Gebiet» in Art. 271 Ziff. 1 StGB wird indessen diese Ausdehnung des Geltungsbereichs faktisch wieder rückgängig gemacht, sodass das Staatsschutzprinzip in praxi bei Handlungen für einen fremden Staat wirkungslos bleiben dürfte; nur gerade bei der Tatbestandsvariante des Vorschubleisten zu einer Haupttat auf dem Gebiet der Schweiz dürfte ihm eine gewisse Relevanz zukommen.⁵¹³

VII. Weitere Besonderheiten

Art. 271 StGB zeichnet sich als Staatsschutzdelikt durch verschiedene weitere Besonderheiten aus, die für die vorliegende Untersuchung teilweise bedeutsam sind. Bemerkenswert erscheint, dass Art. 271 StGB der Bundesgerichtsbarkeit i.S.v. Art. 23 Abs. 1 lit. h

509 Vgl. BGer, 4.12.2018, 6B_804/2018, E. 3.1.1 f. m.Hinw. Demgegenüber hatte das Bundesgericht in BGE 65 I 39 noch zur Vorläuferbestimmung von Art. 271 StGB im «Spitzelgesetz» festgehalten: «Der Vorsatz ist [...] nur dann ein rechtswidriger, wenn er das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Handlung einschliesst» (BGE 65 I 39, E. 3). Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit war demnach nach damals geltender Rechtslage als rechtlich geprägtes subjektives Tatbestandsmerkmal zu bewerten gewesen. Diese Zurechnung der Kenntnis der Rechtswidrigkeit zum Vorsatz gemäss der sog. Vorsatztheorie konnte sich auf Art. 11 des damals geltenden Bundesgesetzes über das Bundesstrafrecht (BStR 1853) sowie die entsprechende Doktrin abstützen (s.a. BSK StGB⁴-NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 12). Indes war dies dogmatisch mit der später erfolgten Regelung des Rechtsirrtums in Art. 20 des aStGB nicht mehr in Einklang zu bringen. Das Bundesgericht hat dazu sehr früh festgehalten: «Erfasst [...] Art. 20 alle Fälle mangelnden Bewusstseins der Unerlaubtheit des Handelns, so bleibt kein Raum, dieses Bewusstsein als Voraussetzung des Vorsatzes zu betrachten» (BGE 70 IV 97, E. 4; s.a. BSK StGB⁴-NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 13). Vor diesem Hintergrund hat das Bundesgericht im eingangs genannten Entscheid ein Urteil des Bundesstrafgerichts – das unter Verweis auf BGE 65 I 39 der Vorsatztheorie folgte (BStGer, SK.2017.64, 9.5.2018) – aufgehoben und klargestellt, dass es nicht der Vorsatz-, sondern der sog. Schuldtheorie folge, weshalb das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ein vom Vorsatz getrenntes selbstständiges Schulelement darstelle (BGer, 4.12.2018, 6B_804/2018, E. 2). Vgl. zum Ganzen HUSMANN, AJP 2019, 486; ferner Kommentar Amtshilfe-OESTERHELT/FRACHEBOUD, § 29 N 56 f.

510 Vgl. BSK StGB⁴-POPP/KESHELAVA, Art. 4 N 1.

511 Vgl. Art. 4 Abs. 1 StGB: «Diesem Gesetz ist auch unterworfen, wer im Ausland ein Verbrechen oder Vergehen gegen den Staat und die Landesverteidigung (Art. 265–278) begeht».

512 BGE 146 IV 36, E. 2.2.

513 Vgl. BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 74 m.Hinw.

StPO unterliegt, wodurch die Verfolgungszuständigkeit der Bundesjustizorgane begründet wird, nämlich der Bundesanwaltschaft für die Leitung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens, des staatsanwaltlichen Untersuchungsverfahrens und für die Anklagevertretung sowie des Bundesstrafgerichts in Bellinzona für das erstinstanzliche Verfahren.⁵¹⁴ Ergänzt wird diese Verfolgungszuständigkeit der Bundesjustizorgane durch die Voraussetzung einer Verfolgungsermächtigung: Art. 271 StGB gilt als politische Straftat, sodass der Bundesrat gemäss Art. 66 StBOG über die Ermächtigung zur Strafverfolgung zu entscheiden hat. Die Erteilung der Ermächtigung ist Prozessvoraussetzung und damit Bedingung für die Einleitung eines Vorverfahrens (vgl. Art. 303 StPO).⁵¹⁵ Dies erlaubt es der Exekutiven, der Strafverfolgung entgegenstehende, höher zu bewertende Staatsinteressen zu berücksichtigen (politisches Opportunitätsprinzip).⁵¹⁶ Der hochgradig politische Charakter dieses Staatsschutzdeliktes kommt auch darin zum Ausdruck, dass Delikte nach Art. 271 StGB als sog. politische Delikte weitgehend von der aktiven und passiven Rechtshilfe ausgeschlossen sind.⁵¹⁷

514 BSK StGB⁴-HUSMANN, Vor Art. 271–274 N 3.

515 S.a. BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 273 N 104.

516 BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 128; s.a. BAZZI, Wirtschaftsspionage, N 490 ff. m.Hinw.

517 BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 123 m.Hinw.

§ 3

Der Passus «ohne Bewilligung»

I. Ausgangslage

In jüngerer Zeit kommt Art. 271 StGB im Wesentlichen die Funktion einer Verbotsnorm zum Amts- und Rechtshilferegelerwerk zu, indem die Strafbestimmung gegen unbewilligte bzw. wilde Amts- und Rechtshilfe gerichtet wird.⁵¹⁸ Eine legislatorische Alternative zu dieser Handhabung würde darin bestehen, die jeweiligen Regelwerke des Amts- und Rechtshilferechts mit einer akzessorischen Strafbestimmung zu versehen, wie dies aus dem Nebenstrafrecht bestens bekannt ist.⁵¹⁹ Eine solche Handhabung wäre aber lückenhaft, zumal nicht sämtliche Bereiche des Amts- und Rechtshilferechts normiert sind und auch nicht in sämtlichen Bereichen eine subsidiäre Auffanggesetzgebung besteht.⁵²⁰ Mit Art. 271 StGB besteht demgegenüber eine historisch gewachsene, pauschale Kriminalisierung verbotener Handlungen für einen fremden Staat; die Bestimmung wirkt unabhängig konkreter Amts- und Rechtshilfebestimmungen im Sinne eines generellen (Auffang-) Straftatbestandes zum Schutz der schweizerischen Souveränität. Diesen Aspekt betont auch die jüngere Rechtsprechung: Im Falle einer direkten Herausgabe von Informationen ausserhalb des Amts- und Rechtshilfeweges hat die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts festgehalten, dass «in *sämtlichen* Konstellationen nur Akten und Informationen herausgegeben werden können, über die frei verfügt werden kann [...]. Das ist bei «identifizierenden Informationen über Dritte», bzw. «nicht öffentlich zugänglichen identifizierenden Daten von Dritten» nicht der Fall [...], weil nur über die Amts- und Rechtshilfe prozessual die Geheimhaltungs- und Offenlegungspflichten abgewogen und der Spezialitätsgrundsatz gewährleistet werden können [...]. Aufgrund derselben ratio legis ergibt sich die weitere, logische Folge, dass solche straffreien Eingaben nur im eigenen Verfahren zulässig sind, da sonst die Drittbetroffenen ihre Rechte nicht ausüben können [...]».⁵²¹ Diese Rechtsprechung erscheint grundsätzlich zutreffend.⁵²²

Unbestritten ist vor diesem Hintergrund, dass der Passus «ohne Bewilligung» in Art. 271 StGB bezweckt, all diejenigen Handlungen vom Tatbestand auszunehmen, die sich auf eine generell-abstrakte oder individuell-konkrete Bewilligung stützen können, die wiederum im internationalen Recht oder im nationalen Recht fusst. Mit derartigen Bestimmungen, typischerweise Amts- bzw. Rechtshilferegelungen, gestattet der Staat ausdrücklich Handlungen, welche die schweizerische Souveränität und Gebietshoheit beeinträchtigen,

518 Vgl. z.B. BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig]; TPF 2018 16 sowie BStGer, 18.12.2018, SK.2018.28; s.a. HUSMANN, CL 2021/2 [im Erscheinen].

519 Vgl. z.B. den «7. Abschnitt: Strafbestimmungen» im DSG oder das «16. Kapitel: Strafbestimmungen und administrative Sanktionen» im AIG.

520 Insbesondere fehlt eine solche im Bereich der Amtshilfe bzw. der Rechtshilfe in Verwaltungssachen, vgl. unten § 3.II.C.3.

521 BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.1.1.4 m.Hinw., Herv.d.V.

522 Vgl. bereits BSK StGB³- HUSMANN, Art. 271 N 32.

moderiert diese unter Berücksichtigung der im Spiel stehenden Interessen und setzt der Verwendung und Verwertung der Erkenntnisse Schranken.

Demgegenüber wäre nicht zu erwarten, dass aus der Passage «ohne Bewilligung» ebendieser Strafbestimmung, die die schweizerische Souveränität sowie das Vertrauen von Rechtsindividuen auf rechtsstaatliches Handeln schützt, in der Praxis eine *Kompetenz* der Behörden abgeleitet werden könnte, ebendieses pönalisierte Verhalten einzelfallweise, unter Umgehung der Anforderungen an die Amts- und Rechtshilfe zu legalisieren – würde doch damit die Strafnorm in ihr Gegenteil verkehrt und das geschützte Vertrauen unterwandert. Genau diese Pervertierung geschieht aber – und zwar offenbar in erheblichem Ausmass.⁵²³ Vor diesem Hintergrund drängt sich eine eingehende Untersuchung des Passus «ohne Bewilligung» in Art. 271 StGB auf.

II. Bewertung des Passus «ohne Bewilligung» im Allgemeinen

A. Übersicht

Die in Art. 271 StGB genannte Bewilligung bezeichnet im Kontext der Strafnorm das Bestehen einer Erlaubnis zur Vornahme einer grundsätzlich verbotenen Handlung. Im Lichte des Tatbestandes und insbesondere des Rechtsgutes (das staatliche Machtmonopol und die schweizerische Souveränität), wird darunter – zu Recht – eine *staatliche* Zustimmung verstanden.⁵²⁴

Die Rechtsprechung betont, dass eine rechtfertigende Einwilligung von *privaten* Rechtsindividuen zu einer Verletzung von Art. 271 StGB grundsätzlich ausser Betracht falle.⁵²⁵ Das erscheint nicht unzutreffend, ist aber zu präzisieren: Eine Einwilligung Privater – namentlich von durch die Handlung betroffenen Dritten (sog. «waiver») –, die ohne unzulässige Druckausübung erfolgt, kann nach hier vertretener Ansicht dazu führen, dass über Akten bzw. Informationen «frei verfügt»⁵²⁶ werden kann, sodass diese herausgegeben werden können, ohne dass der Tatbestand überhaupt tangiert wird.⁵²⁷ Für die vorliegende Untersuchung, die sich ausschliesslich mit der Zulässigkeit staatlicher Bewilligungen befasst, kann die Frage der Wirkung einer privaten Einwilligung indes offen bleiben.

Eine systematische Auseinandersetzung mit dem Konzept der Bewilligung als «staatliche Zustimmung» fehlt in der Lehre und Rechtsprechung weitgehend. Aus diesem Grund besteht keine konsistente Bewertung bzw. Typisierung derartiger Bewilligungen. Die Dok-

523 Vgl. die Übersicht bei BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 86 ff.; VPB 2016 Nr. 3; VPB 2016 Nr. 4; VPB 2016 Nr. 7; VPB 2016 Nr. 8; s.a. KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz, 18 Fn 48, 25, m.Hinw. auf eine Übersichtstabelle zur Bewilligungspraxis der verschiedenen Departemente und Ämter im Anhang zum Protokoll der Arbeitsgruppe zu Art. 271 StGB.

524 S.a. BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.3.3.

525 BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.3.3.

526 Im Sinne der E. 1.1.1.4 in BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig].

527 Vgl. BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 45; ähnlich FRITSCHKE, Untersuchungen, 243; GRAF, GesKR 2016, 175; ZULAUF, SZW 2018, 676 FN 57; ähnlich erlaubt VPB 2016 Nr. 7, Ziff. II.10, die Einreichung einer Affidavit, die ein «Mitarbeitender oder eine andere Drittperson» [freiwillig] zur Verfügung stellt; anders OSWALD, Amtshilfe, 220 f. m.Hinw.; a.M. offenbar Mc GOUGH, Art. 271 StGB, N 464.

trin fasst den Begriff der «Bewilligung» zu Recht weit.⁵²⁸ Es werden darunter grundsätzlich sämtliche Formen von Genehmigungen gemäss Völkerrecht oder nationalem Recht erfasst,⁵²⁹ inklusive genereller rechtlicher Erlaubnistatbestände aus dem Amts- bzw. Rechtshilferecht.⁵³⁰ Während in der Doktrin eine vertiefte qualitative Bewertung der Bewilligung und ihre rechtliche Grundlage nicht ersichtlich ist, erfolgt stattdessen i.d.R. eine im Grunde banale Kategorisierung in «generelle Bewilligungen» und «Einzelfallbewilligungen».

B. Kategorisierung der Bewilligungen in der Doktrin und Rechtsprechung

Die Kategorisierung der Doktrin besteht zumeist aus einer Dichotomisierung in sog. «generelle Bewilligungen» und «Einzelfallbewilligungen».⁵³¹ Exemplarisch kann auf die Darstellung von MC GOUGH oder – ganz gleich – OESTERHELT/FRACHEBOUD verwiesen werden: Unter *generellen Bewilligungen* verstehen sie einerseits Erlasse, die verbotene Handlungen generell bewilligen (z.B. Art. 30 IRSV) und andererseits Erlasse, die ein allgemeines Bewilligungsverfahren für einen konkreten Fall (z.B. Art. 43 Abs. 2 FINMAG) enthalten.⁵³² Als *Einzelfallbewilligungen* werden demgegenüber Bewilligungen bezeichnet, die sich auf keine gesetzliche Grundlage abstützen können, bzw. die eben direkt gestützt auf Art. 271 StGB erlassen werden.⁵³³ Die Rechtsprechung hat diese Einteilung der Doktrin rezipiert, ohne sie zu bewerten.⁵³⁴

Nach hier vertretener Ansicht fehlt einer solchen Kategorisierung ein systematisch nachvollziehbares Kriterium. Warum sollten *generell-abstrakte* Genehmigungen in Erlassen zusammengefasst werden mit dem Erlass *individuell-konkreter* Bewilligungsverfügungen, die sich auf ein spezialgesetzliches Bewilligungsverfahren stützen? Und warum sollte die letztgenannte Unterkategorie wiederum abgegrenzt werden von einem durchwegs vergleichbaren individuell-konkreten Bewilligungsverfahren, das aber *keine* spezialgesetzliche Grundlage kennt? Eine solche Nomenklatur entbehrt einer erkennbaren Ordnung. Bei Lichte betrachtet ist das Leitkriterium der Doktrin einzig und alleine, ob sich die Bewilligungserteilung auf eine hinreichende bereichsspezifische Rechtsgrundlage abstützen kann oder nicht. In letzterem Fall wird die Bewilligung in Ermangelung einer Rechtsgrundlage auf Art. 271 StGB abgestützt und als «Einzelfallbewilligung» betitelt. Eine auf diesem Kriterium gebaute Systematik kann m.E. aber keine juristische Ordnung begrün-

528 Statt vieler: MC GOUGH, Art. 271 StGB, N 360 m.Hinw.

529 Vgl. BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 81. Dieses Verständnis deckt sich mit der Rechtsprechung zum Thema völkerrechtswidrige Amtshandlungen, vgl. BGE 146 IV 36, E. 2.2 f.; ferner: BGE 137 IV 33, E. 9.4.3, BGer, 2.6.2008, 1B_57/2008, E. 3.1.

530 Vgl. DSG Komm.-ROSENTHAL, Art. 271 N 36; DU PASQUIER/OBERSON/FISCHER, Transmission, 13.

531 Vgl. z.B. CORBOZ, infractions, Art. 271 N 10; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, IV⁵, 346; PC CP, Art. 271 N 11; MC GOUGH, Art. 271 StGB, N 362 ff, N 368 ff.; PK StGB³-TRECHSEL/VEST, Art. 271 N 4; DSG Komm.-ROSENTHAL, Art. 271 N 36; DU PASQUIER/OBERSON/FISCHER, Transmission, 13.

532 Vgl. MC GOUGH, Art. 271 StGB, N 362 ff, N 368 ff; Kommentar Amtshilfe-OESTERHELT/FRACHEBOUD, § 29 N 34 ff.

533 MC GOUGH, Art. 271 StGB, N 381 ff.; Kommentar Amtshilfe-OESTERHELT/FRACHEBOUD, § 29 N 37 ff.

534 BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.1.3.5.3.4.

den, sondern bestenfalls die Problematik der fehlenden Rechtsgrundlage aufzeigen – oder aber diese trivialisieren und verbergen.

C. Systematisierung anhand rechtlicher Ordnungskriterien

Eine Systematisierung der Erscheinungsformen von Genehmigungen bzw. Bewilligungen erscheint indessen hilfreich zum Verständnis der Passage «ohne Bewilligung» in Art. 271 StGB. Als rechtliche Ordnungskriterien bieten sich in diesem Kontext die Form der internationalen Kooperation, die Rechtsgrundlagen, das Rechtsgebiet sowie prozessuale Aspekte an:

1. Formen der internationalen Kooperation

Betreffend die Form der internationalen Kooperation ist vorab der Bereich der *nicht amts- bzw. rechtshilfebedürftigen Kooperation* auszuscheiden, der nicht in die staatliche Souveränität eingreift, Art. 271 StGB nicht tangiert und i.d.R. keine spezifische rechtliche Normierung erfahren hat. Hier kann – unter Einhaltung der allgemeinen Rechtsordnung (insb. DSG etc.) – frei kooperiert werden.

Der amts- bzw. rechtshilfebedürftige Bereich, der ebenfalls keine vollständige Normierung erfahren hat, wird demgegenüber traditionell unterteilt in die *Amts-* und die *Rechtshilfe*.⁵³⁵ Nach der Doktrin ist entscheidend, ob eine justizielle (Rechtshilfe) oder eine administrative Behörde (Amtshilfe) um Hilfe ersucht wird.⁵³⁶ Die Unterscheidung erweist sich zuweilen als schwierig, weil sich die beiden Bereiche nicht klar trennen lassen, zumal sich die behördlichen Funktionen teilweise überschneiden bzw. beide Kooperationswege in Frage kommen.⁵³⁷ Je nach Rechtsbereich kann die Unterscheidung aber aufgrund erheblicher Differenzen bei den Rechtsgrundlagen, dem Verfahren und dem Rechtsschutz von grosser Relevanz sein, etwa bei der Kooperation in Strafsachen.⁵³⁸ Demgegenüber überschneiden sich beispielsweise die Amtshilfe und die Rechtshilfe in Verwaltungssachen weitgehend und die Abgrenzung gilt mittlerweile als obsolet.⁵³⁹ In Zivilsachen wiederum ist für Private typischerweise entscheidend, ob eine rechtshilfebedürftige Handlung vorliegt, was u.a. vom Verfahrensstadium (z.B. Behauptungsstadium vs. Beweisstadium im Zivilprozess)⁵⁴⁰ abhängen kann.

2. Rechtsgrundlagen

Eine Bewilligung bzw. Genehmigung internationaler Kooperation kann sich einerseits auf *internationales Recht*, d.h. auf Völkerrecht, abstützen (insbesondere völkerrechtliche Abkommen⁵⁴¹, bilaterale Verträge⁵⁴², internationales Gewohnheitsrecht).⁵⁴³ Andererseits

535 Statt vieler: DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, Internationale Rechtshilfe, 4 ff.

536 DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, Internationale Rechtshilfe, 5.

537 DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, Internationale Rechtshilfe, 5.

538 DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, Internationale Rechtshilfe, 5.

539 Vgl. WYSS, Gesetzgebungsbedarf, 228; für die Abgrenzung von Amts- und Rechtshilfe in Steuersachen: BEHNISCH, Rechtsschutzdefizite, 124.

540 GAUTHEY/MARKUS, ZSR 2015, 374, 392.

541 Z.B. die grenzüberschreitende Observation, verdeckte Ermittlung und gemeinsame Ermittlungsgruppen nach ZP II EUER.

542 Z.B. die zahlreichen DBAs, insbesondere den jeweiligen Art. 25.

543 Vgl. in anderen Kontext: BGE 146 IV 36, E. 2.3 m.Hinw.

kann die Grundlage für eine Bewilligung bzw. Genehmigung im *nationalen Recht* liegen (insbesondere bereichsspezifische innerstaatliche Amts- und Rechtshilfebestimmungen⁵⁴⁴ oder Auffanggesetzgebungen).⁵⁴⁵ Nach Ansicht der Exekutiven soll auch Art. 271 StGB (i.V.m. Art. 31 RVOV) solche gesetzliche Grundlage im nationalen Recht darstellen.

3. Rechtsgebiete

Grundsätzlich sind in fast jedem Rechtsbereich entsprechende Kooperationshandlungen und damit das Bedürfnis einer Bewilligung bzw. Genehmigung denkbar.⁵⁴⁶ Historisch stellt der Bereich des *Strafrechts* einen Schwerpunkt dar, bei dem nebst zahlreichen völkerrechtlichen Verträgen mit dem IRSG eine nationale Auffanggesetzgebung besteht.⁵⁴⁷ Auch das *Zivilrecht* hat weitreichende Regelungen erfahren.⁵⁴⁸ Das EJPD kommentiert die wichtigsten Aspekte in diesem Zusammenhang je in einer Wegleitung zur internationalen Rechtshilfe in Strafsachen⁵⁴⁹ sowie in der Wegleitung zur internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen⁵⁵⁰. Schliesslich hat auch der Bereich des *Verwaltungsrechts* (insbesondere der Aufsicht und der internationalen Zusammenarbeit) in den letzten Jahrzehnten stark an Bedeutung gewonnen; zahlreiche Regelwerke sind in jüngerer Zeit diesbezüglich in Kraft getreten,⁵⁵¹ allerdings fehlt in diesem Bereich ausserhalb des Steuerrechts⁵⁵² weiterhin eine allgemeine Auffanggesetzgebung.⁵⁵³ Eine analoge Wegleitung zur internationalen Kooperation in Verwaltungssachen besteht bis heute nicht, obwohl diese auch Private tangiert.

4. Verfahren zur Bewilligungserteilung

Einerseits erlauben gewisse Rechtsakte generell-abstrakt und unmittelbar (self-executing) bestimmte Handlungen i.S.v. Art. 271 StGB. Diesbezüglich ist richtigerweise von *Erlaubnistatbeständen* zu sprechen. Praxisrelevantes Beispiel ist etwa Art. 30 IRSV, der erlaubt, «Schriftstücke in Strafsachen wegen Übertretung von Strassenverkehrsvorschriften» den Empfängern in der Schweiz unmittelbar mit der Post zuzustellen. Andererseits bestehen Rechtserlasse, die Bewilligungsverfahren bzw. diese substituierenden Verfahren in generell-abstrakter Form regeln.⁵⁵⁴ Diesbezüglich erscheint der Begriff der *Bewilligungstatbestände* zutreffend. Typischerweise geschieht dies im Amts- und Rechthilferecht, etwa im IRSG, im EUeR oder in den zahlreichen DBA. Anschauliche Beispiele finden sich ferner im RAG (Art. 26) oder im FINMAG (Art. 42c, Art. 43). Auch im Zivilrecht bestehen entsprechende Rechtgrundlagen, etwa in den multilateralen Haager Übereinkommen so-

544 Z.B. Art. 42c FINMAG.

545 Insb. IRSG; IPRG (insb. Art. 11a); StAhiG; AIAG.

546 S.a. für den Bereich der Amtshilfe: WYSS, Gesetzgebungsbedarf, 218.

547 S.a. KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz, 18.

548 S. nur die multilateralen Haager Übereinkommen (insbesondere HBewUE70) sowie zahlreiche bilaterale Staatsverträge; s.a. GAUTHEY/MARKUS, entraide judiciaire internationale, 69; GAUTHEY/MARKUS, ZSR 2015, 389.

549 Vgl. BJ, Wegleitung Strafsachen⁹.

550 Vgl. BJ, Wegleitung Zivilsachen³.

551 S. nur DBAs, AIAG, FATCA, FINMAG etc.

552 Vgl. StAhiG.

553 S.a. KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz, 18; eine solche Auffanggesetzgebung hätte mit dem ZSSG geschaffen werden sollen.

554 Vgl. BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 83.

wie in zahlreichen bilateralen Staatsverträgen.⁵⁵⁵ In der jüngeren Praxis der Bundesverwaltung wird schliesslich auch in Art. 271 StGB (i.V.m. Art. 31 RVOV) eine selbstständige Grundlage für ein individuell-konkretes Bewilligungsverfahren erblickt, die unter dem Titel «Bewilligung nach Art. 271 StGB» erlassen wird.⁵⁵⁶

III. Die «Bewilligungen nach Art. 271 StGB» insbesondere

A. Vorbemerkung

Basierend auf der vorangehenden Systematisierung lässt sich festhalten, dass der Bereich der internationalen Kooperation eine zunehmende rechtliche Regulierung erfahren hat, mit der Handlungen für einen fremden Staat genehmigt bzw. bewilligt werden. Dieses diverse Regelwerk erfasst in der Form sowohl die Amts- als auch die Rechtshilfe, stützt sich auf internationales und nationales Recht, umfasst sämtliche relevanten Rechtsbereiche und ist i.d.R. in Erlaubnistatbestände oder Bewilligungstatbestände ausgestaltet.

In Bereichen, die keine spezialgesetzliche Regelung erfahren haben, gilt das völkerrechtliche Territorialitätsprinzip grundsätzlich uneingeschränkt,⁵⁵⁷ ebenso die Verbotsnorm von Art. 271 StGB. Um in diesen Konstellationen dennoch Kooperationshandlungen zu erlauben, wird durch die Bundesbehörden sowohl in der Amts- als auch der Rechtshilfe und in sämtlichen Rechtsbereichen Art. 271 StGB i.V.m. Art. 31 RVOV als innerstaatliche Rechtsgrundlage für die Erteilung einer Bewilligung bezeichnet. Die entsprechende Bewilligungserteilung erfolgt in der Regel individuell-konkret; teilweise wurden aber auch ganze Branchen bedient,⁵⁵⁸ oder es wurde eine sog. Musterverfügung erlassen⁵⁵⁹ – ein Vorgehen, das eher generell-abstrakter Natur ist. Der Frage nach der Zulässigkeit einer solchen direkt auf Art. 271 Ziff. 1 StGB i.V.m. Art. 31 RVOV abgestützten Bewilligung kommt je nach Regelungsdichte⁵⁶⁰ und je nach Bestehen einer Auffanggesetzgebung eine unterschiedlich grosse praktische Bedeutung zu. Insgesamt bleibt die Frage bzw. das Instrument aber für sämtliche Bereiche bedeutsam, wobei die Problematik im regelungsärmsten Bereich der Amtshilfe bzw. Rechtshilfe in Verwaltungssachen am virulentesten erscheint. Im Folgenden wird diese Frage der rechtlichen Zulässigkeit solcher «Bewilligungen nach Art. 271 StGB» analysiert. Zu diesem Zweck wird einleitend die aktuelle Praxis (unten § 3.III.B.) dargestellt und daran anschliessend kursorisch die zentralsten rechtlichen Problembereiche aufgezeigt (unten § 3.III.C.). Aus einer Nachzeichnung der Entstehungsgeschichte der Praxis (unten § 3.III.D.) sowie einer Darstellung der daran erwachsenen Kritik (unten § 3.III.E.) werden weitere Aufschlüsse gewonnen. Unter Berücksichtigung dieser Grundlagen wird schliesslich eine eigenständige Auslegung von Art. 271 StGB ge-

555 Vgl. z.B. Art. 15–17 HBewUe70 i.V.m. Erklärung Ziff. 5 f. bzgl. Genehmigung durch das EJPD.

556 Wie noch zu zeigen sein wird, ist diese Bewilligungsart richtigerweise dem *verfassungsunmittelbaren Interessenwahrungsrecht* zuzuordnen; vgl. § 4.

557 S.a. BGE 146 IV 36, E. 2.2. f.

558 So etwa die Praxis im Rahmen des Qualified Intermediary Agreement (QIA), dazu unten § 3.III.D.7.

559 Namentlich die Musterverfügung im Steuerstreit, EFD, Musterverfügung 2013, dazu oben Teil I sowie unten § 3.III.D.8.

560 Nach GAUTHEY/MARKUS, ZSR 2015, 389, ist im Bereich des internationalen Zivilprozessrechts die praktische Bedeutung gering.

mäss dem bundesgerichtlichen pragmatischen Methodenpluralismus vorgenommen (unten § 3.III.F.) und das vorläufige Ergebnis zusammengefasst (§ 3.III.G).

B. Die aktuelle Praxis der «Bewilligung nach Art. 271 StGB»

1. Bewilligungen gestützt auf Art. 271 StGB

In den letzten Jahren haben Möglichkeiten und Bedürfnisse von grenzüberschreitender Informationsbeschaffung bzw. Informationsaustausch sowohl bei staatlichen als auch bei privaten Akteuren stark an Bedeutung gewonnen.⁵⁶¹ Die daraus resultierenden möglichen Souveränitätskonflikte lassen sich daher nicht mehr als ausserordentliches und unvorhersehbares Phänomen bezeichnen.⁵⁶² Vor diesem Hintergrund sind Bundesrat und Verwaltungsbehörden seit einiger Zeit dazu übergegangen, verbotene Handlungen für einen fremden Staat direkt gestützt auf Art. 271 StGB i.V.m. Art. 31 RVOV zu bewilligen. Die Existenz dieser Praxis ist bestens bekannt,⁵⁶³ die Details und Modalitäten wurden allerdings bis heute nicht hinreichend transparent gemacht.

Eine interdepartementale Arbeitsgruppe unter Federführung des BJ hatte im Rahmen des Steuerstreites den Auftrag, die damals geltende Bewilligungspraxis zu Art. 271 StGB zu untersuchen.⁵⁶⁴ Gestützt auf diese Grundlagen musste offenbar «eine sehr uneinheitliche Bewilligungspraxis» konstatiert werden,⁵⁶⁵ selbst die Rechtsnatur der Bewilligung wurde innerhalb der Bundesverwaltung unterschiedlich beurteilt.⁵⁶⁶ Diese Problematiken und Unsicherheiten haben sich im Rahmen des Steuerstreites akzentuiert und die Bewilligungspraxis ist auf grosse Kritik gestossen. Diese Spannungsfelder hätten mit dem ZSSG entschärft werden sollen, indem u.a. eine differenzierte subsidiäre gesetzliche Grundlage zur Bewilligungserteilung für sämtliche Rechtsbereiche hätte geschaffen werden sollen. Mit dem Scheitern des ZSSG herrscht indes unverändert der *status quo ante*. Nichtsdestotrotz haben die Bundesbehörden im Anschluss an den Steuerstreit an der Praxis der Einzelfallbewilligungen gestützt auf Art. 271 StGB festgehalten.

Nicht nur aus der Musterverfügung im Steuerstreit (sowie den damit zusammenhängenden Bewilligungsverlängerungen⁵⁶⁷), sondern auch aus zahlreichen in der Sammlung «Verwaltungspraxis der Bundesbehörden VPB» im Anschluss an den Steuerstreit publizierten Entscheiden des EJPD geht hervor, dass nach Ansicht der Bundesbehörden eine Kompetenz zur Erteilung einer Bewilligung besteht, die sich auf Art. 271 StGB i.V.m. Art. 31 RVOV abstützen soll.⁵⁶⁸ Im Übrigen sind auch vergleichbare Verfügungen seitens des EFD bekannt.⁵⁶⁹ Auch andere Departemente erteilen derartige Bewilligungen.⁵⁷⁰ Es muss davon ausgegangen werden, dass diese Bewilligungspraxis unverändert gilt: Zwar

561 Zu den Hintergründen vgl. BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 6.

562 So treffend BR, Bericht E ZSSG 2013, 41.

563 Vgl. z.B. BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 85 ff.

564 KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz, 2 Fn 2; BR, Bericht E ZSSG 2013, 9.

565 KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz, 18.

566 KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz, 26 f.

567 Vgl. BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016, Sachverhalt.

568 Vgl. VPB 2016 Nr. 3; VPB 2016 Nr. 4; VPB 2016 Nr. 7; VPB 2016 Nr. 8.

569 Vgl. EFD, Verfügung vom 26.10.2015 [unveröffentlicht]; EFD, Verfügung vom 23.6.2015 [unveröffentlicht], zit. bei GRAF, GesKR 2016, 180, 183 ff.

570 Wobei auch hier teilweise unklar ist, auf welche gesetzliche Grundlage sich diese abstützen, vgl. BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 86.

wurde die Entscheidsammlung VPB aufgrund der Organisationsverordnung für die Bundeskanzlei sowie der Publikationsverordnung per 1.1.2018 eingestellt;⁵⁷¹ dass damit eine Änderung des Bewilligungspraxis verbunden wäre, ist indes nicht ersichtlich.

Als Grundlage der folgenden Untersuchung wird vorerst die aktuelle Praxis der Bewilligungserteilung in ihren Grundzügen in objektiver Weise dargestellt.⁵⁷²

2. Formelles

Welche formellen Voraussetzungen und welche Verfahrensordnung für eine «Bewilligung nach Art. 271 StGB» gelten sollen, haben die Verwaltungsbehörden in jüngerer Zeit nie ausdrücklich kommuniziert. Offenbar bestand selbst diesbezüglich keine Einigkeit.⁵⁷³ Der Musterverfügung und der späteren Verwaltungspraxis ist immerhin zu entnehmen, dass die Bewilligungen auf Art. 271 StGB sowie Art. 31 RVOV abgestützt werden.⁵⁷⁴ Ferner werden die Verfahrenskosten gemäss Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Gebührenverordnung (AllGebV) sowie Art. 13 der Verordnung über die Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren⁵⁷⁵ erhoben.⁵⁷⁶ Daraus kann geschlossen werden, dass es sich nach Ansicht der Behörden beim entsprechenden Bewilligungsverfahren um ein Verwaltungsverfahren gemäss VwVG handelt. Die Bewilligung selbst, mit der verbotene Amtshandlungen legalisiert werden, dürfte in ihrer Rechtsnatur als Polizeibewilligung bzw. Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG zu bewerten sein.⁵⁷⁷ Auch die Rechtsprechung hat angenommen, dass es sich um ein Verwaltungsverfahren i.S. des VwVG handelt und die Bewilligung als Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG zu bewerten ist.⁵⁷⁸ Zur Begründung wurde angeführt, dass es sich um eine Anordnung einer Behörde in Bezug auf eine konkrete Person handle, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stütze und Rechte und Pflichten begründe.⁵⁷⁹

In verfahrensrechtlicher Hinsicht wird in der Praxis an die zuständige Stelle ein begründetes Gesuch um Erteilung einer Ausnahmegewilligung gerichtet,⁵⁸⁰ regelmässig verbunden mit einem Eventualantrag betreffend Erlass einer negativer Feststellungsverfügung, falls die Handlung keiner Bewilligung bedarf.⁵⁸¹ Die Zuständigkeit richtet sich nach Art. 31 RVOV. Demnach entscheiden die Departemente und die Bundeskanzlei «in ihrem Bereich» über Bewilligungen (Abs. 1), wobei Fachdepartemente Kompetenzen gemäss RVOG generell oder von Fall zu Fall auf nachgeordnete Verwaltungseinheiten übertragen können (vgl. Art. 47 Abs. 1, Art. 13 RVOV). So hat offenbar etwa das EJPD im Falle aus-

571 Vgl. die Änderung von Art. 6 OV-BK sowie Art. 26 PublV durch die Verordnung vom 11.10.2017 (AS 2017 5765).

572 Für eine ausführliche, normativ geprägte Darstellung, die auch die ältere Praxis und Schranken berücksichtigt vgl. MC GOUGH, Art. 271 StGB, N 394.

573 KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz, 26 f.

574 Statt vieler VPB 2016 Nr. 8, E. II.6; ferner EFD, Musterverfügung 2013, Ziff. II.3.

575 SR 172.041.0.

576 Statt vieler: VPB 2016 Nr. 3, E. II.11 (in casu eine negative Feststellungsverfügung).

577 S.a. VPB 1997 Nr. 82, E. II.4; BJ, Bericht Zusammenarbeit 2011, 49 f.

578 BVerwGer, 9.11.2016, A-1683/2016, E. 1.2; implizit auch BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016, passim.

579 BVerwGer, 9.11.2016, A-1683/2016, E. 1.2.

580 Dazu HOMSY, International cooperation, 344 ff.

581 Illustrativ: VPB 2016 Nr. 7, Ziff. I.1; gerade umgekehrt VPB 2016 Nr. 8, Ziff. I.2; zum Ganzen BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 86.

ländischer Zivilverfahren die Befugnis zur Bewilligungserteilung an das BJ übertragen.⁵⁸² Die jeweilige Zuständigkeit ist in der Praxis nicht immer eindeutig.⁵⁸³ Fälle von politischer oder anderer grundsätzlicher Bedeutung sind dem Bundesrat zu unterbreiten (Art. 31 Abs. 2 RVOV). Wann dies der Fall ist, bleibt mangels Bestimmtheit der Norm auslegungsbedürftig.⁵⁸⁴

3. Materielles

Materiell setzt die Erteilung einer entsprechenden «Bewilligung nach Art. 271 StGB» voraus, dass die zur Bewilligung beantragte Handlung überhaupt eine verbotene Handlung gemäss Art. 271 StGB darstellt.⁵⁸⁵ Gelangt die Bewilligungsbehörde zum Schluss, dass dies nicht der Fall ist, erlässt sie regelmässig eine negative Feststellungsverfügung.⁵⁸⁶

Art. 271 Ziff. 1 StGB enthält nicht den geringsten Anhaltspunkt für den Entscheid, unter welchen Bedingungen eine Bewilligung zu erteilen wäre. Aus der jüngeren Verwaltungspraxis geht nicht abschliessend hervor, welche materiellen Voraussetzungen zur Erteilung einer «Bewilligung nach Art. 271 StGB» herangezogen werden. Im Bericht zur Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden (2011) setzt das BJ insbesondere eine Interessenabwägung zwischen dem Interesse an der Wahrung der schweizerischen Gebietshoheit und Souveränität einerseits und dem Interesse an der Kooperation mit ausländischen Behörden unter Berücksichtigung des Interesses der betroffenen Privaten voraus; darüber hinaus seien insbesondere das ausserpolitische Konfliktpotential, souveränitätspolitische Interessen, grundrechtliche Betroffenheit Privater sowie die Eingriffsintensität der Amtshandlung zu berücksichtigen.⁵⁸⁷ Ganz ähnlich wurde im Rahmen der Musterverfügung zu einer «Bewilligung nach Art. 271 StGB» festgehalten: «Art. 271 Ziff. 1 StGB enthält keine Anhaltspunkte oder Vorgaben für den Entscheid, unter welchen Bedingungen eine Bewilligung zu erteilen ist. Es ist das Interesse an der Wahrung der schweizerischen Gebietshoheit und Souveränität einerseits und das Interesse an der Kooperation mit ausländischen Behörden andererseits zu gewichten und dabei das Interesse der betroffenen Privaten in die Abwägung einzubeziehen».⁵⁸⁸

Nach Ansicht der Bundesbehörden sind Bewilligungen offenbar zu befristen.⁵⁸⁹ Die grundsätzliche Zulässigkeit der Bewilligung vorausgesetzt, steht es den Behörden selbstverständlich offen, die Verfügung mit Bedingungen oder Auflagen zu versehen.⁵⁹⁰

Neben den genannten Voraussetzungen postuliert namentlich die Doktrin weitere Schranken, insbesondere die Subsidiarität, das Verbot der Umgehung des Amts- und Rechtshilfeweges oder das Verbot von «Globalbewilligungen».⁵⁹¹ Allerdings lassen sich

582 FISCHER/RICHA, pretrial discovery, N 147 Fn 264.

583 S.a. BJ, Bericht Zusammenarbeit 2011, 50.

584 Vgl. MC GOUGH, Art. 271 StGB, N 392 f.

585 S.a. Kommentar Amtshilfe-OESTERHELT/FRACHEBOUD, § 29 N 41.

586 Vgl. z.B. VPB 2016 Nr. 3, E. II.11; s.a. Kommentar Amtshilfe-OESTERHELT/FRACHEBOUD, § 29 N 51 f.

587 BJ, Bericht Zusammenarbeit 2011, 51.

588 Vgl. EFD, Musterverfügung 2013, Ziff. II.6.

589 Vgl. EFD, Musterverfügung 2013, Ziff. II.11.

590 Vgl. EFD, Musterverfügung 2013, Ziff. II.11; s.a. MC GOUGH, Art. 271 StGB, N 409.

591 Vgl. Kommentar Amtshilfe-OESTERHELT/FRACHEBOUD, § 29 N 42, 44, 46; MC GOUGH, Art. 271 StGB, N 395.

diese Schranken – die teilweise aus der älteren Praxis hergeleitet werden⁵⁹² – in der jüngeren Praxis gerade nicht wiederfinden, was auch die entsprechenden Lehrmeinungen nicht in Abrede stellen.⁵⁹³

4. Rechtliche Wirkung

Die Bundesbehörden haben in der Vergangenheit betont, dass mit einer Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB «nur eine Strafbarkeit nach dieser Bestimmung ausgeschlossen» sei.⁵⁹⁴ Die Bewilligung entbinde aber nicht darüber hinaus von der Einhaltung der übrigen Bestimmungen des schweizerischen Rechts.⁵⁹⁵ Tatsächlich werden aber mit einer Bewilligung definitionsgemäss Handlungen erlaubt, die ihrem Wesen und Zweck sich als Amtstätigkeit charakterisieren. Deklarationen betreffend die Einhaltung der übrigen Bestimmungen des schweizerischen Rechts können mithin lediglich die so übertragenen hoheitlichen Kompetenzen begrenzen.

Die Praxis hat denn auch gezeigt, dass zahlreiche Eingriffe in rechtlich geschützte Bereiche, die grundsätzlich ausgeschlossen wären, allein durch die Bewilligung ermöglicht werden und von den Betroffenen offenbare *tale quale* hingenommen werden müssen,⁵⁹⁶ selbst im strafrechtlich geschützten Bereich.⁵⁹⁷

Zu beachten ist, dass durch Verwaltungsbehörden erteilte verwaltungsrechtliche Bewilligungen nach Art. 271 StGB für die Strafverfolgungsbehörden nicht per se verbindlich sind.⁵⁹⁸ Indes ist in diesen Konstellationen nicht zu erwarten, dass die erforderliche Verfolgungsermächtigung (Art. 66 StBOG) erteilt wird;⁵⁹⁹ sollte dies doch der Fall sein, so dürften sich Betroffene aber i.d.R. erfolgreich auf einen Rechtsirrtum berufen können.⁶⁰⁰

5. Rechtsschutz

Die jüngere Praxis qualifiziert Einzelfallbewilligungen trotz einiger Unsicherheiten⁶⁰¹ offenbar als Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG.⁶⁰² Damit ist grundsätzlich die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 44 VwVG; Art. 31 VGG).⁶⁰³ Zu berücksichtigen ist, dass Verfügungen auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten, lediglich beim Bundesrat anfechtbar sind, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt (Art. 72 lit. a VwVG; Art. 32 Abs. 1 lit. a

592 Dazu unten § 3.III.D.

593 Vgl. Kommentar Amtshilfe-OESTERHELT/FRACHEBOUD, § 29 N 42: «erheblich aufgeweicht»; MCGOUGH, Art. 271 StGB, N 396.

594 Vgl. EFD, Musterverfügung 2013, Ziff. II.8.

595 Vgl. EFD, Musterverfügung 2013, Ziff. II.8.

596 Vgl. BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016.

597 Nach Ansicht der Bundesanwaltschaft schliesst etwa eine Bewilligung der «plus haute autorité politique du pays» die Anwendung von Art. 273 aus, vgl. BA, Nichtanhandnahmeverfügung, 16.8.2012 im späteren Verfahren BB.2012.133 vor BStGer; zit. bei BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 273 N 81.

598 GRAF, GesKR 2016, 170

599 S.a. BAZZI, Wirtschaftsspionage, N 469.

600 S.a. GRAF, GesKR 2016, 170.

601 Vgl. BJ, Bericht Zusammenarbeit 2011, 49 f.

602 BVerwGer, 9.11.2016, A-1683/2016, E. 1.2; implizit auch BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016, *passim*.

603 BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016, E. 2.1.

VGG; Art. 83 lit. a BGG; Art. 189 Abs. 4 BV). Auch Verfügungen des Bundesrats auf dem Gebiet der auswärtigen Angelegenheiten bleiben einer gerichtlichen Kontrolle gänzlich verschlossen, sofern das Völkerrecht nicht einen entsprechenden Anspruch vorsieht (Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG; Art. 83 lit. a BGG; Art. 189 Abs. 4 BV).⁶⁰⁴ Gemäss Bundesgericht ist der Begriff der «übrigen auswärtigen Angelegenheiten» eng zu verstehen.⁶⁰⁵ Während die ältere Praxis (unter der Geltung des damaligen Art. 98 lit. a OG) den verwaltungsgerichtlichen Rechtsweg noch ausgeschlossen hatte,⁶⁰⁶ anerkannte die jüngere Praxis diesen im Einzelfall.⁶⁰⁷ Ebenso wurde etwa im Bereich der Übermittlung von Bankdaten ein völkerrechtlicher Anspruch im Grundsatz bejaht.⁶⁰⁸ Für von einer Bewilligung betroffene Dritte hat die jüngere Rechtsprechung den Rechtsschutz indes erheblich eingeschränkt und in einem konkreten Fall die Legitimation mangels schutzwürdigen Interesses verneint, weil ein zivilrechtliches Verfahren (i.c. betreffend Herausgabeverbot) die Rechte des Betroffenen ebenso wirkungsvoll schützen würde.⁶⁰⁹

C. Problembereiche der aktuellen Praxis

1. Übersicht

Die Praxis, Bewilligungen zur Vornahme von Amtshandlungen ohne spezialgesetzliche Grundlage direkt gestützt auf Art. 271 StGB zu erteilen, eröffnet verschiedene rechtliche Problemfelder. Auf die zentralsten Aspekte wird nachfolgend kursorisch eingegangen:

2. Legalitätsprinzip

Mit einer Bewilligung gestützt auf Art. 271 StGB erlaubt der schweizerische Staat einem fremden Staat und/oder einem Privaten eine dem Staat vorbehalten Handlung an seiner Stelle vorzunehmen. Tätigkeiten nach Art. 271 StGB sind per definitionem Handlungen, «die einer Behörde oder einem Beamten zukommen», also wesensmässig amtlicher bzw. hoheitlicher Natur (Amtshandlungen).⁶¹⁰

Eine Bewilligung erteilt also hoheitlich Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit der Vornahme von Handlungen mit öffentlichrechtlichem Charakter; sie betrifft die Regelung von Aufgaben und Leistungen des Bundes sowie die damit zusammenhängende Organisation und Verfahren, indem sie Abweichungen von Amts- und Rechtshilfebestimmungen vorsieht oder solche (fehlenden) Bestimmungen substituiert. Typischerweise

604 BGE 137 II 431 E. 3.2.1, sowie die nichtpublizierte E. 1.1.3; s.a. VPB 1997 Nr. 82, E. II.4; BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 25 ff.; BJ, Bericht Zusammenarbeit 2011, 49 f.; BR, Bericht E ZSSG 2013, 44 f.

605 BGE 137 II 431, sowie die nichtpublizierte E. 1.1.3.; s.a. BVerwGer, 9.11.2016, A-1683/2016, E. 2.1.1.; bestätigt durch BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016, E. 2.1.

606 Vgl. VPB 1997 Nr. 82, E. II.4.

607 BVerwGer, 9.11.2016, A-1683/2016, E. 2.1.2, wonach der Auslandbezug nur «subsidiär» sei; zustimmend, BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016, E. 2.1.

608 In BVerwGer, 9.11.2016, A-1683/2016, E. 2.1.4, wurde im Rahmen einer Eventualbegründung postuliert, dass «Bankdaten» in den Schutzbereich von Art. 6 und 8 EMRK fallen würden; m.Hinw. auf EGMR, 22.12.2015, Nr. 28601/11, G.S.B./Schweiz, N 51.

609 BVerwGer, 9.11.2016, A-1683/2016, E. 4.3.5; im Resultat bestätigt durch BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016, E. 3.1.3.

610 Vgl. BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 23 f.; DSG Komm.-ROSENTHAL, Art. 271 StGB N 9; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, Strafrecht IV, § 75, 1.2.; vgl. auch SCHWANDER, StGB, N 734.

werden damit auch Eingriffe in grund- und menschenrechtlich garantierte Positionen, ins Datenschutzrecht, in rechtlich geschützte Geheimnisinteressen sowie weitere Rechtsbereiche erlaubt.⁶¹¹ Nicht zuletzt wird damit auch die Wirkung einer strafrechtlichen Norm ausgesetzt.

Damit gelangen die Anforderungen des Legalitätsprinzips im Rahmen solcher Bewilligungserteilungen in mannigfacher Weise zu Anwendung. Das Legalitätsprinzip hat in verschiedenen Bereichen eine je besondere Ausprägung erhalten, vorliegend sind insbesondere die Vorgaben von Art. 5 BV (Verfassungsgrundsätze), Art. 164 BV (Anforderungen an die Gesetzgebung) sowie Art. 36 Abs. 1 BV (Einschränkung von Grundrechten) relevant. Vor dem Hintergrund dieser Vorgaben erscheint offensichtlich, dass derartige Handlungen überhaupt nur unter dem Vorbehalt einer generell-abstrakten Regelung in einem formellen Gesetz durch den Staat bewilligt werden können. Eine solche spezialgesetzliche Regelung ist beim Sonderfall der unmittelbar auf Art. 271 StGB gestützten Bewilligung gerade nicht ersichtlich. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung stellt die Frage nach der rechtlichen Grundlage der Bewilligungen die Kernproblematik dar, sämtliche weitere Problembereiche hängen direkt oder indirekt damit zusammen. Im Rahmen der Charakterisierung der «Bewilligung nach Art. 271 StGB» wird deshalb der Fokus insbesondere auf das Legalitätsprinzip gerichtet (vgl. unten § 4.).

3. Grundsatz der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) und Willkürverbot (Art. 9 BV)

Das Legalitätsprinzip in seiner Ausgestaltung als Rechtssatzvorbehalt dient dazu, eine rechtsgleiche Behandlung vergleichbarer Fälle (vgl. Art. 8 BV) sicherzustellen; eng damit verknüpft ist auch der Grundsatz des Willkürverbots (Art. 9 BV).⁶¹² Unbestrittenermassen enthält die Strafnorm von Art. 271 Ziff. 1 StGB «keine Anhaltspunkte oder Vorgaben für den Entscheid, unter welchen Bedingungen eine Bewilligung zu erteilen ist».⁶¹³ Gerade dies war in der Vergangenheit ein behördeninterner Kritikpunkt an der Bewilligungspraxis (vgl. unten § 3.III.E. 2.). Mit der Einstellung der Entscheidsammlung VPB hat sich das Problem zusätzlich verschärft. Soweit ersichtlich, fehlt es seither an Bemühungen, die Praxis auch nur im Ansatz einer dringend erforderlichen Transparenz zuzuführen, was einer dem Rechtsstaat nicht würdigen Kabinettsjustiz gleichkommt. Wie soll ohne generell-abstrakte Grundlage und ohne zugängliche Publikation der geltenden Praxis sichergestellt werden, dass gemäss dem von ARISTOTELES geprägten Grundsatz⁶¹⁴ Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird? Wie soll gewährleistet werden, dass keine rechtlichen Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist? Eine solche Praxis, die keine erkennbaren Kriterien für den Bewilligungsentscheid ausweist, untergräbt die Rechtssicherheit den Grundsatz von Treu und Glauben und läuft sogar Gefahr, den Anschein von Willkür zu erwecken.⁶¹⁵

611 Etwa den Persönlichkeitsschutz und den Arbeitnehmerschutz gemäss OR (insbesondere Art. 28, Art. 328, Art. 328b OR).

612 Statt vieler: BGE 129 I 161, E. 2.1; s.a. zu diesem Zusammenhang BGE 123 IV 29 E. 3a.

613 Vgl. EFD, Musterverfügung 2013, Ziff. II.6.

614 ARISTOTELES, Nikomachische Ethik, 1131a.

615 Zum Begriff der Willkür in der Rechtsanwendung statt vieler BGE 138 I 305 E. 4.3; im Zusammenhang mit dem Legalitätsprinzip s.a. BGE 122 IV 262 E. 2a.

4. Umgehung der Amts- und Rechtshilferegelungen

Eine «Bewilligung nach Art. 271 StGB» erlaubt die Vornahme von Amtshandlungen im Interesse fremder Staaten, betrifft also die typische Domäne des Amts- bzw. Rechtshilferechts. Die Erteilung einer Bewilligung soll explizit auch dort möglich sein, wo Regeln des Amts- bzw. Rechtshilferechts bestehen.⁶¹⁶ Gerade im Bereich der internationalen Kooperation in Straf- sowie Zivilsachen bestehen nicht nur umfangreiche Regelwerke, sondern auch weitgehende Auffanggesetzgebungen.⁶¹⁷ Diese völkerrechtlichen oder nationalen Regelwerke sehen – je nach Teilgebiet – systemprägende Grundprinzipien sowie Verfahrensgarantien für die Betroffenen vor.

So dominieren im Bereich der *internationalen Rechtshilfe in Strafsachen* folgende Maximen: Beachtung der Menschenrechte, des Diskriminierungsverbotes sowie des *ordre public*, Prinzip der Verhältnismässigkeit, Individualschutzprinzip, Berücksichtigung prozesualer Verfahrenshindernisse, Spezialitätsprinzip; ferner das Gegenrechtsprinzip sowie das Prinzip der beidseitigen Strafbarkeit.⁶¹⁸ Das Rechtshilfeverfahren ist geleitet von verschiedenen Verfahrensgrundsätzen, die den Interessen der betroffenen Personen als Verfahrensparteien Nachachtung verschaffen (Anspruch auf rechtliches Gehör, Official- und Untersuchungsmaxime, Recht auf unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsbeistand etc.).⁶¹⁹ Zudem steht den Betroffenen der Rechtsweg gegen eine Verfügung im Bereich der internationalen Rechtshilfe offen.⁶²⁰

Im Bereich der *internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen* besteht ein weit ausgebauten Regelwerk (insbesondere Haager Übereinkommen, bilaterale Verträge etc.).⁶²¹ Darin werden relevante Themen wie grenzüberschreitende Zustellung oder Beweiserhebung eingehend geregelt.⁶²² Ebenso garantieren die Regelwerke die Wahrung der Verfahrensrechte der Betroffenen (Anspruch auf rechtliches Gehör, Übersetzung etc.)⁶²³ und eröffnen den Betroffenen den Rechtsweg.⁶²⁴

Auch im Bereich der *internationalen Rechtshilfe in Verwaltungssachen* bzw. dem in praxi weitgehend deckungsgleichen⁶²⁵ Begriff der *Amtshilfe* (in Verwaltungssachen) bestehen spezialrechtliche, völkerrechtliche Verträge, die Bestimmungen zur internationalen Kooperation (insb. Zustellungen und Beweiserhebungen) beinhalten.⁶²⁶ Zwar fehlt es weiterhin an einer allgemeinen Auffanggesetzgebung; aber selbst dieser Bereich wird beherrscht von bereichsspezifischen Prinzipien wie dem Spezialitätsprinzip, dem Vertraulichkeitsprinzip, dem Prinzip der langen Hand oder dem Grundsatz der Wahrung der öffent-

616 Vgl. VPB 1997 Nr. 82, E. III.4.

617 Vgl. IRSG; IPRG, dort insbesondere Art. 11a. Auch im Bereich der Steueramtshilfe besteht insbesondere mit dem StAhiG sowie dem AIAG nunmehr eine umfassende (Auffang-)Gesetzgebung.

618 Statt vieler DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, *Internationale Rechtshilfe*, 80 ff.

619 Statt vieler DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, *Internationale Rechtshilfe*, 138 ff.

620 Statt vieler DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, *Internationale Rechtshilfe*, 147 ff.

621 GAUTHEY/MARKUS, *entraide judiciaire internationale*, 69; GAUTHEY/MARKUS, ZSR 2015, 389.

622 Vgl. zum Ganzen auch Wegleitung Zivilsachen³, passim.

623 S.a. z.B. BGE 142 III 116, E. 3.2.

624 S.a. Art. 72 Abs. 2 lit. b BGG.

625 Vgl. WYSS, Gesetzgebungsbedarf, 228; für die Abgrenzung von Amts- und Rechtshilfe in Steuersachen: BEHNISCH, Rechtsschutzdefizite, 124.

626 S. nur WYSS, Gesetzgebungsbedarf, 225 ff.

lichen Interessen sowie der Verhältnismässigkeit.⁶²⁷ Auch hier sind umfangreiche Verfahrensgarantien für die Betroffenen vorgesehen.⁶²⁸

Diese Grundsätze, Regelungen und Garantien des Amts- bzw. Rechtshilferechts werden bewusst umgangen, wenn eine Kooperation ausserhalb dieses Rahmens bewilligt wird. Die Aushebelung der Amts- und Rechtshilferegeln ist im Lichte dieser Regelwerke v.a. da problematisch, wo von einer Bewilligung Dritte betroffen sind, die in die bewilligte Handlung nicht zwanglos einwilligen und damit ihrer Rechte verlustig gehen. Selbstverständlich können im Rahmen der Bewilligungserteilung einzelne Kautelen, etwa in Form von Auflagen oder Bedingungen, vorgesehen werden. Doch vermögen diese nicht das Erfordernis rechtlicher Grundlagen zu ersetzen, zumal eine Aussetzung der als Schranke wahrgenommenen Amts- und Rechtshilferegeln in diesen Fällen typischerweise gerade das Ziel der gesuchstellenden Partei ist.⁶²⁹

5. Privatisierung von Staatsaufgaben

Unter Berufung auf Art. 271 StGB legalisiert die Exekutive nicht nur die Vornahme verbotener Amtshandlungen; darüber hinaus wird mit einer Bewilligung auch deren Ausführung von den zuständigen Bundesbehörden an Private übertragen. Die Übertragung von Verwaltungsaufgaben an Personen des privaten Rechts setzt gemäss Art. 178 Abs. 3 BV eine bereichsspezifische formell-gesetzliche Ermächtigung voraus: «Verwaltungsaufgaben können *durch Gesetz* Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen werden, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen».⁶³⁰ Eine solche Delegationsnorm ist im Bereich der Amts- und Rechtshilfe nicht ersichtlich. Art. 31 RVOV bezieht sich offensichtlich nicht auf Private, sondern lediglich auf die *Organkompetenz* innerhalb der Exekutiven. Hinzu kommt, dass umstritten ist, ob derartige Kooperationshandlungen, namentlich die Zurverfügungstellung von Informationen an ausländische Strafverfolgungsbehörden⁶³¹ bzw. die Strafverfolgung⁶³² an sich, überhaupt delegierbare behördliche Aufgaben des Bundes i.S.v. Art. 178 BV darstellen.⁶³³

Mit der Erteilung einer Bewilligung zieht sich der Staat punktuell aus seinen Verpflichtungen im Bereich der Amts- und Rechtshilfe zurück, schafft so ein Vakuum und kehrt die Rollen: Nicht mehr die Kooperationshandlung als verbotene Amtshandlung bedarf einer rechtlichen Rechtfertigung – vielmehr werden umgekehrt die Betroffenen gezwungen, die nunmehr privatisierte Streitigkeit auf dem Zivilweg auszufechten.⁶³⁴ Dies bewirkt gewissermassen als Nebeneffekt eine Beweislastumkehr⁶³⁵ und verschlechtert die

627 BGE 126 II 409, E. 3 f.; s.a. BAZZI, Wirtschaftsspionage, N 373.

628 Vgl. z.B. Art. 42 ff. FINMAG.

629 Das wird zuweilen offen anerkannt, vgl. BVerwGer, 9.11.2016, A-1683/2016, E. 2.1.3: «Auch die Verfügung des EFD soll nämlich die Datenlieferung (ebenso wie damals jene der FINMA) an die USA ermöglichen, die letztlich der Besteuerung einzelner Personen bzw. der Verfolgung von Steuerstraftaten dienen».

630 Herv.d.V.; s.a. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 178 N 32 m.Hinw.

631 MOHLER/GLUTZ, NZZ, 4.7.2013, 21.

632 BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 178 N 28.

633 Vgl. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 178 N 28 m.Hinw.; verneinend: MOHLER/GLUTZ, NZZ, 4.7.2013, 21.

634 Illustrativ: BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016.

635 So bereits HUSMANN, AJP 2014, 667.

Position der Betroffenen erheblich (namentlich der nicht kooperationswilligen Personen). Wie problematisch dieses Vorgehen ist, zeigt sich daran deutlich, dass von den – wenigen – zivilrechtlichen Klagen der Betroffenen gegen die konkreten Datenherausgaben im Rahmen des Steuerstreites zahllose gutgeheissen werden mussten.⁶³⁶

6. Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV, Art. 9 BV)

Der Grundsatz von Treu und Glauben ist nicht nur ein verfassungsmässiges Individualrecht (Art. 9 BV), sondern auch ein allgemeiner Verfassungsgrundsatz (Art. 5 Abs. 3 BV). Er ist verletzt, wenn staatliche Organe berechtigtes Vertrauen brechen, insbesondere durch widersprüchliches oder missbräuchliches Verhalten.⁶³⁷ Die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts hat festgehalten, dass Art. 271 StGB letztlich auch das Vertrauen der Rechtsunterworfenen schützt, dass hoheitliche Befugnisse nur durch die dafür zuständigen Staatsorgane und rechtmässig ausgeübt werden.⁶³⁸ Die Strafnorm bewirke gewissermassen als Nebeneffekt, dass Rechtssubjekte bezüglich Eingriffe in ihre Rechte auf rechtsstaatliches Handeln vertrauen dürfen.⁶³⁹ Wenn staatliche Behörden trotz offensichtlicher Kenntnis einer fehlenden gesetzlichen Grundlage eben solche Handlungen bewilligen, ohne sich um die Schaffung hinreichender gesetzlicher Grundlagen zu bemühen, so erscheint dies als Verstoss gegen den Vertrauensgrundsatz.⁶⁴⁰

7. Gewaltenteilung

Der Grundsatz der Gewaltenteilung gilt als fundamentales Organisationsprinzip des liberalen Verfassungsstaates; indes gilt er auf Bundesebene nur als allgemeine Richtschnur.⁶⁴¹ So sind in bestimmten Bereichen – etwa der Wahrung der äusseren Sicherheit, der Unabhängigkeit, der Neutralität und der inneren Sicherheit – sowohl die Bundesversammlung (Art. 173 BV) als auch der Bundesrat (Art. 184 und 185 BV) zuständig.⁶⁴² Bewilligungen nach Art. 271 StGB tangieren typischerweise zwei Sphären: Einerseits die staatliche bzw. völkerrechtliche, indem ausnahmsweise Eingriffe in die staatliche Souveränität bzw. Relativierungen des Territorialitätsprinzips genehmigt werden. Andererseits die individuelle, indem damit regelmässig hoheitlich Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit der Vornahme von Handlungen mit öffentlichrechtlichem Charakter statuiert werden. Während die souveränitätsrechtliche bzw. völkerrechtliche Seite den Bereich der auswärtigen Angelegenheiten beschlagen, diesbezüglich eine umfassende – gar originäre – Kompetenz des Bundesrats besteht (vgl. Art. 184 Abs. 1 BV), kann dies auf der anderen

636 S. nur: REBER, Jusletter 2015, passim; BGer, I. ZRA, 22.9.2016, 4A_83/2016; HGer ZH, 14.1.2016, ZR 2016, Nr. 76, 301 ff.; OGer ZH, 8.2.2016, ZR 2016, Nr. 21, 117 ff.; KGer FR, 16.12.2016, 101 2016 232; Zivilgericht BS, 5.11.2014, BJM205, 176 ff.; Cour de Justice GE, 13.12.2013, C/225/2013; Cour de Justice GE, 11.12.2015, 13.12.2013, C1271/2013; Tribunal des prud'hommes GE, 30.4.2015, JTPH/169/2015; Tribunal des districts d'Hérens et Conthey, 13.11.2014, HCO C2 14 211, RVJ 2015, 259; s.a. BGE 141 III 119; zum Ganzen auch BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 90.

637 BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 5 N 23.

638 BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.1.1.1 m.Hinw. auf HUSMANN, AJP 2014, [recte] 655.

639 BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.1.1.1.

640 S.a. BGE 122 IV 262 E. 2a.

641 BIAGGINI, BV Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 143–191c N 2.

642 BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 185 N 2, 5; s.a. TRÜMLER, Notrecht, N 258.

Seite nicht für die Erteilung des Rechts gelten, in geschützte Positionen der Rechtsunterworfenen einzugreifen. Ein solches Handeln geht über den Bereich der auswärtigen Angelegenheiten hinaus und tangiert primär die individualrechtliche Sphäre der Rechtsunterworfenen. Auch die Rechtsprechung hat explizit anerkannt, dass bei einer derartigen Verfügung ein Bezug zu aussenpolitischen Interessen kaum erkennbar sei und ein Bezug zur inneren oder äusseren Sicherheit des Landes oder zur Neutralität ganz fehle.⁶⁴³ Damit ist auch aus Sicht der Gewaltenteilung eine generelle verfassungsmässige Kompetenz der Exekutiven, in diesen Bereichen mittels Bewilligungen entsprechende Handlungen zu erlauben, nicht erkennbar.

8. Rechtsweggarantie

Gemäss Art. 29a BV hat jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde, auch Art. 6 EMRK gewährleistet bei Streitigkeiten um sog. civil rights den Zugang zu einem Gericht⁶⁴⁴ und Art. 8 EMRK i.V.m. Art. 13 EMRK gewährleistet das Recht auf wirksame Beschwerde im Kontext der EMRK. Zwar kann eine richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausgeschlossen werden (vgl. Art. 29a 2. Satz BV), allerdings betreffen diese Fälle vollständiger Verweigerung des Gerichtszugangs typischerweise Bereiche mit mangelnder Justiziabilität, etwa «des actes gouvernementaux qui soulèvent essentiellement des questions politiques, lesquelles ne se prêtent pas au contrôle du juge».⁶⁴⁵ Im Sinne einer solchen Ausnahme sind Verfügungen der Bundesbehörden auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten lediglich beim Bundesrat anfechtbar, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt (Art. 72 lit. a VwVG; Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG; Art. 83 lit. a BGG; Art. 189 Abs. 4 BV). Entscheide des Bundesrates selbst sind grundsätzlich einer richterlichen Kontrolle entzogen (vgl. Art. 189 Abs. 4 BV).⁶⁴⁶

Zwar hat das Bundesgericht erklärt, dass der Begriff der «übrigen auswärtigen Angelegenheiten» eng zu verstehen sei und Anordnungen vorwiegend politischer Natur umfasse⁶⁴⁷ und ist auf eine entsprechende Beschwerde eingetreten;⁶⁴⁸ ebenso hat das Bundesverwaltungsgericht angedeutet, dass etwa bei Bankdaten ein völkerrechtlicher Anspruch auf gerichtliche Überprüfung bestehen dürfte.⁶⁴⁹ Diese Erwägungen sind allerdings weder hinreichend gefestigt, noch können sie tale quale auf sämtliche Fälle einer «Bewilligung nach Art. 271 StGB» übertragen werden, zumal die Rechtsweggarantie nicht von Gesetzes wegen statuiert wird.⁶⁵⁰

643 BVerwGer, 9.11.2016, A-1683/2016, E. 2.1.2; bestätigt durch BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016, E. 2.1: «[...] zu Recht bejaht und sich zutreffend der Auffassung des EFD widersetzt [...]».

644 BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 29a N 2.

645 So BGE 134 V 443, E. 3.1; s.a. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 29a N 10 m.Hinw.

646 BGE 137 II 431, E. 3.2.1

647 BGE 137 II 431, E. 1.1.3.; s.a. BVerwGer, 9.11.2016, A-1683/2016, E. 2.1.1; bestätigt durch BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016, E. 2.1.

648 BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016, E. 2.1.

649 BVerwGer, 9.11.2016, A-1683/2016, E. 2.1.4 m.Hinw. auf Art. 6 und 8 EMRK sowie EGMR, 22.12.2015, G.S.B. c. Schweiz, Nr. 28601/11.; s.a. Kommentar Amtshilfe-OESTERHELT/FRACHEBOUD, § 29 N 48 in fine.

650 S.a. MC GOUGH, Art. 271 StGB, N 419 f.

Es ist daran zu erinnern, dass im Marcos-Entscheid der gerichtliche Rechtsweg explizit ausgeschlossen wurde.⁶⁵¹ Auch im Bericht zur Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden (2011) wird die Befürchtung geäußert, dass im Rahmen von Bewilligungen der gerichtliche Rechtsweg ausgeschlossen sein könnte.⁶⁵² Allein schon die Möglichkeit der Einschränkung des Rechtsweges – begründet durch die Janusköpfigkeit einer entsprechenden Bewilligung, die unter dem Titel der auswärtigen Angelegenheiten nicht nur souveränitätsrechtliche, sondern ebenso individualrechtliche, polizeirechtliche Aspekte regelt – erscheint angesichts der konkreten Rechtsschutzbedürfnisse im Lichte der Rechtsweggarantie problematisch.⁶⁵³ Tatsächlich hat die Bewilligungspraxis auch in der jüngeren Rechtsprechung zumindest gegenüber Drittbetroffenen zu einer massiven Einschränkung des Rechtsweges geführt: Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, das die Legitimation eines Mitglieds des Stiftungsrats im Rahmen einer Beschwerde gegen die Verlängerung einer «Bewilligung nach Art. 271 StGB» zu Gunsten eines Finanzinstitutes mit dem Hinweis verneinte hatte, er könne sich gegen die konkrete Herausgabe auf dem Zivilrecht und der Gesetzgebung zum Datenschutz zur Wehr setzen,⁶⁵⁴ erscheint im Lichte der eingangs genannten rechtsstaatlichen Garantien nicht haltbar.⁶⁵⁵

9. Zwischenfazit

Die vorangehenden Ausführungen zeigen auf, dass die Meinung vorherrscht, dass die Verwaltungsbehörde gestützt auf Art. 271 StGB i.V.m. Art. 31 RVOV Bewilligung zur Vornahme von strafrechtlich verbotenen Handlungen erteilen können – ohne spezialgesetzliche Grundlagen, allein gestützt auf die Strafnorm selbst. Auf diese Weise «legalisierte» Amtshandlungen erscheinen im Lichte verschiedener rechtsstaatlicher bzw. verfassungsmässiger Prinzipien und Garantien höchst problematisch. Aufgeworfen ist damit vorab die Frage, wie sich eine solche Bewilligungspraxis in einem rechtsstaatlichen Kontext entwickeln konnte. Dabei ist vorab in Erinnerung zu rufen, dass in der klassischen Lehre der Aussenpolitik das Legalitätsprinzip stark relativiert wurde. Erst in den letzten Jahrzehnten wurde diese Praxis abgelöst durch das Postulat einer normgebundenen Aussenpolitik.

D. Genealogie der aktuellen Praxis

1. Vorläuferbestimmungen von Art. 271 StGB und Schaffung des schweizerischen Strafgesetzbuches⁶⁵⁶

Bereits der Gesetzesentwurf des Bundesgesetzes über das Bundesstrafrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft von 1853 sah unter dem Titel «Verbrechen gegen die äußere Sicherheit und Ruhe der Eidgenossenschaft» Staatsschutzbestimmungen vor. Art. 41 des Gesetzesentwurfs lautete:

651 VPB 1997 Nr. 82, E. II.4 m.Hinw. auf Art. 98 OG.

652 BJ, Bericht Zusammenarbeit 2011, 51.

653 S.a. BJ, Bericht Zusammenarbeit 2011, 51; BR, Bericht E ZSSG 2013, 44 f.; krit. auch Kommentar Amtshilfe-OESTERHELT/FRACHEBOUD, § 29 N 50.

654 BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016, E. 3.3.

655 Krit. auch Kommentar Amtshilfe-OESTERHELT/FRACHEBOUD, § 29 N 49.

656 Zur Entstehungsgeschichte s.a. MC GOUGH, Art. 271 StGB, N 27 ff.

«Ein Schweizer, welcher ohne Bewilligung der Bundesbehörden mit einer fremden Regierung oder mit einem Agenten einer solchen sich in einen diplomatischen Verkehr einläßt, in der Absicht, auf das Verhalten des betreffenden fremden Staates gegen die Eidgenossenschaft einzuwirken, soll zu einer Geldbuße verurtheilt werden, sofern nicht nach den Art. 37 und 38 eine schwerere Strafe anwendbar ist».⁶⁵⁷

Die Bestimmung wurde zwar in der Folge nicht ins Bundesgesetz über das Bundesstrafrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft von 1853 aufgenommen,⁶⁵⁸ dennoch drängt sich eine genauere Betrachtung auf, zumal die Bestimmung eine evidente Ähnlichkeit zu Art. 271 Ziff. 1 StGB aufweist. Die Strafnorm zielte auf völkerrechtswidrige Handlungen gegen die Schweiz und den gegen die Eidgenossenschaft gerichteten diplomatischen Verkehr «ohne Bewilligung».⁶⁵⁹ Den Materialien ist zu entnehmen, dass «[s]olche Korrespondenzen, welche hinter dem Rücken der Bundesbehörden gepflogen werden, [...] der Eidgenossenschaft sehr nachtheilig sein [können]», weshalb die Norm das «Verbot eines jeden durch die Bundesbehörden nicht ausdrücklich autorisierten diplomatischen Verkehrs mit fremden Regierungen und ihren Agenten» bezweckt.⁶⁶⁰ Damit wird deutlich, dass der Passus «ohne Bewilligung» im Rahmen dieses Gesetzesentwurfes ausschliesslich bezweckte, den autorisierten diplomatischen Verkehr von der Strafnorm auszunehmen. Demgegenüber findet sich in den Materialien kein Hinweis, dass durch den Wortlaut der Strafnorm eine Gesetzesgrundlage zur Bewilligung des diplomatischen Verkehrs hätte geschaffen werden sollen.⁶⁶¹

Die eigentliche Vorläuferbestimmung von Art. 271 StGB findet sich im Bundesgesetz über den Schutz der öffentlichen Ordnung (Ordnungsgesetz) von 1933. Art. 8 Abs. 1 des Ordnungsgesetzes sah u.a. folgende Bestimmung vor:

«Wer ohne Bewilligung auf schweizerischem Gebiete Amtshandlungen im Namen eines fremden Staates vornimmt, [...] wird mit Gefängnis, in schweren Fällen mit Zuchthaus bestraft».⁶⁶²

In Anbetracht des im Vergleich zu Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB fast gleichlautenden Wortlautes, drängt sich auch hierzu eine genauere Betrachtung auf, obschon das Ordnungsgesetz zufolge einer Volksabstimmung nie in Kraft treten konnte.⁶⁶³ Aus den Materialien zum Ordnungsgesetz sind keinerlei Hinweise zu entnehmen, dass damit eine Grundlage für die Ermächtigung zu entsprechenden Amtshandlungen geschaffen werden sollte.⁶⁶⁴ Die Materialien legen nahe, dass der Passus «ohne Bewilligung» lediglich der Ausnahme des autorisierten diplomatischen Verkehrs diene,⁶⁶⁵ aber keine selbstständige Grundlage zur Erteilung derartiger Bewilligungen geschaffen werden sollte.

657 Vgl. BBl 1852 II 568.

658 Vgl. aber Art. 39 BStR.

659 BBl 1852 II 567 f; s.a. Botschaft Bundesstrafrecht 1852, BBl 1852 II 581, 585.

660 Vgl. Botschaft Bundesstrafrecht 1852, BBl 1852 II 585 (die Botschaft verweist fälschlicherweise auf Art. 40 statt 41 des Gesetzesentwurfes über das Bundesstrafrecht vom 1.7.1852).

661 S.a. BSK StGB⁴-HUSMANN, Vor Art. 271 93.

662 Vgl. Lex Häberlin II (Ordnungsgesetz, 1934), BBl 1933 II 511 ff.

663 Vgl. oben § 2.II.

664 Botschaft Ordnungsgesetz 1933, BBl 1933 I 759.

665 Vgl. insbesondere Botschaft Ordnungsgesetz 1933, BBl 1933 I 759: «Dass die Berichterstattung einer fremden diplomatischen Mission oder eines fremden Konsulates an ihre Regierung nicht unter das Verbot fällt, ist selbstverständlich».

Auch den Materialien zum sog. «Spitzelgesetz»,⁶⁶⁶ das auf dem gescheiterten Entwurf des Ordnungsgesetzes basierte, ist eindeutig zu entnehmen, dass der Passus «ohne Bewilligung» lediglich die Ausnahme von «durch Staatsvertrag, Gesetz, völkerrechtliches Gewohnheitsrecht oder besondere Bewilligung gebotene Unterstützung fremder Amtstätigkeit» bezweckte.⁶⁶⁷ Dass die Strafbestimmung ihrerseits Grundlage für eine «besondere Bewilligung» darstellen sollte, wird darin nicht ansatzweise angedeutet.⁶⁶⁸

Im Rahmen der Überführung dieser Bestimmung aus dem «Spitzelgesetz» ins Schweizerische Strafgesetzbuch von 1937 (aStGB) wurde in den Materialien im Wesentlichen auf jenen dringlichen Bundesbeschluss (d.h. das Spitzelgesetz) verwiesen.⁶⁶⁹ Wiederum sind keinerlei Hinweise ersichtlich, die eine Bewilligungspraxis gestützt auf diese Strafnorm – Art. 271 StGB – begründen könnten.⁶⁷⁰

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich eine Praxis zur Bewilligung von verbotenen Handlungen für einen fremden Staat gestützt auf den kernstrafrechtlichen Art. 271 StGB weder auf eine Vorläuferbestimmung von Art. 271 StGB stützen kann, noch sich in diesem Rahmen tatsächlich herausgebildet hätte. Die Ausnahme autorisierter fremder Amtstätigkeit betraf stets eine Erlaubnis, die durch Staatsvertrag, Gesetz, völkerrechtliches Gewohnheitsrecht oder allenfalls eine besondere Bewilligung begründet war. Eine besondere (Einzelfall-)Bewilligung stützte sich aber – soweit ersichtlich – rechtlich nicht auf Art. 271 StGB, wo sie lediglich erwähnt wurde, sondern auf die verfassungsunmittelbaren bundesrätlichen Kompetenzen im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten bzw. im Bereich der äusseren und inneren Sicherheit.

2. *Herausbildung einer frühen Praxis*

Die Frage, ob und unter welchen Umständen eine internationale Kooperation im Einzelfall bewilligt werden kann, wurde nicht erst mit der Einführung von Art. 271 StGB aufgeworfen, hat durch den Artikel aber an Virulenz gewonnen. Dies verdeutlichen verschiedene Quellen: Die Polizeiabteilung des EJPD hat in einem Schreiben aus dem Jahr 1964⁶⁷¹ festgehalten, dass sich aus dem Fehlen vertraglicher Vereinbarungen «an sich nicht die Unzulässigkeit der Übermittlung von Ersuchen auf einem anderen als dem diplomatischen Wege» ergebe.⁶⁷² Das EJPD nimmt darin Bezug auf ein Gutachten der Justizabteilung aus dem Jahre 1951, wonach unter diesen Umständen zu prüfen sei, «ob das im Gesuch geltend gemachte Interesse mit dem von der schweizerischen Rechtsordnung und der Praxis der schweizerischen Behörden in den zwischenstaatlichen Beziehungen eingenommenen Standpunkt in Einklang steht».⁶⁷³ Im Jahr 1969 hat der damalige Sektionschef Ia der Polizeiabteilung des EJPD CURT MARKEES in einem Aufsatz⁶⁷⁴ festgehalten, dass nach der Praxis der eidgenössischen Behörden Bewilligungen zur Kooperation erteilt

666 Botschaft 1935, BBl 1935 I 742 ff.

667 BBl 1935 I 744.

668 Vgl. Botschaft 1935, BBl 1935 I 744.

669 NR, Sten.Bull., 4.12.1935, 523 f., 527: «[...] ces articles ont été mis exactement en corrélation avec le droit actuel existant [...]»; SR, Sten.Bull., 15.4.1936, 246 f.

670 NR, Sten.Bull., 4.12.1935, 523 f., 527; SR, Sten.Bull., 15.4.1936, 246 f.

671 EJPD, Polizeiabteilung, Schreiben, 11.2.1964, abgedruckt in ZBl 1974, 260 ff.

672 MARKEES, ZBGR 1969.

673 Zit. nach ZBl 1974, 261.

674 MARKEES, ZBGR 1969, 97 ff.; gemäss Redaktionshinweis gab der Aufsatz die Auffassung der Bundesanwaltschaft zur Auslegung von Art. 271 StGB wieder, vgl. 97.

werden können, «wenn triftige Gründe dafür gegeben sind, insbesondere etwa dann, wenn es sich um die Aufnahme eines für den Prozessausgang wichtigen Beweises handelt, der auf dem Wege der Rechtshilfe überhaupt nicht oder nur mit unverhältnismässigen Schwierigkeiten und Umtrieben in einer für das entscheidende Gericht gültigen Form beigebracht werden könnte».⁶⁷⁵ MARKEES wies darauf hin, dass beispielsweise wiederholt fremden Gerichten die Vornahme eines Augenscheins auf schweizerischem Gebiet gestattet worden sei.⁶⁷⁶

3. Bundesratsbeschluss vom 7.7.1971

Soweit ersichtlich, wurde die Bewilligungspraxis im Jahr 1971 erstmals einer spezifischen Regelung unterzogen. Der Bundesratsbeschluss vom 7.7.1971 über die Ermächtigung der Departemente und der Bundeskanzlei zum selbständigen Entscheid über die Bewilligungen nach Art. 271 Ziff. 1 StGB (vgl. Anhang 1) sah in Art. 1 Abs. 1 Folgendes vor:

«Die Departemente und die Bundeskanzlei sind in ihrem Aufgabenbereich zum selbständigen Entscheid über Bewilligungen zur Vornahme von Handlungen für einen fremden Staat, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen (Art. 271 Ziff. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches), ermächtigt».⁶⁷⁷

Dieser Bundesratsbeschluss stützte sich materiell nicht auf Art. 271 StGB, sondern ausschliesslich auf Art. 102 Ziff. 8-10 aBV. Der Ingress des Bundesratsbeschlusses lautete wörtlich:

«Der Schweizerische Bundesrat, gestützt auf Artikel 102 Ziffern 8–10 der Bundesverfassung und Artikel 23 Absätze 3 und 4 des Bundesgesetzes vom 26. März 1914 über die Organisation der Bundesverwaltung, beschliesst: [...]»⁶⁷⁸

Die genannten Ziffern von Art. 102 aBV regelten die bundesrätlichen Kompetenzen im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten (Ziff. 8) sowie der äusseren (Ziff. 9) und inneren Sicherheit (Ziff. 10). Welche Kompetenzen diese Bestimmungen genau umfassten, wurde bereits unter der aBV kontrovers diskutiert.⁶⁷⁹ Unbestritten ist, dass es sich bei den genannten verfassungsunmittelbaren Kompetenzen ohne jeden Zweifel um die Vorläufer der heutigen verfassungsunmittelbaren Interessenwahrungs- und Notrechtskompetenz des Bundesrates nach Art. 184 und Art. 185 BV handelt.⁶⁸⁰ Gestützt auf diese Kompetenzen hat der Bundesrat bspw. im Jahr 2008 die Notverordnung zur Rettung der UBS AG erlassen.⁶⁸¹ Die entsprechende Kompetenz wurde in der Folge mit dem Bundesgesetz

⁶⁷⁵ MARKEES, ZBGR 1969, 102.

⁶⁷⁶ MARKEES, ZBGR 1969, 102 Fn 10 m.Hinw. auf den Geschäftsbericht des Bundesrates für das Jahr 1963.

⁶⁷⁷ BRB, 7.7.1971, AS 1971 1053 f.

⁶⁷⁸ BRB, 7.7.1971, AS 1971 1053.

⁶⁷⁹ Vgl. nur BGE 64 I 365, 372: «Hätte übrigens der Verfassungsgesetzgeber nicht an ein Verordnungsrecht des Bundesrates gedacht, und hätte dieser dasselbe früher nicht beansprucht, so könnte das den Richter nicht hindern, heute ein Verordnungsrecht des Bundesrates gleichwohl anzuerkennen und der Verfassung im Rahmen ihres Wortlautes den Sinn zu geben, der sich bei den veränderten tatsächlichen Verhältnissen aufdrängen muss».

⁶⁸⁰ Statt vieler: SGK BV-SCHWENDIMANN/TSCHAN-TRUONG/THÜRER, Art. 184 N 1; SGK BV-SAXER, Art. 185 N 1 f.

⁶⁸¹ Verordnung vom 15.10.2008 über die Rekapitalisierung der UBS AG, AS 2008 4741.

über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit für Verfügungen in ausserordentlichen Lagen in Art. 7c–e RVOG bestätigt und geringfügig konkretisiert.⁶⁸² Die vorangehenden Ausführungen erhellen, dass der Bundesrat mit seinem Bundesratsbeschluss vom 7.7.1971 einzig und allein – in Anwendung von Art. 23 des damaligen Bundesgesetz über die Organisation der Bundesverwaltung (heute Art. 47 RVOG) – seine diesbezüglichen verfassungsunmittelbaren Kompetenzen im Rahmen derer jeweiligen Aufgabenbereiche an die Departemente sowie die Bundeskanzlei delegiert hat.⁶⁸³ Dass sich aus jenem Bundesratsbeschluss eine Kompetenz zur Erteilung von Bewilligungen ergeben sollte, die über die Kompetenz von Art. 102 aBV hinausgehen könnte, ist weder ersichtlich, noch wäre dies zulässig.

4. Etablierung von Grundsätzen in der Behördenpraxis

In der Folge hat die Bewilligungspraxis zunehmend Konturen angenommen und Schranken etabliert:

Das EDA hat im Jahr 1976 in einer Stellungnahme⁶⁸⁴ festgehalten, «qu'une autorisation, au sens de l'article 271 CP, ne peut pas être donnée lorsque l'entraide judiciaire doit en principe être refusée. [...]. Pour les autres cas, le droit suisse ne prévoit pas de critères particuliers. Chaque demande est examinée pour elle-même. La pratique des autorités fédérales à cet égard est très restrictive. Dans les affaires d'entraide judiciaire et notamment dans les cas urgents, rien ne s'oppose à ce que l'Ambassade corresponde directement avec la Division de police du Département fédéral de justice et police».⁶⁸⁵

Auch die damalige Wegleitung zur internationalen Rechtshilfe in Strafsachen des Bundesamtes für Polizeiwesen⁶⁸⁶ aus dem Jahr 1979 sah ausnahmsweise die Gestattung selbständiger Amtshandlungen vor, «wenn die Rechtshilfeleistung durch Zwischenschaltung eines schweizerischen Beamten unmöglich oder sinnlos ist, wie bei einem Augenschein eines Gerichtes am Tatort (Augenschein ist bekanntlich die Wahrnehmung von äusseren Gegebenheiten durch die eigenen Sinne)».⁶⁸⁷ Nebst einer Bewilligung des EJPD gemäss dem vorne erwähnten BRB sei immer auch eine kantonale Bewilligung erforderlich.⁶⁸⁸

Mit derselben Thematik befassten sich auch die BGE 103 Ia 206 (1977) sowie BGE 106 Ib 260 (1980). Beide Leitentscheide verweisen explizit auf den erwähnten BRB vom 7.7.1971,⁶⁸⁹ ein Hinweis, dass sich die Bewilligungen auf Art. 271 StGB abstützen könnten, fehlt gänzlich. In BGE 103 Ia 206 lag mit dem Art. 114 Abs. 2 des damaligen Zürcher Gerichtsverfassungsgesetzes zudem (neben Art. 102 aBV sowie dem BRB vom 7.7.1971) eine explizite spezialgesetzliche kantonale Grundlage zur Bewilligung zur Vornahme selbst-

682 S.a. Parlamentarische Initiative, Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen, Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates, BBl 2010 1563; zur Kritik bzgl. fortbestehender rechtsstaatlicher und demokratischer Defizite: TRÜMLER, SJZ 2012, 313 ff.

683 Zum Ganzen s.a. HUSMANN, AJP 2014, 661.

684 EDA, 8.10.1975, VPB 1976 Nr. 49.

685 EDA, 8.10.1975, VPB 1976 Nr. 49, Herv.d.V.

686 Wegleitung des Bundesamtes für Polizeiwesen, 3. Aufl., 17.12.1979, VPB 1980 Nr. 81.

687 VPB 1980 Nr. 81, E. 6c, Herv.d.V.

688 VPB 1980 Nr. 81, E. 6c; s.a. Art. 26 Abs. 3 der später erlassenen IRSV.

689 BGE 103 Ia 206, E. 2.; BGE 106 Ib 260, E. 9.

ständiger Amtshandlungen vor;⁶⁹⁰ in BGE 106 Ib 260 wurde die selbständige Vornahme einer Amtshandlung im Sinne eines Eingriffs gerade nicht erlaubt.⁶⁹¹

Im Sinne der bisherigen Praxis sah auch die am 24.2.1982 erlassene Rechtshilfeverordnung (IRSV) unter der Überschrift «Anwesenheit von Personen, die am ausländischen Prozess beteiligt sind» die Gestattung von Untersuchungshandlungen ausländischer Strafverfolgungsbehörden in der Schweiz einzig im Rahmen des BRB vom 7.7.1971 vor.⁶⁹²

In seiner Wegleitung zur internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen aus dem Jahr 1984⁶⁹³ hat das Bundesamt für Polizeiwesen festgehalten: «Die Beweiserhebung in der Schweiz für ein ausländisches Verfahren erfolgt in erster Linie auf dem Rechtshilfeweg. Erst wenn zwar die Rechtshilfeleistung *theoretisch erlaubt* (d.h., es liegt kein Ausschlussgrund vor), aber die Beweiserhebung durch schweizerische Beamte oder Magistraten via Rechtshilfe *praktisch unmöglich oder sinnlos* ist, kann beim Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)) eine Bewilligung verlangt werden (siehe BRB vom 7.7.1971 über die Ermächtigung der Departemente und der Bundeskanzlei zum selbständigen Entscheid über Bewilligungen nach Art. 271 Ziff. 1 StGB, SR-172-012). [...] In der Praxis werden Bewilligungen nur in *Ausnahmefällen* erteilt, wie bei Ersuchen um Augenschein am Unfallort oder wenn die Erledigung eines Rechtshilfeersuchens ausserordentlich aufwendig ist und die betroffene Partei in der Schweiz mit der direkten Beweisaufnahme durch die Gegenpartei *einverstanden* ist».⁶⁹⁴ Diese Schranken wurden in der Folge bestätigt:

5. Der Entscheid i.S. Marcos (VPB 1997 Nr. 82)

In seinem vielbeachteten Grundsatzentscheid von 1997 hatte der Bundesrat folgenden Sachverhalt zu beurteilen: Mutmassliche Folteropfer des Marcos-Regimes hatten vor einem US-Gericht auf Herausgabe von Vermögenswerten, an denen der verstorbene ehemalige philippinische Präsident Marcos und seine Familie wirtschaftlich berechtigt waren, geklagt. Diese Vermögenswerte waren bei verschiedenen Banken in der Schweiz deponiert. Das zuständige US-Gericht verfügte in der Folge im Rahmen einer sog. «order», dass die Banken in der Schweiz bestimmte, von den Prozessgegnern als Beweismittel bezeichnete Dokumente hätten aushändigen und sich ggf. bei der Schweizer Regierung um die nötige Genehmigung bemühen müssen. Die zwei gesuchstellenden Banken machten vor diesem Hintergrund strafrechtliche Konsequenzen im Sinne von Art. 271 und Art. 273 StGB sowie Art. 47 BankG geltend und haben sich vorerst dem Begehren auf Aktenherausgabe widersetzt. Auf deren Ersuchen wurde die Rechtskraft der Verfügung des US-Gerichts provisorisch ausgesetzt. Im vom Bundesrat behandelten Gesuch beantragten die beiden gesuchstellenden Banken im Wesentlichen die Ermächtigung zur Herausgabe bestimmter Dokumente in Anwendung von Art. 271 Ziff. 1 StGB, ferner die Zusicherung

690 BGE 103 Ia 206, E. 9; vgl. § 114 Abs. 2 GVG-ZH [1976]: «Mit Zustimmung der zuständigen Bundesbehörde können auch Amtshandlungen ausländischer Behörden bewilligt werden, wenn wichtige Gründe es erfordern und nicht schutzwürdige Interessen der Betroffenen entgegenstehen».

691 BGE 106 Ib 260, E. 2.

692 Vgl. IRSV in der Fassung vom 24.2.1982, AS 1982 878, 884.

693 Bundesamt für Polizeiwesen, 10.12.1984, VPB 1985 Nr. 16.

694 VPB 1985 Nr. 16, E. 12a, Herv.d.V.

bzw. Feststellung, dass die Herausgabe der Dokumente zu keiner Strafverfolgung (insbesondere bzgl. Art. 273 StGB sowie Art. 47 BankG) führen werde.⁶⁹⁵

Der Bundesrat betonte in seinem Entscheid, dass Bewilligungen nach Art. 271 StGB gegenüber anderen Behelfen subsidiär seien, die Bewilligungspraxis der Bundesbehörden sehr restriktiv sei und sich nach den Bedürfnissen des Einzelfalles richtete. Er verwies dabei auf die vorne erwähnte Stellungnahme des EDA auf dem Jahr 1976⁶⁹⁶ sowie die Wegleitung in Zivilsachen des Bundesamtes für Polizeiwesen (BAP)⁶⁹⁷ und fasste diese Bewilligungspraxis wie folgt zusammen:

*«Die Bewilligung setzt voraus, dass der Rechtshilfeweg nicht aus grundsätzlichen Überlegungen ausgeschlossen ist. In solchen Fällen soll der Zweck der verschlossenen Rechtshilfe auch nicht auf dem Umweg über eine Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB erreicht werden können. Die Bewilligung setzt zudem voraus, dass die Beschreitung des Rechtshilfewegs an sich offen steht, im Einzelfall jedoch als praktisch unmöglich oder sinnlos erscheint».*⁶⁹⁸

Die Kriterien im Marcos-Entscheid, die explizit auf den BRB vom 7.7.1971 verweisen,⁶⁹⁹ lassen erkennen, dass der Bundesrat eine Bewilligungserteilung nicht entgegen bestehender Schranken der Rechtshilfe bzw. nicht im Bereich der verschlossenen Rechtshilfe als zulässig erachtet und eine Abweichung vom Rechtshilfeweg nur bei besonderen Gründen bzw. als ultima ratio (Unmöglichkeit, Sinnlosigkeit) als zulässig erachtet. In der Beachtung der «politischen Dimension und der Bedeutung für das weitere Schicksal des bei Schweizer Banken deponierten Marcos-Vermögens»⁷⁰⁰ kommt zumindest implizit die Zielrichtung der Wahrung von Interessen des Landes zum Ausdruck. Die heute noch geltenden Schranken des Interessenwahrungsrechts klingen damit deutlich an (ausführlich unten § 4.III.C.3.).

Zu ergänzen ist, dass in Anwendung dieser Kriterien im Marcos-Entscheid eine «Bewilligung nach Art. 271 StGB» gerade verweigert wurde. Es könne nicht gesagt werden, «dass der Rechtshilfeweg zum vornherein aussichtslos wäre», zumal erstinstanzlich bereits Rechtshilfe gewährt worden sei und in der Zwischenzeit auch das Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen (HBewUe70) in Kraft getreten sei, das die Rechtshilfebeziehungen mit den USA auf eine tragfähigere Grundlage

695 VPB 1997 Nr. 82, E. I.

696 VPB 1976 Nr. 49: «Il y a lieu ensuite de rappeler qu'une autorisation, au sens de l'article 271 CP, ne peut pas être donnée lorsque l'entraide judiciaire doit en principe être refusée. Il s'agit des cas suivants: infractions ayant un caractère politique, violation des obligations militaires, infractions à la législation sur les cartels et aux lois antitrusts, violation des prescriptions concernant les impôts, les droits de douane, les droits de monopole de l'Etat et le service des paiements avec l'étranger. Pour les autres cas, le droit suisse ne prévoit pas de critères particuliers. Chaque demande est examinée pour elle-même. La pratique des autorités fédérales à cet égard est très restrictive», zit. nach VPB 1997 Nr. 82, E. III.2.

697 BAP, Wegleitung Zivilsachen (1996), 17 f. 22: «Erst wenn die Rechtshilfeleistung theoretisch erlaubt ist (d.h. wenn kein Ausschlussgrund vorliegt), die Beweiserhebung durch schweizerische Beamte oder Magistraten via Rechtshilfe aber praktisch unmöglich oder sinnlos ist, wird vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) eine Bewilligung erteilt»; zit. nach VPB 1997 Nr. 82, E. III.2.

698 VPB 1997 Nr. 82, E. III.4 (Herv.i.O.)

699 VPB 1997 Nr. 82, E. II.1.

700 VPB 1997 Nr. 82, E. II.3.

stelle.⁷⁰¹ Daraus folgt, dass nach der damaligen Perzeption eine Bewilligung überhaupt nur zulässig sein kann, wenn das Amts- und Rechtshilferegelerwerk keinerlei Lösung anbietet. Darin kommt der postulierte Ausnahmecharakter der Bewilligung zum Ausdruck: Es geht nicht an, via Bewilligung – jenseits des Rechts – den praktikabelsten, genehmsten Weg zu gehen.

6. Überführung des Bundesratsbeschlusses nach Art. 31 RVOV

Im Rahmen der Verwaltungsreform wurde der Bundesratsbeschluss von 1971⁷⁰² aufgehoben und die Bestimmung in ihren Grundzügen in Art. 31 RVOV gegossen (vgl. Art. 34 RVOV). Dabei wurde der Wortlaut dahingehend verändert, dass nunmehr «über Bewilligungen nach Artikel 271 Ziffer 1 des Strafgesetzbuches»⁷⁰³ entschieden wird. Anders als noch im Bundesratsbeschluss geht es – zumindest vordergründig – also nicht mehr um eine Delegation der bundesrätlichen verfassungsunmittelbaren Kompetenz gemäss Art. 102 aBV, sondern um die Erteilung einer (Organ-)Kompetenz zum Entscheid über Bewilligungen nach Artikel 271 StGB.⁷⁰⁴ Anders als im Bundesratsbeschluss wird weder im Ingress der RVOV noch des RVOG die Verfassungsgrundlage (Art. 102 aBV bzw. Art. 184 oder Art. 185 BV) erwähnt.

Soweit ersichtlich, hat sich die Vorstellung, Art. 271 StGB typisiere nicht die im Grundsatz unerlaubte Handlung, sondern könne selbst als Bewilligungsgrundlage erhalten,⁷⁰⁵ im Zuge dieser Umwidmung des Bundesratsbeschlusses bzw. seiner Überführung in Art. 31 RVOV herausgebildet. Auch damit war die Problematik indessen nicht behoben, wie sich kurz nach der Inkraftsetzung der Verwaltungsreform zeigte:

7. Praxis im Rahmen des Qualified Intermediary Agreement (QIA) von 2001

Im Rahmen des sog. Qualified Intermediary Agreement (QIA) mit den USA setzte nämlich eine für die Bewilligungspraxis einschneidende Entwicklung ein. Die Konzeption des QIA war es, Finanzinstitute weltweit zu verpflichten, die Identität von Kunden, die amerikanische Kapitalerträge erhalten, zu kennen.⁷⁰⁶ Bereits gegen Ende des Jahres 1997 brachte die amerikanische Steuerbehörde Internal Revenue Service (IRS) neue Regeln vor, die auf eine strengere Besteuerung von nicht in den USA wohnhaften Ausländern und insbesondere auf entsprechende Meldepflichten abzielten; diese wurden von zahlrei-

701 VPB 1997 Nr. 82, E. II.5.

702 Vgl. Art. 34 i.V.m. Art. 35 RVOV.

703 Ähnlich die Verschiebung im italienischen Wortlaut: Nach BRB 1971: «I Dipartimenti e la Cancelleria federale, nell'ambito delle *proprie competenze*, possono accordare direttamente l'autorizzazione di compiere per conto di uno Stato estero, atti che spettano a poteri pubblici (Art. 271)» – Art. 31 RVOV: «Nel loro ambito, i dipartimenti e la Cancelleria federale decidono in merito alle *autorizzazioni secondo l'articolo 271*»; weniger eindeutig der französische Wortlaut: nach BRB 1971: «Dans le cadre de leurs attributions respectives, les départements et la chancellerie fédérale ont pouvoir d'accorder eux mêmes l'autorisation de procéder pour un Etat étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics Art. 271 ...») – Art. 31 RVOV: «Dans leur domaine, les départements et la Chancellerie fédérale décident des *autorisations* de procéder pour un Etat étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics, prévues à l'Art. 271», Herv. d.V. Als Vorlage von Art. 31 RVOV diente wohl der Titel der BRB, der seinerseits bereits verkürzt und damit missverständlich formuliert war.

704 Zum Ganzen s.a. HUSMANN, AJP 2014, 661.

705 HUSMANN, AJP 2014, 661.

706 Vgl. GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3241.

chen Finanzinstituten als zur radikal betrachtet, sodass diese Vorbehalte anbrachten.⁷⁰⁷ Im Sinne eines Kompromisses führte der IRS im Jahr 2001 das sog. Qualified Intermediary-System (QI-System) ein, welches mit der jeweiligen Unterzeichnung des sog. Qualified Intermediary Agreement durch die Finanzinstitute in Kraft trat.⁷⁰⁸ So wurden mittels Vertrag die entsprechenden Verpflichtungen direkt den ausländischen Finanzinstituten als sog. Qualified Intermediary (QI) übertragen; den beteiligten Finanzinstituten oblag damit insbesondere auch die Verantwortung für die Klassifizierung der Kunden gemäss den Weisungen des IRS sowie die Einhaltung von Melde- und Steuerrückbehaltspflicht zugunsten des IRS.⁷⁰⁹

Weil damit die Finanzinstitute in der Schweiz «auf Schweizer Boden den verlängerten Arm des IRS darstellen würden» und damit «gewissermassen zum Steuereinzahler des IRS» würde, erteilte das EFD am 7.11.2000 den schweizerischen Finanzinstituten eine Bewilligung nach Art. 271 StGB.⁷¹⁰ Diese Bewilligung erlaubte den mit der Anwendung des QIA befassten Personen – namentlich den Organen, Angestellten und Vertretern von Banken und Effektenhändlern oder deren Revisionsstellen und Beauftragten – auf schweizerischem Gebiet u.a. die Vornahme von Quellensteuerabzügen nach amerikanischem Recht, die Abgabe von Informationen zu deren Vornahme an Dritte und die Durchführung von Kontrollen über diese Tätigkeiten.⁷¹¹ Eine eingehende Prüfung der Kriterien gemäss vorgenannter Anwendungspraxis und das Postulat des Ausnahmecharakters war offenbar kein Thema.

Erst im Zuge der Finanzkrise und der Druckausübung insbesondere seitens den USA erwuchs breite Kritik an dieser Praxis (s. dazu unten § 3.III.E.). Nach substantiellen Einwänden u.a. seitens der parlamentarischen GPK⁷¹² und des BJ⁷¹³ übte auch der Bundesrat Kritik und schränkte die Bewilligungspraxis ein: Bewilligungen würden demnach nur noch an natürliche oder juristische Einzelpersonen, nicht an ganze Branchen, erteilt.⁷¹⁴ Ausserdem hielt er fest, der Entscheid hätte aufgrund der politischen Relevanz dem Bundesrat unterbreitet werden müssen.⁷¹⁵ Der Bundesrat hat weiter erklärt, bei gleichartigen Gesuchen künftig einen Grundsatzentscheid zu fällen, an dem sich die unterbreitenden Behörden in der Folge orientieren, den Bewilligungsentscheid aber selbständig fällen.⁷¹⁶ In Anwendung dieser neuen Praxis hat der Bundesrat bspw. in einem Grundsatzentscheid im Jahr 2009 dem Zugriff der deutschen Finanzbehörde auf die elektronischen Bücher sowie weitere elektronische Aufzeichnungen in der Schweiz im Zusammenhang mit der Steuererhebung zugestimmt; seither entscheidet das EFD bei gleichartigen Gesuchen selb-

707 Vgl. GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3241 f.

708 GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3242.

709 GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3242.

710 So ausdrücklich GPK-NR/SR, Bericht 2010, BBl 2011 3242.

711 Vgl. BJ, Bericht Zusammenarbeit 2011, 11 f., BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 88.

712 GPK-NR/SR, Bericht 2010, 3267.

713 BJ, Bericht Zusammenarbeit 2011, 49.

714 BR, Bericht Finanzkrise 2012, 9; s.a. BR, Bericht E ZSSG 2013, 38 f.; BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 88; ferner CR CP II-FISCHER/RICHA, Art. 271 N 44; DU PASQUIER/OBERSON/FISCHER, Transmission, 12 Fn 33.

715 Art. 31 Abs. 2 RVOG; BR, Bericht Finanzkrise 2012, 9; zum Ganzen auch BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 88.

716 BR, Bericht Finanzkrise 2012, 9.

ständig, orientiert sich aber an diesem Grundsatzentscheid.⁷¹⁷ Im Ergebnis wurde damit die im Rahmen des QIA eingeführte Praxis, Bewilligungen nicht mehr an ganze Branchen, sondern nur im Einzelfall zu erteilen, nicht aufgegeben, sondern – wenn auch in neuem Kleid – perpetuiert und es fand eine definitive Abkehr von der während Jahrzehnten entwickelten und an materiellen Kriterien orientierten Praxis statt.

8. Einzelfallbewilligungen und Musterverfügung im Steuerstreit

Dies bestätigte sich wenig später erneut im Zuge des Steuerstreits. Wie im Teil I der vorliegenden Arbeit eingehenden dargelegt, kulminierte der zwecks Erlangung von Unterlagen auf Schweizer Banken ausgeübte Druck der amerikanischen Behörden am 4.4.2012 in der pauschalen Erteilung einer Bewilligung zur Übermittlung nicht codierter Informationen, einschliesslich Daten über Bankmitarbeiter und Dritte an US-Behörden an vorerst 11 Banken.⁷¹⁸ Damit wurde die Anwendbarkeit von Art. 271 StGB ausgesetzt und den schweizerischen Banken ermöglicht, unter Umgehung der Amts- und Rechtshilfebestimmungen und einer daraus folgenden Zuständigkeit der schweizerischen Justizbehörden direkt mit dem DOJ zusammenzuarbeiten. Mit Blick auf das Ausmass der Bewilligung war vorerst unklar, ob der Bundesrat sich auf Notrecht abstützte;⁷¹⁹ erst nachträglich stellte sich heraus, dass er auf Art. 271 StGB rekurrierte.⁷²⁰ Eine derart weitgehende Kooperation geht über die in VPB 1997 Nr. 82, E. III.4 wiedergegebenen Voraussetzungen und Schranken klar hinaus.⁷²¹

Die erheblichen Zweifel an der Rechtmässigkeit dieser Bewilligung u.a. im Lichte des Legalitätsprinzips führte in der Folge zur Ausarbeitung der Lex USA. Nach deren Scheitern griff der Bundesrat bekanntlich auf seine vorangehende Praxis zurück und erteilte – basierend auf einer Musterverfügung – massenweise Einzelbewilligungen nach Art. 271 StGB zur Teilnahme am sog. US Programm, was die Übermittlung von Datensätzen überwältigender Quantität und Qualität durch Private an das DoJ zur Folge hatte.⁷²² Dass die namentliche Nennung von Bankkundendaten ausdrücklich ausgenommen wurde, ändert nichts daran, dass auch diese Serie von Bewilligungen klar den Voraussetzungen im Marcos-Entscheid widersprach, zumal die Datenlieferung im Resultat «der Besteuerung einzelner Personen bzw. der Verfolgung von Steuerstraftaten dienen» sollte,⁷²³ der Amts- und Rechtshilfeweg diesbezüglich aber zumindest teilweise verschlossen gewesen wäre. Es ist offensichtlich, dass zahlreiche gelieferte Daten auf dem Amts- bzw. Rechtshilfeweg nicht hätten erhältlich gemacht werden können; überdies ist in keiner Weise ersichtlich, weshalb ein Verweis der amerikanischen Behörden auf dem Amts-

717 BR, Bericht Finanzkrise 2012, 9.

718 Bewilligung des BR vom 4.4.2012 zur Übermittlung von Informationen, einschließlich Daten über Bankmitarbeiter und Dritte an US-Behörden; ausführlich HUSMANN, AJP 2014, 655 ff. m.Hinw.

719 Das Bundesverwaltungsgericht gestand später offen ein, dass im Vergleich zur Überlieferung von Bankkundendaten im Fall UBS per Notrecht (BGE 137 II 431) «eine gewisse Nähe der beiden Konstellationen offensichtlich» sei, BVerwGer, 9.11.2016, A-1683/2016, E. 2.1.4.

720 Vgl. BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 90; s.a. MOHLER, Abbau Rechtsstaat, Ziff. 1, 2d; NZZ, 18.4.2012, 27; FRITSCHKE, Untersuchungen, 247 f.

721 S.a. BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 90; TOFFOLI, Scambio, 460.

722 Ausführlich HUSMANN, AJP 2014, 654 ff. m.Hinw.; s.a. OSWALD, Amtshilfe, 163 ff.

723 So explizit auch BVerwGer, 9.11.2016, A-1683/2016, E. 2.1.3.

und Rechtshilfeweg praktisch unmöglich oder sinnlos gewesen wäre.⁷²⁴ Es erstaunt denn auch nicht, dass im Rahmen der Musterverfügung in keiner Weise auf die Schranken der früheren Praxis verwiesen wurde.

9. Entwurf für ein Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und über den Schutz der schweizerischen Souveränität

Aufgrund zunehmender Kritik und der Erkenntnis, dass das Strafgesetzbuch nicht die Rechtsgrundlage für derartige Bewilligungen darstellen kann,⁷²⁵ hat der Bundesrat im Jahr 2013 einen Entwurf für ein Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und über den Schutz der schweizerischen Souveränität in die Vernehmlassung geschickt. Das Gesetz hätte u.a. bezwecken sollen, eine gesetzliche Grundlage für die Erteilung derartiger Einzelfallbewilligungen zu schaffen, darin ausreichend bestimmte Kriterien gesetzlich zu verankern und verfahrensrechtliche Verbesserungen vorzuschlagen.⁷²⁶

Während Art. 17 und 18 E ZSSG definierten, für welche Handlungen eine Berechtigung erforderlich ist, nannte Art. 22 E ZSSG gesetzliche Kriterien zur Erteilung einer Bewilligung:

«Art. 22 Bewilligungskriterien

¹ Die zuständige Behörde nimmt bei der Beurteilung von Gesuchen um Bewilligungserteilung eine Interessenabwägung vor. Sie berücksichtigt dabei:

a. öffentliche Interessen wie:

1. die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit und insbesondere die Einhaltung internationaler Verpflichtungen,
2. das aussenpolitische Interesse an einer wirkungsvollen Zusammenarbeit mit der Staatengemeinschaft und insbesondere mit den wichtigsten Handelspartnern der Schweiz,
3. die Auswirkungen auf die Volkswirtschaft insgesamt oder auf einzelne Wirtschaftszweige;

b. private Interessen der betroffenen Personen wie:

1. den gesetzlichen Schutz von Geheimnissen,
2. die Verteidigungsmöglichkeiten im ausländischen Verfahren,
3. wirtschaftliche oder andere schützenswerte Interessen.

² Sie verweigert die Bewilligung, wenn das Interesse am Schutz der schweizerischen Rechtsordnung und der Souveränität gegenüber den anderen öffentlichen oder privaten Interessen überwiegt.⁷²⁷

⁷²⁴ Vgl. die Voraussetzungen in VPB 1997 Nr. 82, E. III.4.

⁷²⁵ BR, Bericht E ZSSG 2013, 46.

⁷²⁶ BR, Bericht E ZSSG 2013, 5.

⁷²⁷ Art. 22 E ZSSG.

Es fällt auf, dass im Rahmen der Interessenabwägung klassische Interessenbereiche der auswärtigen Angelegenheiten (Einhaltung internationaler Verpflichtungen, wirkungsvolle Zusammenarbeit) den privaten Interessen (wie Geheimnisschutz, Verteidigungsmöglichkeit, schützenswerte Interessen) gegenübergestellt werden. Damit versuchte die Gesetzesvorlage, die souveränitätspolitische Seite einer Bewilligung mit der individuellen Seite in Konkordanz zu bringen. Ob dies in dieser Abstraktion hätte gelingen können, erscheint fraglich. Bemerkenswert ist, dass gemäss Art. 22 Abs. 2 E ZSSG öffentliche oder private Interessen das Interesse am «Schutz schweizerischer Rechtsordnung» überwiegen können. Im Ergebnis bedeutet dies nichts anderes, als dass eine Bewilligung geltendes Recht ausser Kraft hätte setzen können. Die Zulässigkeit einer solchen Pauschalermächtigung erscheint rechtsstaatlich höchst problematisch und ist selbst im Bereich des Interessenwahrungs- und Notrechts in Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 4 BV i.V.m. Art. 7e RVOG umstritten.

10. VPB-Publikationen als Grundlage der heutigen Praxis

Infolge des Scheiterns des ZSSG sind die Bundesbehörden zwischenzeitlich dazu übergegangen, gewisse Leitlinien im Rahmen von Publikation von Entscheiden zur Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (VPB) zu schaffen.⁷²⁸ Sie haben damit zugleich bestärkt, dass sie an ihrer Praxis der «Bewilligung nach Art. 271 StGB» festhalten werden. Seit der Einstellung der VPB im Jahr 2018 wurden indes, soweit ersichtlich, entsprechende Entscheide nicht mehr öffentlich zugänglich gemacht.

11. Zwischenfazit

Die vorangehende Untersuchung der Genese der heutigen Praxis ergibt, dass historisch zu keinem Zeitpunkt eine legislatorische Absicht auszumachen ist, mit Art. 271 StGB oder einer seiner Vorläuferbestimmungen eine Kompetenz zugunsten der Bundesbehörden zu schaffen. Eine Kompetenz zur Bewilligungserteilung im Einzelfall wurde vielmehr direkt aus der Interessenwahrungs- und Notrechtskompetenz des Bundesrates abgeleitet und organisatorische Aspekte in der Folge in den BRB vom 7.7.1971 gegossen. Wenngleich bereits diese Praxis über den Rahmen des klassischen Interessenwahrungsrechts hinausging, auferlegte sich die Exekutive immerhin relativ hohe Schranken und die Bewilligungserteilung blieb die Ausnahme.

Anders die heutige Praxis: Diese hat sich vor dem Hintergrund einer verstärkten Auslandszusammenarbeit bzw. im Kontext von ausländischer Druckausübung auf die Schweiz herausgebildet. Dabei wurde Art. 271 StGB von einer strafrechtlichen Staatsschutzbestimmung zu einer Ermächtigungsbestimmung zur Vornahme von Kooperationshandlungen umfunktioniert. Damit einher ging eine Entfernung von den ursprünglichen verfassungsmässigen Grundlagen, namentlich der bundesrätlichen Interessenwahrungs- und Notrechtskompetenz. Folge ist eine Bewilligungspraxis, die auf vorhersehbare, klare Kriterien verzichtet und sich immer mehr von einer restriktiven Anwendung abwendet, hin zu einem konturlosen und beliebigen Regierungsinstrument.

728 Vgl. VPB 2016 Nr. 3; VPB 2016 Nr. 4; VPB 2016 Nr. 7; VPB 2016 Nr. 8.

E. Bewertung in Doktrin und Verwaltung

1. Doktrin

In der älteren Doktrin⁷²⁹ wurde die gesetzliche Grundlage zur Erteilung einer Bewilligung zur Vornahme einer Handlung nach Art. 271 StGB ohne vertragliche oder spezialgesetzliche Grundlage – soweit ersichtlich – durchwegs *nicht* in Art. 271 StGB gesehen; vielmehr wurde die Erteilung solcher Bewilligungen – etwa von DE CAPITANI – ausdrücklich dem «Bereich der auswärtigen Angelegenheiten» zugewiesen und die Zuständigkeitsordnung auf den entsprechenden BRB vom 7.7.1971 abgestützt.⁷³⁰ SIEGRIST bezeichnete solche «Ad hoc-Bewilligungen» ohne vertragliche Grundlage als «Akt der Courtoisie»,⁷³¹ also als völkerrechtliches, freundschaftliches Einvernehmen. Die ältere Lehre geht demnach von einer bundesrätlichen Kompetenz aus (insbesondere gestützt auf den damaligen Art. 102 aBV sowie den entsprechenden BRB), wobei primär auf die völkerrechtliche bzw. souveränitätsrechtliche Problematik fokussiert wird, nicht aber auf die individualrechtliche Sphäre der Rechtsunterworfenen. Das muss insofern nicht erstaunen, als die Dogmatik um das Legalitätsprinzip und die gesetzlichen Voraussetzungen an die Eingriffsverwaltung und Grundrechtseingriffe erst ab den 90er Jahren ihre heutige Bedeutung entwickelt haben (s.a. unten § 4.II.). Noch in den 90er Jahren verfügten beispielsweise zahlreiche Kantone nicht über ein Polizeigesetz, die Polizeitätigkeit wurde gestützt auf die polizeiliche Generalklausel ausgeübt.⁷³² Nichtsdestotrotz erachtete bereits die ältere Doktrin diese Praxis vor dem Hintergrund des Rechtshilferechts als zu wenig restriktiv.⁷³³ Mit der Aufhebung des BRB vom 7.7.1971 ging – so scheint es – die Erinnerung an die verfassungsunmittelbare Grundlage der Bewilligungen vergessen. Seit der Schaffung von Art. 31 RVOV ist in der Doktrin regelmässig die Rede von Bewilligungen «gemäss», «nach» oder «im Sinne von» Art. 271 Abs. 1 StGB und Art. 31 RVOV, also direkt auf die Strafnorm gestützte Verfügungen. Die entsprechende Bewilligungspraxis hat die überwiegende Doktrin während langer Zeit quasi unwidersprochen anerkannt.⁷³⁴ Immerhin wurde vereinzelt – soweit die Bewilligung private Interessen tangierte – bereits in der Vergangenheit auf die Notwendigkeit einer zurückhaltenden Praxis hingewiesen⁷³⁵ bzw. allgemein auf das Fehlen gesetzlicher Grundlagen im Rahmen internationaler Kooperation («des pratiques, sans base légale souvent»)⁷³⁶ bzw. auf Erfordernisse des Legalitätsprinzips verwiesen.⁷³⁷

729 Gemeint ist insbesondere die Phase vor der Schaffung von Art. 31 RVOV.

730 DE CAPITANI, ZSR 1981, 441.

731 SIEGRIST, Hoheitsakte, 67 m.Hinw.

732 STUDER, Jusletter 2008, N 5 ff.

733 DE CAPITANI, ZSR 1981, 441; SIEGRIST, Hoheitsakte, 66; s.a. Kommentar BEHG-ROTH, Art. 38 N 46.

734 Vgl. z.B. FAVRE et al., StGB, Art. 271 Ziff. 1.3; FISCHER/RICHA, pretrial discovery, 56 f.; FRITSCHKE, Untersuchungen, 246 ff.; HONEGGER/KOLB, ASA 2009, 817; BSK StGB II²-HOPE, Art. 271 N 18; HUSMANN, coopération internationale, 468 f.; DSG Komm.-ROSENTHAL, Art. 271 StGB N 36 f.; Art. 273 StGB N 68; SCHWARZ, Spionagestrafrecht, § 19 N 165 ff.; STOFFEL, Wettbewerbspolitik, 16; bzgl. Bewilligungen im Steuerstreit: ROHNER/FURRER, ST 2013, 519 f.; ferner HUBER/BARTZ/MAEDER, StR 2013, 882.

735 HUSMANN, coopération internationale, 468 f.; s.a. HONEGGER/KOLB, ASA 2009, 818; FAVRE et al., StGB, Art. 271 Ziff. 1.3.

736 MOOR, Droit administratif I, 164.

737 KNAPP, Droit administratif, N 681; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif, 170; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, N 2050.

Dies änderte sich im Zuge der verwaltungsinternen und politischen Kritik an der Bewilligungspraxis. Bereits im Jahr 2009 hat MARTIN WYSS, damals stellvertretender Fachbereichsleiter im BJ, unter Berücksichtigung eines verwaltungsinternen Meinungsaustauschs sowie des Gesetzgebungsleitfadens des Bundes die Meinung festgehalten, dass sich aus dem Legalitätsprinzip eine Normierungs- und Regelungsbedürftigkeit der Amtshilfe ergebe.⁷³⁸ Besonders problematisiert hat er schwere Grundrechtseingriffe, die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten sowie das Abweichen von gesetzlichen Geheimhaltungspflichten.⁷³⁹

Wenig später, im Jahr 2010, wurde eine äusserst fundierte Kritik von SUSANNE KUSTER publiziert.⁷⁴⁰ KUSTER war damals Direktionsadjunktin im BJ und Mitglied sowohl einer BJ-internen Arbeitsgruppe zum Thema «Kooperation und Souveränitätsschutz» sowie einer interdepartementalen Arbeitsgruppe unter Federführung des BJ mit dem Auftrag, die geltende Bewilligungspraxis zu Art. 271 StGB zu untersuchen.⁷⁴¹ In ihrer Vorstudie für ein Souveränitätsschutzgesetz hält sie zusammenfassend fest:

«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 Rechtsatz 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. Fehlt allerdings eine Rechtsgrundlage für die beabsichtigte Einzelfallbewilligung, steht nach geltendem Recht an sich nur Art. 184 Abs. 3 BV zur Verfügung».⁷⁴²

Dass in gewissen Bereichen 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» bezeichnet KUSTER zu Recht als besonders fragwürdig.⁷⁴³

In der (verwaltungsfernen) Doktrin ist bemerkenswerterweise erst unter dem Eindruck der Erfahrungen im Steuerstreit und der daraus resultierenden Eingriffe in rechtlich geschützte Positionen Privater bzw. Drittbetroffener substantiierte Kritik an der Praxis er-

738 WYSS, Gesetzgebungsbedarf, 235.

739 WYSS, Gesetzgebungsbedarf, 235 m.Hinw. auf BJ, Gesetzgebungsleitfaden.

740 KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz.

741 KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz, 2 Fn 2, Anhang V.

742 KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz, 16.

743 KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz, 18.

wachsen.⁷⁴⁴ FIOKA erachtet die Bewilligungen zur Herausgabe von Bankmitarbeiterdaten im Steuerstreit als «rechtlich eigentlich schwer haltbar».⁷⁴⁵ MOHLER/GLUTZ sind der Ansicht, dass es «für solche Bewilligungen, gemäss welchen Private hoheitlich tätig werden können, wiederum eine Gesetzesgrundlage [braucht]. Diese Gesetzesgrundlage liegt gerade nicht im genannten Straftatbestand selber. Die Ermächtigung zur Erteilung einer solchen Bewilligung, beispielsweise durch den Bundesrat, müsste in einem Spezialgesetz oder einem Staatsvertrag enthalten sein».⁷⁴⁶ Wo eine gesetzliche bzw. staatsvertragliche Grundlage fehlt, kann sich nach NIGGLI⁷⁴⁷ und MOHLER⁷⁴⁸ eine entsprechende Bewilligung (nur) aus einem Notstand des Staates legitimieren, MOHLER verweist ausdrücklich auf Art. 184 Abs. 3 bzw. eventualiter auf Art. 185 Abs. 3 BV.⁷⁴⁹ In seiner Grundsatzkritik stellt NIGGLI fest, dass auf «Geheiss des (dafür überhaupt nicht zuständigen) Bundesrates (aufgrund einer dafür überhaupt nicht zuständigen Strafbestimmung)» unter Missachtung der Rechtsordnung einem Auskunftsbeghären entsprochen worden sei.⁷⁵⁰ Moniert wird, die Bewilligungen gingen insofern auch über die Schranken dieser ausserordentlichen verfassungsunmittelbaren Kompetenzen hinaus, als dass diese Verfügungen gegen geltende Gesetze und die Verfassung verstossen würden.⁷⁵¹ Auch MOLO/GIOVANOLI bezweifeln die Richtigkeit des gewählten Vorgehens,⁷⁵² erblicken aber in Art. 31 RVOV anscheinend eine genügende materielle Rechtsgrundlage.⁷⁵³ Nichtsdestotrotz hofft MOLO «[s]ous l'angle du principe de la légalité», dass die Lösung im Steuerstreit nicht Schule macht, zumal dies erlaube, an Informationen zu gelangen, die gemäss dem einschlägigen Recht nicht amts- oder rechtshilfefähig wären.⁷⁵⁴

Auch der Schreibende selbst hat die Praxis mehrfach kritisiert und dabei zugleich eine Disposition für die vorliegende Arbeit geschaffen.⁷⁵⁵

In der Folge hat sich die überwiegende Doktrin der Kritik angeschlossen.⁷⁵⁶ Einige Kritiken fallen dabei aufgrund ihres Kontexts oder ihrer Substantiiertheit besonders ins Gewicht: BAZZI erachtet in seiner Monografie zum verwandten Gebiet des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes für den Erlass einer behördliche Bewilligung i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 StGB eine formell-gesetzliche Grundlage unabdingbar: «Eine solche kann in StGB 271 Ziff. 1 richti-

744 S. dazu HUSMANN, AJP 2014, 658 f.; HUSMANN, Wistra 89 f. und die dort dargestellten Meinungen.

745 FIOKA, SJER 2013, 149.

746 MOHLER/GLUTZ, NZZ, 4.7.2013, 21; ferner MOHLER, Abbau Rechtsstaat, passim; s.a. DU PASQUIER/OBERSON/FISCHER, Transmission, 94.

747 NZZ, 18.4.2012, 9; NZZ, 26.7.2012, 9.

748 MOHLER, Abbau Rechtsstaat, Ziff. 5.

749 MOHLER, Abbau Rechtsstaat, Ziff. 5.

750 NIGGLI, AJP 2012, 891.

751 MOHLER, Abbau Rechtsstaat, Ziff. 2d; ähnlich SCHWEIZER/MOHLER/GLUTZ, Jusletter 2013, N 3.

752 MOLO/GIOVANOLI, Jusletter 2013, N 24, 29.

753 MOLO/GIOVANOLI, Jusletter 2013, N 25.

754 MOLO, transparence financière, 281.

755 Vgl. HUSMANN, AJP 2014, 658 f.; HUSMANN, Wistra, 89 f.; sowie BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 87 ff.

756 S. nur BAZZI, Wirtschaftsspionage, N 466 ff.; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, IV⁵, 346; MATTEOTTI/MARX/SCHWARZ, EF 2016, 906; OSWALD, Amtshilfe, 220; TOFFOLI, Scambio, 459; PK StGB³-TRECHSEL/VEST, Art. 271 N 4; PIETH, Wistra, 252; BSK StGB⁴-NIGGLI/GÖHLICH, Art. 14 N 12; s.a. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, 994; unkritisch BOSS, Revue de l'avocat 2017, 77 f.

gerweise nicht gesehen werden, noch nicht einmal für den Ausschluss der Tatbestandsmäßigkeit von StGB 271 Ziff. 1 selbst: In der Strafnorm wird lediglich die grundsätzliche Möglichkeit einer Bewilligung sowie die (Straf-)Rechtsfolge einer bewilligungslosen Handlung für einen fremden Staat angezeigt, nicht aber gleichzeitig eine Verfügungsbefugnis etabliert.⁷⁵⁷ Auch OSWALD kommt in ihrer Monografie zu verfahrensrechtlichen Aspekten der internationalen Amtshilfe in Steuersachen zum selben Schluss, wenn sie festhält: «Eine Bewilligungserteilung ohne gesetzliche oder staatsvertragliche Grundlage sollte nur erfolgen, wenn die Voraussetzungen zur Anrufung der polizeilichen Generalklausel gegeben sind».⁷⁵⁸ TRECHSEL/VEST halten – anders als noch in früheren Auflagen⁷⁵⁹ – im aktuellen Praxiskommentar StGB explizit fest: «Erforderlich ist aber eine Rechtsgrundlage «ausserhalb» von Art. 271 – in einem Gesetz, einem Staatsvertrag oder, sofern die strengen Voraussetzungen erfüllt sind, im Interessenwahrungs- und Notrecht gem. BV 184 III, 185 III».⁷⁶⁰ Auch BLOCH/WEBER halten im neu erschienenen StGB-Handkommentar zu dieser Praxis treffend fest, dass Art. 271 «*contra legem* in eine selbständige Ermächtigungsnorm umgedeutet» werde.⁷⁶¹ Gemäss PIETH dürfte heute in der Lehre weitgehend Einigkeit herrschen, dass Art. 271 StGB nicht als selbständige Rechtsgrundlage taugt.⁷⁶² Demgegenüber führt MC GOUGH einige Literaturquellen an, in denen diese Praxis kritisiert wird, verzichtet aber darauf, selber eine Bewertung abzugeben.⁷⁶³ Schliesslich erachten OESTERHELT/FRACHEBOUD⁷⁶⁴ und offenbar auch RAEDLER⁷⁶⁵ – ohne sich allerdings auf die Problematik einzulassen – Art. 271 Ziff. 1 StGB i.V.m. Art. 31 RVOG als zulässige gesetzliche Grundlage.

2. Bundesverwaltung

Innerhalb der Verwaltung wurde der Bereich der internationalen Kooperation, insbesondere der internationalen Amtshilfe, spätestens seit der Zunahme entsprechender ausländischer Begehren, die teilweise mit erheblicher Druckausübung verbunden waren, kritisch evaluiert. Im Jahr 2008 führte das BJ einen umfangreichen Meinungsaustausch durch, unter Beteiligung von Bundesämtern, Dienststellen, Vertretungen von Behördenkommissionen sowie des Bundesverwaltungsgerichts.⁷⁶⁶ Ende August 2008 hat der Bundesrat das BJ aufgefordert, den gesetzgeberischen Handlungsbedarf abzuklären und dem Bundesrat bis Ende 2009 die nötigen Massnahmen zu beantragen; im Jahr 2009 hat eine interdepartementale Arbeitsgruppe ihre Tätigkeit aufgenommen.⁷⁶⁷

Daraus resultierte u.a. der Bericht des BJ zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden (2011).⁷⁶⁸ Der Bericht setzt sich ausführlich

757 BAZZI, Wirtschaftsspionage, N 467.

758 OSWALD, Amtshilfe, 220.

759 S. nur PK StGB²-TRECHSEL/VEST, Art. 271 N 4.

760 PK StGB³-TRECHSEL/VEST, Art. 271 N 4.

761 Kommentar StGB-BLOCH/WEBER, Art. 271 N 16, Herv.d.V.

762 PIETH, Wistra, 252; zum Ganzen s.a. BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 92.

763 Die Monografie bleibt diesbezüglich ambivalent: vgl. MC GOUGH, Art. 271 StGB, N 383 ff., insb. 388.

764 Kommentar Amtshilfe-OESTERHELT/FRACHEBOUD, § 29 N 37.

765 RAEDLER, enquêtes internes, 543, Fn 917.

766 WYSS, Gesetzgebungsbedarf, 231.

767 WYSS, Gesetzgebungsbedarf, 231.

768 BJ, Bericht Zusammenarbeit 2011.

mit der auf Art. 271 StGB gestützten Bewilligungspraxis auseinander und bemängelt u.a. das Fehlen von «Anhaltspunkten oder Vorgaben» für die Entscheidung über die Bewilligung (als Kriterien vorgeschlagen werden: aussenpolitisches Konfliktpotential, souveränitätspolitische Interessen, [grundrechtliche] Betroffenheit Privater, Intensität und dgl.).⁷⁶⁹ Ausserdem werden Regelungslücken und Rechtsunsicherheit anerkannt und implizit zugegeben, dass Art. 271 StGB in Fällen von Souveränitätskonflikten – nur – die «mindestens vordergründige» Rechtsgrundlage für Bewilligungen darstelle.⁷⁷⁰

Wenig später folgte der Bericht des Bundesrates unter dem Titel «Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA».⁷⁷¹ Darin sieht auch der Bundesrat Regelungsbedarf und empfiehlt den mit Bewilligungserteilungen befassten Departementen, sich um geeignete staatsvertragliche oder gesetzgeberische Lösungen zu bemühen, wenn sie im Zusammenhang mit einer bestimmten Sachverhaltskonstellation eine Häufung von ähnlichen Bewilligungsgesuchen feststellen:⁷⁷² «Nur so können die rechtsgleiche und transparente Erledigung der Ersuchen gewährleistet und die Souveränitätsbeschränkung, als die die bewilligte Vornahme von «fremden» Amtshandlungen auf schweizerischem Territorium verstanden werden muss, demokratisch ausreichend legitimiert werden».⁷⁷³

Aus den Bestrebungen, diese Regelungslücken bzgl. internationaler Zusammenarbeit und Souveränitätsschutz in einem einheitlichen Gesetz zu erfassen,⁷⁷⁴ resultierte ein Vorentwurf für ein Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetzes (E ZSSG). Der erläuternde Bericht vom Februar 2013 erklärt in aller Deutlichkeit: «Die deutsche Fassung von Artikel 271 StGB hat von einer «Bewilligung» gesprochen. Diese Begrifflichkeit ist insofern irreführend, als das Strafgesetzbuch nicht die Rechtsgrundlage für solche Bewilligungen darstellen kann».⁷⁷⁵ Die Vorlage wurde – aufgrund mannigfacher Kritik – nicht weiterverfolgt, sodass trotz der erkannten Problematik⁷⁷⁶ die Praxis der Bewilligungserteilung unmittelbar gestützt auf Art. 271 StGB fortgesetzt wurde.

3. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat – soweit ersichtlich – auch die jüngere, vehement kritisierte Praxis bislang weitgehend unwidersprochenen rezipiert⁷⁷⁷ oder ist der Frage ihrer Zulässigkeit ausgewichen.⁷⁷⁸ Eine auch nur ansatzweise substantiierte Stellungnahme der Rechtsprechung fehlt daher bis heute. Die Hartnäckigkeit, mit der das Bundesverwal-

⁷⁶⁹ BJ, Bericht Zusammenarbeit 2011, 51.

⁷⁷⁰ BJ, Bericht Zusammenarbeit 2011, 50; zum Ganzen bereits BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 89.

⁷⁷¹ BR, Bericht Finanzkrise 2012.

⁷⁷² BR, Bericht Finanzkrise 2012, 10.

⁷⁷³ BR, Bericht Finanzkrise 2012, 10.

⁷⁷⁴ Vgl. Bericht zur Abschreibung der Motion 07.3281 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats, BBl 2010 4100; Motion FDP-Fraktion [NR 11.3120], Schutz der Souveränität der Schweiz; BR, Bericht Finanzkrise 2012, 10 i.f.; BR, Bericht E ZSSG 2013, 10 f.

⁷⁷⁵ BR, Bericht E ZSSG 2013, 46.

⁷⁷⁶ Krit. auch BAZZI, Wirtschaftsspionage, N 467 Fn 1014.

⁷⁷⁷ S. nur BStGer, 18.11.2015, RR.2015.196, E. 2.2.3.

⁷⁷⁸ Vgl. immerhin die Hinweise auf Kritik in BVerwGer, 2.3.2016, A-4695/2015, E. 6.5.1; BVerwGer, 9.11.2016, A-1683/2016, E. 4.2; s.a. BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 80;

tungsgericht⁷⁷⁹ und auch das Bundesgericht⁷⁸⁰ sich geweigert haben, diese Zulässigkeitsfrage materiell zu prüfen, ist bemerkenswert (vgl. unten § 4.IV.2. sowie § 5.IV.).

4. Zwischenfazit

Die vorangehende Übersicht über die Haltung der Doktrin und der Verwaltung zeigt, dass sich in der Doktrin in kurzer Zeit die mittlerweile wohl herrschende Meinung herausgebildet hat, dass Bewilligungen unmittelbar gestützt auf Art. 271 StGB unzulässig sind. Interessanterweise stammen frühe und fundierte Kritiken mit den Beiträgen von WYSS und KUSTER ausgerechnet aus der Bundesverwaltung selbst. Demgegenüber wird in der Doktrin zwar massive Kritik erhoben, zugleich fehlt aber eine systematische Auseinandersetzung mit der Problematik, was angesichts der kaum zu unterschätzenden, zunehmenden Bedeutung der internationalen Kooperation erstaunt. Im Folgenden wird – gestützt auf die bisher erarbeiteten Grundlagen – zur Prüfung der Frage, ob sich die Bewilligungspraxis auf Art. 271 StGB abstellen lässt, eine eigenständige Auslegung dieser Strafnorm vorgenommen.

F. Auslegung von Art. 271 StGB gemäss dem Kanon des Bundesgerichts

1. Übersicht

Zur Beantwortung der Frage, ob der Passus «ohne Bewilligung» in Art. 271 StGB (i.V.m. Art. 31 RVOV) eine selbständige Grundlage für die Erteilung einer Bewilligung zur Vornahme einer verbotenen Handlung für einen fremden Staat sein kann, ist – dem Kanon des Bundesgerichts folgend – das Gesetz in seinem Kontext auszulegen.

Gemäss Rechtsprechung⁷⁸¹ bildet der Wortlaut der Bestimmung den Ausgangspunkt jeder Auslegung (*grammatikalische Auslegung*); wo der Text nicht absolut klar sei und verschiedene Auslegungen möglich seien, müsse nach der wahren Tragweite gesucht werden, unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente; dabei sei namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm (*historische Auslegung*), auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen (*systematische Auslegung*) zukommt sowie ihren Zweck (*teleologische Auslegung*) abzustellen. Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen; sind mehrere Interpretationen denkbar, soll jene gewählt werden, welche die verfassungsrechtlichen Vorgaben am besten berücksichtigt.⁷⁸² Gemäss jüngerer Rechtsprechung habe sich die Gesetzesauslegung «vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der *ratio legis*».⁷⁸³ Die in der Doktrin erhobene Kritik,⁷⁸⁴ diese Methode untergrabe den Anspruch, die Bindung der Rechtsanwendung an das Gesetz zu gewährleisten, erscheint berechtigt. Für die Praxis ist aber der Kanon des Bundesgerichts weiterhin massgebend, weshalb die nachfolgende Auslegung sich daran orientiert.

779 Vgl. BVerwGer, 9.11.2016, A-1683/2016.

780 Vgl. BGer, 29.6.20182C_1156/2016, insb. E. 3.3.3.

781 Vgl. zuletzt z.B. BGE 145 III 133; ferner BGE 131 II 562, E. 3.5.

782 Zum Ganzen statt vieler: BGE 131 II 562, E. 3.5; BGE 145 III 133, E. 6.

783 Vgl. BGE 142 III 557, E. 8.3.

784 Vgl. KESHELAVA, *ratio legis*, 73 ff., 201.

2. Grammatikalische Auslegung

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung.⁷⁸⁵ Im Kontext des Wortlautes von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB («Wer auf schweizerischem Gebiet *ohne Bewilligung* für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen, [...]»)⁷⁸⁶ stellt das Wort «ohne» (Bewilligung) grammatikalisch betrachtet eine modale Präposition dar. Sie beschreibt den *modus* (lat. Art), d.h. die Art und Weise, in der die Handlungen für einen fremden Staat vorgenommen werden. Damit werden die Umstände der Kernhandlung konkretisiert, indem sie in Relation mit einer fehlenden Bewilligung gebracht wird. Beschrieben wird also das normativ geprägte Tatbestandsmerkmal der einer Behörde oder einem Beamten zukommenden, aber nicht bewilligten Handlung.⁷⁸⁷

Ähnliche modale Satzpassagen sind auch aus anderen Strafbestimmungen bekannt, von denen an dieser Stelle zur Veranschaulichung (für eine systematische Auslegung s. unten § 3.III.F.5.) eine Auswahl auszugsweise wiedergegeben wird:

- Art. 179 StGB: «Wer, *ohne dazu berechtigt zu sein*, eine verschlossene Schrift oder Sendung öffnet [...]»;
- Art. 299 StGB: «Wer die Gebietshoheit eines fremden Staates verletzt, insbesondere durch *unerlaubte* Vornahme von Amtshandlungen auf dem fremden Staatsgebiete [...]»;
- Art. 19 Abs. 1 lit. a BetmG: «Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer [...] Betäubungsmittel *unbefugt* anbaut, herstellt oder auf andere Weise erzeugt [...]»;
- Art. 60 Abs. 1 lit. h USG: «Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer vorsätzlich: [...] pathogene Organismen *ohne Bewilligung* im Versuch freisetzt oder für Verwendungen in der Umwelt in Verkehr bringt [...]»;
- Art. 60 Abs. 1 lit. l USG: «[...] eine Deponie *ohne Bewilligung* errichtet oder betreibt [...]»;
- Art. 60 Abs. 1 lit. o USG: «[...] Sonderabfälle *ohne Bewilligung* entgegennimmt, einführt oder ausführt [...]»;
- Art. 90 Abs. 1 lit. a KEG: «Mit Gefängnis oder mit Busse bis 500 000 Franken wird bestraft, wer vorsätzlich: [...] *ohne Bewilligung* eine Kernanlage erstellt oder betreibt».

Sämtliche dieser Passagen definieren die Art und Weise bzw. die Umstände der Tathandlungen, konkretisieren also jeweils das mit Strafe bedrohte Verhalten. Die Normen beschränken sich in geradezu idealtypischer Struktur darauf, eine Tathandlung zu beschreiben und die Rechtsfolgen zu bestimmen. Niemand käme auf die Idee, aus diesen modalen Präpositionen eine *Kompetenz* abzuleiten, eine Bewilligung zu erteilen, eine verschlossene Sendung zu öffnen, Betäubungsmittel anzubauen, eine Deponie zu erstellen, Sonderabfälle entgegenzunehmen oder gar eine Kernanlage zu erstellen.

⁷⁸⁵ Statt vieler: BGE 138 III 359, E. 6.2.

⁷⁸⁶ Herv.d.V.

⁷⁸⁷ Richtigerweise handelt sich daher dogmatisch um ein (vorsatzrelevantes) Tatbestandselement, und nicht bloss um eine objektive Strafbarkeitsbedingung (so KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz, 12) oder um einen Rechtfertigungsgrund (so BSK StGB²-HOPF, Art. 271 N 18); s.a. BGer, 4.12.2018, 6B_804/2018, E. 3.1.

Es mag zutreffen, dass der Terminus der «Bewilligung» relativ unbestimmt ist. Die Unbestimmtheit betrifft allerdings lediglich das breite Spektrum der rechtlichen Erlassformen von Bewilligungen – der Begriff erfasst nach Lehre und Rechtsprechung verschiedenste Formen einer Berechtigung, von der generell-abstrakten Norm bis zur individuell-konkreten Einzelfallbewilligung (vgl. oben § 3.II.B.). Demgegenüber ist die Funktion des Terminus innerhalb der Strafnorm keineswegs diffus. Der Wortlaut der Bestimmung enthält keinerlei Hinweise, dass dem strafrechtlichen Tatbestand auch eine Kompetenz zur verwaltungsrechtlichen Erteilung einer Bewilligung entnommen werden könnte.⁷⁸⁸ Weder werden Voraussetzungen bzw. abzuwägende Interessen, Inhalt oder das Verfahren benannt, noch überhaupt ein zuständiges Organ zur Bewilligungserteilung ermächtigt. Genau diese Bereiche sind in vergleichbaren Konstellationen aber regelmässig im Gesetzeswortlaut ausdrücklich enthalten (vgl. z.B. Art. 15 ff. KEG; s.a. Art. 16–24 E ZSSG; Art. 7e RVOG).

Auch die Behörden haben in der Vergangenheit eingestanden, dass der Wortlaut richtigerweise nicht als Rechtsgrundlage zur Erteilung einer Bewilligung interpretiert werden kann. Bereits im Bericht des BJ zur Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden im Jahr 2011 musste festgehalten werden, dass Art. 271 StGB in Fällen von Souveränitätskonflikten nur die «vordergründige» Rechtsgrundlage für Bewilligungen darstelle.⁷⁸⁹ Die Zweifel akzentuierten sich im erläuternden Bericht vom Februar 2013 zu einem Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz, der unumwunden⁷⁹⁰ festhielt, dass «das Strafgesetzbuch nicht die Rechtsgrundlage für solche Bewilligungen darstellen kann».⁷⁹¹ Die Rechtsprechung hat bis heute eine genauere Betrachtung des Wortlautes umgangen bzw. sich nicht explizit dazu geäußert.⁷⁹²

Ein sprachlicher Vergleich mit dem französischen («sans y être autorisé») und italienischen («senza esservi autorizzato») Gesetzestext ergibt, dass auch diese Gesetzeswortlaute kein anderes Ergebnis nahelegen. Im Gegensatz zum deutschen Gesetzestext steht hier sogar lediglich eine Formulierung im Partizip II («sans y être autorisé»; «senza esservi autorizzato»)⁷⁹³, die für beide Landessprachen sinngemäss mit «ohne [dazu] berechtigt zu sein» übersetzt werden kann. Von einer Bewilligung ist mithin in diesen Versionen gar keine Rede. Bemerkenswerterweise schlug der Bundesrat vor diesem Hintergrund explizit eine Änderung des Strafgesetzbuches vor: Namentlich sollte der Begriff «Bewilligung» durch «Berechtigung» ersetzt werden, was verdeutlichen sollte, dass sich die Erlaubnis aus einer Norm oder einer Verfügung ausserhalb des Strafgesetzbuches ergibt.⁷⁹⁴

In einer grammatikalischen, semantischen und sprachvergleichenden Gesamtbetrachtung erscheint der Wortlaut somit – im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts – als klar, eindeutig und unmissverständlich. Vor diesem Hintergrund besteht kein Anlass, von diesem wohlverstandenen Wortlaut abzuweichen. Gemäss der Rechtsprechung ist

788 S.a. BAZZI, Wirtschaftsspionage, N 467 f.

789 BJ, Bericht Zusammenarbeit 2011, 50.

790 Vgl. bereits der Hinweis bei BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 89.

791 BR, Bericht E ZSSG 2013, 46.

792 Vgl. immerhin den Verweis auf die Kritik in BVerwGer, 2.3.2016, A-4695/2015, E. 6.5.1; BVerwGer, 9.11.2016, A-1683/2016, E. 4.2.

793 Herv.d.V.

794 Vgl. BR, Bericht E ZSSG 2013, 46. Im Zuge des Scheiterns des ZSSG wurde auch auf diese Korrektur verzichtet, vgl. oben § 3.III.D.9-10.

eine Abweichung nur zulässig, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt.⁷⁹⁵

3. Historische Auslegung

Gründe für eine Abweichung vom Wortlaut können sich gemäss Rechtsprechung u.a. aus der Entstehungsgeschichte einer Bestimmung ergeben.⁷⁹⁶ Solche Gründe können namentlich dann herangezogen werden, wenn sie angesichts einer unklaren gesetzlichen Bestimmung bzw. einer streitigen Frage eine klare Antwort geben.⁷⁹⁷ Gemäss Rechtsprechung ist eine historisch orientierte Auslegung für sich allein nicht entscheidend; «andererseits vermag aber nur sie die Regelungsabsicht des Gesetzgebers (die sich insbesondere aus den Materialien ergibt) aufzuzeigen, welche wiederum zusammen mit den zu ihrer Verfolgung getroffenen Wertentscheidungen verbindliche Richtschnur des Gerichts bleibt [...]».⁷⁹⁸

Die Entstehungsgeschichte von Art. 271 StGB im Allgemeinen (vgl. § 2.II.) sowie die Entwicklung einer direkt auf Art. 271 StGB abgestützten Bewilligungspraxis im Besonderen (vgl. § 3.III.3.) wurden in vorangehenden Kapiteln eingehend untersucht. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen kann im vorliegenden Kontext zusammenfassend auf die dortigen Ausführungen und Konklusionen abgestellt werden: Der im Gesetzesentwurf des Bundesgesetzes über das Bundesstrafrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft von 1853 vorgesehene Art. 41 wies in seinem Wortlaut eine evidente Ähnlichkeit zu Art. 271 Ziff. 1 StGB auf. Aus den vorliegenden Materialien folgt, dass der Passus «ohne Bewilligung» ausschliesslich bezwecken sollte, den autorisierten diplomatischen Verkehr von der Strafnorm auszunehmen, nicht aber zugleich eine Gesetzesgrundlage zur Bewilligung des diplomatischen Verkehrs hätte geschaffen sollen. Die eigentliche Vorläuferbestimmung von Art. 271 StGB fand sich in Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Schutz der öffentlichen Ordnung. Den Materialien zu jenem fast gleichlautenden Gesetzesartikel sind keinerlei Hinweise zu entnehmen, dass damit eine Grundlage für die Ermächtigung zu entsprechenden Amtshandlungen geschaffen werden sollte; vielmehr legen sie nahe, dass der Passus «ohne Bewilligung» lediglich der Ausnahme des autorisierten diplomatischen Verkehrs diene. Das nach dem Scheitern des Ordnungsgesetzes in Form des dringlichen Bundesbeschluss gekleidete «Spitzelgesetz» übernahm den Entwurf des Ordnungsgesetzes.⁷⁹⁹ Der Botschaft ist zu entnehmen, dass der Passus «ohne Bewilligung» die Ausnahme von «durch Staatsvertrag, Gesetz, völkerrechtliches Gewohnheitsrecht oder besondere Bewilligung gebotene Unterstützung fremder Amtstätigkeit» bezweckt;⁸⁰⁰ dass die Strafbestimmung selbst Grundlage für eine «besondere Bewilligung» sein könnte, wird darin in keiner Weise angedeutet. Während der Vorarbeiten am aStGB war der Erlass der Bestimmungen im «Spitzelgesetz» noch nicht absehbar, weshalb sich die Botschaft zum aStGB zu einem Tatbestand der verbotenen Handlungen für einen fremden Staat nicht äusserte.⁸⁰¹ Im Rahmen der

795 BGE 138 III 359, E. 6.2.

796 BGE 138 III 359, E. 6.2.

797 Vgl. BGE 114 Ia 191, E. 3.b.bb.; BGE 132 III 707, E. 2.

798 BGE 138 III 359, E. 6.2.; BGE 137 V 13, E. 5.1.

799 Vgl. NR, Sten.Bull., 4.12.1935, 523 f., 527: «[...] ces articles ont été mis exactement en corrélation avec le droit actuel existant [...]»; SR, Sten.Bull., 15.4.1936, 246 f.,

800 Botschaft 1935, BBl 1935 I 744.

801 Botschaft StGB 1918, BBl 1918 I ff.

Überführung der Bestimmung ins aStGB wurde im Wesentlichen auf das «Spitzelgesetz» verwiesen, die Materialien zu den Debatten im National- und Ständerat enthalten keinerlei Hinweise, dass eine Bewilligungspraxis gestützt auf diese Normen hätte begründet oder fortgeführt werden sollen.⁸⁰²

Soweit die Vorläuferbestimmungen von Art. 271 StGB in typischen kernstrafrechtlichen Erlassen enthalten war (insb. BStR 1853, aStGB), war die Erteilung polizeirechtlicher Eingriffskompetenzen auch nicht zu erwarten gewesen. Demgegenüber bildeten sowohl das Ordnungsgesetz als auch das «Spitzelgesetz» besondere Erlasse der Staatsschutzgesetzgebung, zudem weist das «Spitzelgesetz» als dringlicher Bundesbeschluss zumindest entstehungsgeschichtlich eine gewisse Nähe zur notrechtlichen Rechtsetzung auf. Die Erlasse hatten den Schutz der staatlichen Souveränität und Gebietshoheit zum Ziel, sollten mithin eine strafrechtliches Schutzdispositiv aufbauen, das den damaligen operativen Art. 102 Abs. 8-10 aBV ergänzte. Das Staatsschutzdispositiv funktioniert grundsätzlich anders als klassisches Verwaltungs- oder Strafrecht: Der Grund liegt im Wesentlichen darin, dass die staatliche Struktur sich nicht gegenüber einem Individuum behaupten muss, sondern gegenüber einer anderen staatlichen Struktur, wodurch nicht einzelne Rechtsgüter, sondern die Souveränität als solche tangiert wird. In einer solchen Konstellation spielen zahlreiche politische, diplomatische und wirtschaftliche Faktoren mit,⁸⁰³ sodass im Einzelfall die Wahrung von Landesinteressen mit teils gegenläufigen Mitteln erreicht werden kann. Vor diesem Hintergrund erschiene nicht ausgeschlossen, dass in diesem Bereich der Rechtsetzung polizeiliche Massnahme mit Verbotsbestimmungen verknüpft werden.⁸⁰⁴ Dieser Ambivalenz wurde indes im Zusammenhang mit der Entstehungsgeschichte von Art. 271 StGB gerade in keiner Weise Rechnung getragen, auch nicht im Ordnungs-, oder Spitzelgesetz. Materiell beschränkten sich bereits diese beiden Erlasse auf strafrechtliche, strafprozessuale und ggf. nachrichtendienstliche⁸⁰⁵ Kompetenzen. Im Übrigen wurde die Bestimmung mit ihrer Überführung ins aStGB zu einer ordentlichen Gesetzesbestimmung, die keinen vorübergehenden, dringlichkeitsrechtlichen Charakter mehr aufwies. Auch in diesem Rahmen blieb es bei einer Verbotsnorm, ohne dass diese durch besondere Bewilligungskompetenzen relativiert worden wäre. Vielmehr verliess sich der Gesetzgeber auf die verfassungsunmittelbaren Kompetenzen der Exekutiven: Der enge Konnex zum Interessenwahrungsrecht wurde ja gerade in der älteren Praxis keineswegs negiert, vielmehr offenbarte er sich in besonderer Deutlichkeit im späteren Bundesratsbeschluss vom 7.7.1971 über die Ermächtigung der Departemente und der Bundeskanzlei zum selbständigen Entscheid über die Bewilligungen nach Art. 271 Ziff. 1 StGB.

Zusammenfassend zeigt eine historische Auslegung also, dass sich aus der Entstehungsgeschichte und den Materialien zu Art. 271 Ziff. 1 StGB keinerlei gesetzgeberische Absicht erkennen lässt, dass gestützt auf diese Norm Bewilligungen zur Vornahme entsprechender Handlungen erteilt werden sollten. Demgegenüber ist eine Nähe dieser Staatsschutz-

802 Vgl. NR, Sten.Bull., 4.12.1935, 523 f., 527; SR, Sten.Bull., 15.4.1936, 246 f.

803 S.a. BORER, Legalitätsprinzip, 444 ff.

804 Vgl. nur Art. 25 Abs. 1 E ZSSG, der sowohl die Möglichkeit eines – allerdings nicht ex lege strafbewehrten – Verbotes der grenzüberschreitenden Weitergabe von Informationen (lit. a), als auch die Verpflichtung zur Weitergabe (lit. b) vorsah.

805 Vgl. Art. 7 «Spitzelgesetz» betreffend Erweiterung der Bundesanwaltschaft.

bestimmung zum Interessenwahrungs- und Notrecht erkennbar. Die Bewilligungspraxis findet allerdings in einer historischen Betrachtung keine Stütze in der Strafnorm selbst.

4. Teleologische Auslegung

Weiter kann sich gemäss Rechtsprechung ein Abweichen von einem klaren Wortlaut auch aus einer am Sinn und Zweck orientierten (teleologischen) Auslegung ergeben. Geht es nach dem Bundesgericht, entfaltet ein Gesetz «ein eigenständiges, vom Willen des Gesetzgebers unabhängiges Dasein, sobald es in Kraft getreten ist».⁸⁰⁶ Eine teleologische Auslegung hat gemäss Rechtsprechung unter Berücksichtigung «du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé» zu erfolgen.⁸⁰⁷ Auf diese beschreibenden Kriterien, die sich teilweise überschneiden und dogmatische Begriffe mit nicht-juristischen («son esprit»⁸⁰⁸) Begriffen vermischen, ist nachfolgend sinngemäss genauer einzugehen.

a) Geschütztes Rechtsgut und zu Grunde liegende Werte

Vorliegend drängt sich ergänzend zu den allgemeinen Ausführungen zum geschützten Rechtsgut (oben § 2.III.) eine entwicklungsgeschichtliche Perspektive auf. In Folge des Scheiterns des Ordnungsgesetzes waren verschiedene Grenzkantone darum bemüht, Gesetzgebungen gegen ausländische Übergriffe zu erlassen.⁸⁰⁹ Der Bundesrat hielt dieses Schutzbedürfnis für verständlich, erklärte aber, dass dies Sache des Bundes sei, weshalb er dem Parlament die Botschaft zu einem dringlichen Bundesbeschluss für das «Spitzelgesetz» unterbreitete.⁸¹⁰ In der Botschaft bezeichnete er die Abwehr von Angriffen auf die schweizerische Gebietshoheit und die Wahrung der Unabhängigkeit als Motive der Gesetzgebung.⁸¹¹ Namentlich richtete sich der Beschluss gegen Amtshandlungen der ausländischen Polizei sowie Erhebungen im Interesse der ausländischen Finanzverwaltung⁸¹² (Devisenpolizei, Finanzspionage); zugleich war er u.a. eine Reaktion auf politische Verschleppungen durch das faschistische bzw. nationalsozialistische Ausland, die Botschaft verwies ausdrücklich auf die damals bekannten Fälle Rossi, Weber und Jacob.⁸¹³ Auf diesem «Spitzelgesetz», einer dringlich erklärten, strafrechtlichen und strafprozessualen Staatsschutzgesetzgebung, fusst Art. 271 StGB.

In der Tradition der Motive des «Spitzelgesetzes» richtet sich auch Art. 271 StGB gegen die Ausübung fremder Staatsgewalt auf dem Gebiet der Schweiz: Gemäss ständiger Rechtsprechung gilt das staatliche Machtmonopol und die schweizerische Souveränität als geschütztes Rechtsgut,⁸¹⁴ wobei der Bestimmung aufgrund wachsender internationaler Vernetzung sowie Zusammenarbeit zunehmend die Funktion einer Verbotsnorm zum Amts- und

806 BGE 134 V 170, E. 4.1.

807 BGE 141 III 53, E. 5.4.1.

808 Damit soll keineswegs die Berechtigung derartiger Metaphern in Frage gestellt werden; sehr treffend z.B. die Dissertation von SCHMIDT-GABAIN zu den Zweckbestimmungen unter dem Titel «Die Seelen der Gesetze», SCHMIDT-GABAIN, Zweckbestimmungen.

809 Vgl. Botschaft 1935, BBl 1935 I 743.

810 Botschaft 1935, BBl 1935 I 742 ff.

811 Botschaft 1935, BBl 1935 I 743 f.

812 Diesen Aspekt besonders betonend: OSWALD, Amtshilfe, 219 f.

813 S.a. Botschaft 1935, BBl 1935 I 744; BGE 80 IV 151, E. 3.1.

814 Statt vieler: BGer, StA, 4.12.2018, 6B_804/2018, E. 3.

Rechtshilferegelerwerk zukommt, indem der die Strafbestimmung gegen wilde Amtshilfe, «entraide sauvage», gerichtet wird.⁸¹⁵ Bemerkenswerterweise hat die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts in diesem Zusammenhang explizit festgehalten, dass Art. 271 StGB auch das Vertrauen der Rechtsunterworfenen schütze, dass hoheitliche Befugnisse nur durch die dafür zuständigen Staatsorgane und rechtmässig ausgeübt werden.⁸¹⁶ Die Strafnorm bewirke gewissermassen als Nebeneffekt, dass Rechtssubjekte bezüglich Eingriffe in ihre Rechte auf rechtsstaatliches Handeln vertrauen dürfen.⁸¹⁷ Damit anerkennt die Rechtsprechung implizit, dass Art. 271 StGB der Zweck inhärent ist, den *Rechtsstaatsgedanken* und das *Legalitätsprinzip betreffend internationale Sachverhalte* zu stärken.

b) Zielsetzung der Norm

Unter dem vorliegend funktional verstandenen Titel einer Zielsetzung der Norm ist zu betonen, dass Art. 271 StGB als Bestimmung des Kernstrafrechts *Rechtsgüterschutz* bezweckt. Dies ist auch in einer historischen Betrachtung immer ihre Funktion gewesen. Mit Blick auf die eingehend dargestellte Praxis kann aber nicht in Abrede gestellt werden, dass in jüngerer Zeit versucht wurde, diese strafrechtliche Funktion mit einer polizeirechtlichen zu supplementieren. Während der polizeirechtliche Aspekt während Jahrzehnten gestützt auf eine verfassungsmässige Grundlage (Art. 102 Abs. 8-10 aBV) erfolgte, fand in jüngerer Zeit eine stillschweigende Abkehr von den verfassungsunmittelbaren rechtlichen Grundlagen statt.

Diese Umfunktionierung von Art. 271 StGB geschah im Wissen um die Problematik; Bundesrat und Bundesverwaltung waren sich bewusst, dass eine solche verwaltungsrechtliche Zielsetzung von Art. 271 StGB nicht abgedeckt werden kann (oben § 3.III.E.). Der Versuch, eine gesetzliche Grundlage im ZSSG zu schaffen, belegt dies in aller Deutlichkeit. Die Tatsache, dass dieses Gesetzgebungsprojekt scheiterte, ändert daran nichts. Das Scheitern des Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetzes hat der Bundesrat wie folgt begründet:

«Das EJPD hat festgestellt, dass sich die internationale Zusammenarbeit zwischen Verwaltungsbehörden seit Beginn der Arbeiten am ZSSG im Jahr 2011 deutlich intensiviert hat. Dadurch hat man in jenen Bereichen, wo es Lücken und Defizite gab, gesetzliche oder staatsvertragliche Lösungen für eine Vereinfachung der Zusammenarbeit gefunden. Im Rahmen der Arbeiten am ZSSG konnten zudem offene Fragen geklärt werden, die sich regelmässig bei Ersuchen um Bewilligungen von Amtshandlungen zugunsten ausländischer Behörden stellen. Das bundesverwaltungsinterne Amtshilfetreffen, das seit 2011 jährlich vom Bundesamt für Justiz durchgeführt wird, hat sich als geeignetes Forum für die Diskussion praktischer Probleme erwiesen. Das EJPD ist aufgrund dieser Entwicklung der Ansicht, dass die Probleme bei der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden heute ohne Gesetzesprojekt gelöst werden können. Eine gesetzliche Lösung rechtfertigt sich seiner Meinung nach umso weniger, als der Konsens zum ZSSG bereits in der Vernehmlassung fragil war».⁸¹⁸

815 S.a. HUMANN, CL 2021/2 [im Erscheinen].

816 BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.1.1.1 m.Hinw. auf HUMANN, AJP 2014, [recte] 655.

817 BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.1.1.1.

818 BR, 11.2.2015, Medienmitteilung.

Diese spärliche Begründung, warum das Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz nicht weiterverfolgt werde, lässt keine Zweifel, dass das Problem keineswegs als behoben betrachtet werden kann. Der blosser Verweis auf eine intensivierte Zusammenarbeit zwischen Verwaltungsbehörden, auf gesetzliche oder staatsvertragliche Lösungen sowie auf die angebliche Klärung offener Fragen im Zusammenhang mit Ersuchen um Bewilligungen von Amtshandlungen zugunsten ausländischer Behörden, ist jedenfalls nicht geeignet, die Problematik untermittelbar auf Art. 271 StGB gestützter Einzelfallbewilligungen zu beheben. Dies umso weniger, als nie kommunizierte wurde, wie die offenen Fragen im Zusammenhang mit «Bewilligung nach Art. 271 StGB» eine Lösung zugeführt worden sein sollen. Tatsächlich waren die vorgeschobenen Gründe vermutlich nicht ausschlaggebend für den Verzicht auf ein ZSSG, sondern die massive Kritik am Gesetzesvorhaben. Euphemistisch beschreibt die Medienmitteilung diese Situation sinngemäss als «fragilen Konsens», was an der Realität vorbeigeht.⁸¹⁹ Treffender war die Aussage jenes Beamten des BJ, der dies anlässlich einer Tagung in Zürich⁸²⁰ als eigentliche Kakophonie betitelte. Zusammenfassend ist festzustellen, dass der explizite Verweis auf Art. 271 StGB im Rahmen der jüngeren Bewilligungspraxis zum Ziel hatte, Massnahme, die gemäss konsolidiertem Verständnis nicht vom verfassungsunmittelbare Interessenwahrungs- und Notrechtskompetenz abgedeckt gewesen waren, zumindest scheinbar auf eine gesetzliche Grundlage abzustützen. Damit sollte im Ergebnis eine erkannte Gesetzeslücke gefüllt werden. Ein solches behördliches Vorgehen durch die Exekutive kann indes richtigerweise nicht zu einer Umwidmung von Art. 271 StGB führen, selbst wenn das dahinterstehende Interesse als legitim bewertet würde. Eine derartige Ausweitung der Praxis ist vielmehr im Lichte der Herausbildung eines Gewohnheitsrechts einer genaueren Prüfung zu unterziehen (dazu unten § 4.III.D.).

c) Geist der Norm

Der vom Bundesgericht eingebrachte Begriff des «esprit» bzw. des Geistes der Norm, erscheint diffus und undogmatisch – und letztlich schwer vom Rechtsgut, den Werten sowie der Zielsetzung einer Norm abgrenzbar. Das Konzept eines «esprit» einer Rechtsetzung erscheint aber gerade im Zusammenhang mit dem Staatsschutzgedanken nicht unpassend, weshalb es im Folgenden konstruktiv herangezogen wird:

Das Verhältnis des Staatsschutzgedankens zum Recht unterscheidet sich grundlegend von anderen Relationen gemeiner Rechtsgüter und Interessen zu den jeweiligen Rechtsgrundlagen. Der Staatsschutz weist sich durch eine charakteristische Ambivalenz von teils gegenläufigen Massnahmen aus. Der Grund liegt im Wesentlichen darin, dass im Rahmen des Staatsschutzes sich die staatliche Struktur nicht gegenüber einem Individuum behaupten muss, sondern gegenüber einer anderen (i.d.R. staatlichen) Struktur, die nicht einzelne Normen, sondern die staatliche Souveränität als solche tangieren kann. In einer solchen Konstellation fallen zahlreiche politische, diplomatische oder wirtschaftliche – also ausserrechtliche – Faktoren ins Gewicht.⁸²¹

819 S. z.B. die Kritik von NIGGLI/HUSMANN, Vernehmlassung E ZSSG; SGB, Vernehmlassung E ZSSG; SwissHoldings, Vernehmlassung E ZSSG etc.

820 Tagung Pitfalls Under Arts. 271 & 273 Criminal Code, AmCham Panel Meeting, 24.5.2016, Zürich.

821 Vgl. BORER, Legalitätsprinzip, 444 ff.

Illustrativ zeigt dies der Fall im Steuerstreit, wo der Bundesrat in einem ersten Schritt im Jahr 2009 beschloss, dass alle erforderlichen Massnahmen ergriffen würden, um die UBS an der Übergabe der anvisierten Kundendaten zu hindern, um in einem zweiten Schritt genau eine Datenherausgabe via Amtshilfeabkommen zu forcieren. Auch die Auffanggesetzgebung im IRSG verpflichtet die Schweiz bei der Zusammenarbeit in Strafsachen den «Hoheitsrechten, der Sicherheit, der öffentlichen Ordnung oder anderen wesentlichen Interessen der Schweiz Rechnung zu tragen».⁸²² Damit kommt dem Bundesrat als oberste Behörde für auswärtige Angelegenheiten – in den treffenden Worten von CAPUS – «die Kompetenz zu, politische Spannungen mit anderen Staaten aufgrund der Leistung oder Nichtleistung von Rechtshilfe zu mindern».⁸²³ Diese grundsätzliche Gleichwertigkeit gegensätzlicher Optionen behördlichen Handelns im Aussenverhältnis spiegelte sich eindrücklich auch im Entwurf für ein Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz. Namentlich sah dessen Art. 25 vor, dass der Bundesrat alle nötigen Massnahmen zum Schutz der schweizerischen Souveränität vor Beeinträchtigungen durch ausländische Rechtsordnungen ergreift und zu diesem Zweck ebenso die Weitergabe von Informationen verbieten, wie zur Weitergabe von Informationen verpflichten hätte können.⁸²⁴

Vor diesem Hintergrund erscheint unbestritten, dass einseitig ausgerichtete Staatsschutzdelikte, insbesondere der in diesem Zusammenhang zuweilen als «blocking statute» bezeichnete Art. 271 StGB in besonderen Einzelfällen ein Hindernis in der grenzüberschreitenden Kooperation darstellen und im Ergebnis sogar Landesinteressen bzw. die innere oder äussere Sicherheit gefährden können. Dass ein staatliches Interesse daran besteht, in ausserordentlichen Situationen die Amts- und Rechtshilferegeln zu durchbrechen oder ohne Rechtsgrundlage die Weitergabe von Informationen zuzulassen, ist mithin anerkannt. Insofern unterscheidet sich Art. 271 StGB von kernstrafrechtlichen Bestimmungen, welche individuelle Rechtsgüter betreffen: So erscheint es in aller Regel ausgeschlossen, dass der Staat ein Interesse an einem Diebstahl, einer Körperverletzung oder einem Hausfriedensbruch haben könnte und dazu sogar noch die Erlaubnis erteilen würde.

Doch kann aus diesem Bedürfnis, in ausserordentlichen Situationen eine einseitig ausgerichtete Staatsschutzbestimmung zu durchbrechen, auch eine entsprechende Kompetenz aus derselben Strafnorm abgeleitet werden? Zur Beantwortung dieser Frage drängt sich eine nähere Betrachtung des schweizerischen Staatsschutzdispositivs auf:

Das rechtliche Staatsschutzdispositiv in der Schweiz umfasst verschiedene Bereiche: Diese werden traditionell in einen präventiven und repressiven Staatsschutz unterteilt. Mit der Schaffung des NDG vermischen sich indes die präventiven und repressiven Aufgaben zunehmend; eine solche Unterteilung kann daher nach hier vertretener Sicht nicht mehr aufrechterhalten werden. Richtig erscheint eine Unterteilung in einen verwaltungsrechtlichen (insb. polizeirechtlichen) und einen strafrechtlichen Staatsschutz. Der ganz überwiegende Teil der Staatsschutz Tätigkeit spielt im polizeirechtlichen, operativ orientierten Bereich. Dies erhellt bereits ein Blick auf die Rechtssetzung, die überwiegend diese Tätigkeitsbereiche normiert; zu nennen sind insbesondere das NDG; Art. 184 und Art. 185 BV; Art. 7c–e RVOG etc. Daneben steht das strafrechtliche Staatsschutzdispositiv, insbesondere im StGB (Verbrechen und Vergehen gegen den Staat und die Landesverteidigung);

822 Art. 1a IRSG; s.a. CAPUS, Strafrecht und Souveränität, 296.

823 CAPUS, Strafrecht und Souveränität, 296 m.Hinw. auf Art. 184 BV.

824 Vgl. Art. 25 Abs. 1 lit. a und b E ZSSG.

ferner Art. 74 NDG; das Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen etc. Diese strafrechtlichen Instrumente sind nicht geeignet, im Sinne der Eingriffsverwaltung bzw. polizeirechtlich effektiven Schutz zu bieten. Strafrecht ist definitionsgemäss eine Reaktion auf vergangenes Verhalten und kommt aus polizeilicher Warte notwendigerweise zu spät.⁸²⁵ Das Strafrecht dient der Stabilisierung von Normen und Erwartungen⁸²⁶ und betreibt lediglich normativen Rechtsgüterschutz. Das gilt auch bei der Staatsschutzgesetzgebung.

Die vor diesem Hintergrund aufgeworfene Frage, ob die Staatsschutzbestimmung von Art. 271 StGB nebst der strafrechtlichen auch eine polizeirechtliche Seite aufweist, ist mit Blick auf die vorangehenden Ausführungen zu verneinen. Mit Art. 271 StGB droht der Staat eine symbolische, generell-abstrakt normierte Reaktion an, aufgrund eines tatbestandsmässigen Verhaltens, das die Gebietshoheit der Schweiz, das staatliche Machtmonopol bzw. die schweizerische Souveränität gefährdet. Damit dient das strafrechtliche Staatsschutzdispositiv im Wesentlichen der Stabilisierung der berechtigten Erwartungshaltung, dass in der Schweiz hoheitliche Befugnisse nur durch die dafür zuständigen Staatsorgane und rechtmässig ausgeübt werden.⁸²⁷ Art. 271 StGB deckt damit offensichtlich lediglich den *einen* Aspekt – den strafrechtlichen, normativen – des staatsschutzrechtlichen Dispositivs ab. Der polizeirechtliche und operative Aspekt ist demgegenüber anderswo zu suchen, insbesondere in den entsprechenden Kompetenzzuweisungen in der Bundesverfassung (Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV; Art. 7e RVOG) sowie dem NDG (Art. 3 und Art. 71 NDG). Dieses verwaltungsrechtliche Dispositiv mag unvollständig sein, indes kann eine gesetzlose Praxis nach dem Scheitern des ZSSG nicht durch einen Rückgriff auf Art. 271 StGB legitimiert werden.

d) Zusammenfassung

Betrachtet man die Ergebnisse der verschiedenen untersuchten Bereiche einer teleologischen Auslegung, so zeigt sich, dass Art. 271 StGB weder mit Blick auf das geschützte Rechtsgut, die zugrunde liegenden Werte, den Geist dieser besonderen Staatsschutzbestimmung, und auch nicht eine funktionelle Zielsetzung der Norm als rechtliche Grundlage zur Bewilligung der verbotenen Handlung für einen fremden Staat gelten kann. Würde man trotz diesem Ergebnis die in der Praxis erfolgte Umdeutung als neuartige Zielsetzung der Strafnorm anerkennen, würde das Recht der Beliebigkeit überlassen, ein hoher Preis für eine bekannte, begrenzte und singuläre Problematik.

5. Systematische Auslegung

Ein Abweichen von einem klaren Wortlaut kann sich schliesslich aus dem Zusammenhang mit anderen Gesetzesvorschriften (systematische Auslegung) ergeben. Bei der gesetzssystematischen Auslegung ist der Normkontext ganz allgemein, also nicht nur innerhalb des entsprechenden Gesetzes, zu berücksichtigen.⁸²⁸ Vorliegend erscheinen die nachfolgenden Aspekte besonders bedeutsam:

825 S.a. NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 454 f.

826 Statt vieler MARKWALDER/SIMMLER, ZStrR 2018, 39 f.

827 BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.1.1.1.

828 BGE 145 III 133, E. 6.5.

a) Formelle Normstruktur

Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB weist eine geradezu idealtypische Normstruktur einer strafrechtlichen Bestimmung auf. Ein Tatbestand auf der einen Seite («Wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen [...]») wird mit einer Rechtsfolge auf der anderen Seite verbunden («[...] wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, in schweren Fällen mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft»). Schon das indiziert, dass Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB – ausschliesslich – als Strafnorm zu betrachten ist.

Soweit ersichtlich, ist dem gesamten Schweizer Strafrecht keine einzige Norm bekannt, die über ihre strafrechtliche Komponente hinaus auch noch eine verwaltungsrechtliche Verfügungskompetenz der Behörden statuieren würde. Unbestritten ist zwar, dass immer mehr Normen die Inkommensurabilität zwischen Strafrecht und Polizei- bzw. Verwaltungsrecht aufzulösen scheinen.⁸²⁹ Diese Problematik ist indes offensichtlich nicht vergleichbar mit der im Kontext von Art. 271 StGB entwickelten Praxis, eine Norm, deren Qualifizierung als Strafnorm unbestritten ist, kumulativ und separat davon gestützt auf deren Tatbestandselement «ohne Bewilligung» als verwaltungsrechtliche Ermächtigungsnorm zur Erteilung einer Bewilligung zur Vornahme eben dieser verbotenen Handlung umzudeuten.

Ein derartiges Normverständnis sucht in der gesamten Dogmatik zum schweizerischen Recht vergeblich nach seinesgleichen und hält einer vergleichenden Betrachtung nicht stand: Wie bereits im Rahmen der grammatikalischen Auslegung aufgezeigt, kennen sowohl das Kern-, als auch das Nebenstrafrecht ähnliche Strafbestimmungen, die gleichermaßen auf der Tatbestandsseite einen Hinweis auf eine fehlende Bewilligung enthalten, die Beispiele sind dabei zahlreich (vgl. nur Art. 90 Abs. 1 lit. a KEG; Art. 60 Abs. 1 lit. I USG etc., ausführlich oben § 3.III.F.2). In keinem dieser Fälle hat sich eine Praxis entwickelt, gestützt auf diese Normen eine Kompetenz einer Behörde zur Erteilung entsprechender Bewilligungen abzuleiten. Entsprechendes wurde auch von Seite (Doktrin, Exekutive etc.) je propagiert. Eine solche Kompetenz ergibt sich in allen diesen Fällen vielmehr aus einer spezialgesetzlichen Grundlage, im Fall der Kernanlagen aus Art. 12 ff. KEG, im Fall der Deponie aus Art. 30e USG i.V.m. dem jeweiligen kantonalen Recht etc.

b) Materiell typengleiche Normen

Im Rahmen einer systematischen Auslegung drängt sich sodann ein Vergleich mit materiell typengleichen Normen auf. Eine besondere Nähe zu Art. 271 StGB weisen die Staatsschutzbestimmung in Art. 272–274 StGB zum verbotenen politischen, wirtschaftlichen und militärischen Nachrichtendienst auf. Wie Art. 271 StGB richten sich diese gegen die Ausübung fremder Staatsgewalt auf dem Gebiet der Schweiz und schützen die Gebiets-

⁸²⁹ Dies geschieht etwa, wenn die verwaltungsrechtliche Einziehung des «Raser-Fahrzeuges» (zu Recht krit. zur Terminologie FIOKA, FS-Killias, 732) an strafrechtliche Tatbestände geknüpft wird (vgl. Art. 90a SVG; zum Ganzen, BSK SVG-HUSMANN, Art. 90a N 21 ff.), oder wenn eine verwaltungsrechtliche Überwälzung von hohen Polizeikosten bei Veranstaltungen unmittelbar an ein qualifiziert strafrechtlich relevantes Verhalten geknüpft wird (vgl. Art. 35 Abs. 3 PolV-BE i.V.m. Art. 57 Abs. 2 PolG-BE; dazu HUSMANN, S&R 2018, 81 f.). In diesen Fällen geht es aber stets um die Frage, ob ein und dieselbe tatbestandsmässig umschriebene behördliche *Reaktion* alternativ als Straf- oder als Polizeirecht zu qualifizieren ist.

hoheit der Schweiz.⁸³⁰ Wenn Art. 271 Ziff. 1 StGB tatsächlich nicht nur ein Verbot, sondern auch eine Ermächtigungskompetenz zur Vornahme der inkriminierten Handlung statuieren würde, wäre zu erwarten, dass auch aus den Bestimmungen in Art. 272–274 StGB – die je nach Konstellation auch als *leges speciales* zu Art. 271 Ziff. 1 StGB verstanden werden können – gleichermassen eine Ermächtigung zur Erteilung von Bewilligungen abgeleitet würde. Dies ist aber, nach allem was aus Lehre und Rechtsprechung bekannt ist, gerade nicht der Fall.⁸³¹

Auch Art. 299 Ziff. 1 StGB, der gewissermassen eine spiegelbildliche Bestimmung zu Art. 271 Ziff. 1 StGB darstellt, enthält erwartungsgemäss keine Klausel zur Bewilligung solcher Handlungen.

c) Zusammenhang mit weiteren Rechtsnormen

Schliesslich drängt sich im Rahmen einer systematischen Auslegung auf, Art. 271 StGB in einen Kontext mit Vorschriften anderer rechtlicher Erlasse zu stellen. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass in der Praxis gestützt auf Art. 271 StGB erlassene Bewilligungen regelmässig «i.V.m. Art. 31 RVOV» erlassen werden. Auch in Bezug darauf kann auf bereits erarbeitete Grundlagen aufgebaut werden (oben § 3.III.D.6).

Art. 31 RVOV sieht in seinem Abs. 1 Folgendes vor:

«Die Departemente und die Bundeskanzlei entscheiden in ihrem Bereich über Bewilligungen nach Artikel 271 Ziffer 1 des Strafgesetzbuches zur Vornahme von Handlungen für einen fremden Staat».⁸³²

Der Artikel wurde im Rahmen der Aufhebung des BRB vom 7.7.1971 ins RVOV eingeführt (s.a Art. 34 RVOV). Die RVOV ist vor dem Hintergrund des RVOG zu betrachten, welches sie auf Vorordnungsebene konkretisiert. Das RVOG bildet die organisatorische Grundlage für die Regierung und die Bundesverwaltung und regelt u.a. die verfassungsrechtliche Stellung der Regierung im Gewaltengefüge.⁸³³ Wenngleich Art. 31 RVOV dies nicht ausdrücklich erwähnt, stützt sich diese Verordnungsbestimmung implizit auf Art. 47 RVOG, der in Abs. 2 vorsieht, dass der Bundesrat durch Verordnung festlegt, «welche Verwaltungseinheit für die Entscheidung in einzelnen Geschäften oder in ganzen Geschäftsbereichen zuständig ist».⁸³⁴

Somit regelte bzw. delegierte der Bundesrat in Art. 31 RVOV – in Anwendung von Art. 47 RVOG – einzig die entsprechenden Zuständigkeiten. Mithin statuiert Art. 31 RVOV lediglich eine *Organkompetenz* betreffend entsprechender Bewilligungsentscheide. Es handelt sich mit BAZZI um «eine reine Kompetenzausscheidungs- und keine Ermächtigungsnorm».⁸³⁵ Demgegenüber kann diese Bestimmung auf Verordnungsstufe auch im Kontext von Art. 271 StGB keine selbstständige Rechtsgrundlage zur Bewilligung für verbotene Handlungen für einen fremden Staat bilden.⁸³⁶ Sowohl Art. 271 StGB als auch Art. 31 RVOV implizieren zwar unbestritten die grundsätzliche *Möglichkeit* einer Bewil-

830 Vgl. BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 272 N 5, Art. 273 N 5, Art. 274 N 5.

831 Statt vieler BAZZI, Wirtschaftsspionage, N 155 m.Hinw.

832 Art. 31 Abs. 1 RVOV.

833 S.a. Botschaft RVOG 1996, BBl 1996 V 17 f.

834 Art. 47 Abs. 2 RVOG.

835 BAZZI, Wirtschaftsspionage, N 467.

836 Ebenso BAZZI, Wirtschaftsspionage, N 467 ff.

ligung,⁸³⁷ aber weder jede Norm sich noch beide im Verbund können die rechtliche Grundlage für eine solche Bewilligung sein, mit der hoheitlich zum Eingriff in die schweizerische Souveränität und Territorialität sowie die Rechtsstellung der betroffenen Rechtssubjekte ermächtigt wird.

Anders als in der Novelle des Art. 31 RVOV kam dies in dessen Vorläufererlass, dem BRB vom 7.7.1971, noch deutlich und explizit zum Ausdruck.⁸³⁸ Gemäss Rubrum dieses Beschlusses des Bundesrates stützte sich dieser explizit und ausschliesslich auf Art. 102 Ziff. 8-10 aBV sowie auf Art. 23 Abs. 3 und Abs. 4 des damaligen Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesverwaltung.⁸³⁹ Art. 23 dieses Bundesgesetzes stellte dabei die Vorgängerbestimmung des heutigen Art. 47 RVOG dar, regelte mithin lediglich die Kompetenz des Bundesrates zum Erlassen von Vollzugsbestimmungen. Art. 271 StGB selbst wurde vom Bundesrat als materielle Grundlage für die Verordnung in keiner Weise erwähnt. Vielmehr stützte sich die Verordnung sachlich auf den erstgenannten Art. 102 Ziff. 8-10 aBV. Die genannten Ziffern sahen Folgendes vor:

«Art. 102

Der Bundesrat hat innert den Schranken der gegenwärtigen Verfassung vorzüglich folgende Befugnisse und Obliegenheiten:

[...]

8. Er wahrt die Interessen der Eidgenossenschaft nach aussen, wie namentlich ihre völkerrechtlichen Beziehungen, und besorgt die auswärtigen Angelegenheiten überhaupt.
9. Er wacht für die äussere Sicherheit, für die Behauptung der Unabhängigkeit und Neutralität der Schweiz.
10. Er sorgt für die innere Sicherheit der Eidgenossenschaft, für Handhabung von Ruhe und Ordnung. [...]».⁸⁴⁰

Bei diesen Bestimmungen handelte es sich um die Vorläufer der heutigen verfassungsunmittelbaren Interessenwahrungs- und Notrechtskompetenz des Bundesrates nach Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV.⁸⁴¹ Diese bundesrätliche Kompetenz wurde mit dem Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit für Verfügungen in ausserordentlichen Lagen in Art. 7c-e RVOG bestätigt und einschränkend konkretisiert.⁸⁴²

In einer Gesamtbetrachtung im historisch-entstehungsgeschichtlichen Kontext und in der rechtlichen Systematik des heute geltenden Art. 31 RVOV ist festzustellen, dass Art. 31 RVOV keine Ermächtigungsnorm zur Bewilligungserteilung darstellt, sondern eine reine Kompetenzausscheidungsnorm ist.⁸⁴³ Als Norm auf Verordnungsstufe würde

837 Ähnlich BAZZI, Wirtschaftsspionage, N 467.

838 Zustimmend PK StGB³-TRECHSEL/VEST, Art. 271 N 4.

839 Bundesgesetzes vom 26.3.1914 über die Organisation der Bundesverwaltung (AS 30 292).

840 Art. 102 aBV.

841 Statt vieler: SGK BV-SCHWENDIMANN/TSCHAN-TRUONG/THÜRER, Art. 184 N 1; SGK BV-SAXER, Art. 185 N 1 f. BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 94.

842 BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 94.

843 Ebenso BAZZI, Wirtschaftsspionage, N 467.

er den Ansprüchen an eine genügende Gesetzesgrundlage ohnehin nicht genügen.⁸⁴⁴ Diese Kompetenzausscheidung bezieht sich bei einer systematischen Betrachtung – soweit sie nicht auf spezialgesetzlichen Normen fusst – auf die verfassungsunmittelbare Interessenwahrungs- und Notrechtskompetenz des Bundesrates.⁸⁴⁵

G. Vorläufiges Ergebnis

Vorangehend wurde aufgezeigt, dass die in jüngerer Zeit extensiv praktizierte Bewilligungserteilung gestützt auf Art. 271 StGB zahlreiche rechtliche Spannungsfelder grundsätzlicher Art eröffnet, die im Wesentlichen mit der Problematik der Rechtsgrundlage dieser Praxis zusammenhängen. Substantielle Kritik stammt insbesondere aus der Bundesverwaltung selbst; in der Doktrin dürfte mittlerweile h.L. sein, dass Art. 271 StGB nicht als selbständige Rechtsgrundlage für eine derartige Bewilligungspraxis taugt. Eine genealogische Betrachtung dieser Praxis konnte nachweisen, dass sich diese nicht aus der Strafbestimmung von Art. 271 StGB selbst heraus entwickelt hat, sondern aus der verfassungsunmittelbaren Interessenwahrungs- und Notrechtskompetenz des Bundesrates. Eine Auslegung von Art. 271 StGB hat schliesslich ergeben, dass Art. 271 StGB auch unter Berücksichtigung des extensiven bundesgerichtlichen pragmatischen Methodenpluralismus nicht die Grundlage für eine derartige Praxis darstellen kann.

Im nachfolgenden Abschnitt wird die Perspektive gewechselt: Im Fokus ist nicht mehr die in den Bewilligungen indizierte Strafbestimmung (Art. 271 StGB), sondern der Zweck und die Wirkung einer derartigen Bestimmung. Dies erlaubt es, die rechtlichen (Minimal-)Anforderungen, die an bewilligte Handlungen zu stellen sind, zu beschreiben und mögliche Rechtsgrundlagen zu untersuchen. In diesem Rahmen wird auch die Frage behandelt, ob sich die Praxis angesichts ihrer Ausgeprägtheit allenfalls auf Gewohnheitsrecht⁸⁴⁶ stützen kann.

844 Vgl. Art. 164 BV; ähnlich BAZZI, Wirtschaftsspionage, N 467; a.M. offenbar MOLO, NF 11/2013, 25.

845 Dass es sich bei Art. 31 RVOV um eine Kompetenzausscheidungsnorm handelt, deckt sich auch mit der Feststellung in einem Rechtsgutachten der BJ aus dem Jahr 2003: «En vertu de l'Art. 31 OLOGA, les autorisations qui peuvent être sollicitées sont octroyées par le département concerné; une pratique établie concernant l'octroi d'autorisations existe dans nombre de domaines. Les activités de ce type sont souvent réglées dans des traités internationaux, mais des autorisations sont aussi accordées pour des cas isolés», vgl. VPB 2003 Nr. 100, 1040.

846 S.a. KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz, 19, die diese Möglichkeit allerdings nur gerade in einer Grafik andeutet.

§ 4

Charakteristika der «Bewilligung nach Art. 271 StGB»

I. Zweck, Wirkung und rechtliche Anforderungen

A. Allgemeines

Eine Bewilligung, wie sie in Art. 271 StGB erwähnt wird, umfasst definitionsgemäss den Zweck, eine Handlung zu bewilligen, der ihrer Natur nach amtlicher Charakter zukommt, die also nach schweizerischer Rechtsauffassung in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Funktion erfolgt und darum den Regelungen der Amts- und Rechtshilfe unterliegt. Dieser Zwecksetzung inhärent ist, dass eine Bewilligung verschiedene rechtliche Wirkungen entfalten kann, die im Besonderen mit Blick auf das Legalitätsprinzip relevant sind. Im Folgenden werden die wichtigsten dieser Zwecksetzungen und Rechtswirkungen erläutert. Dabei ist zwischen dem völkerrechtlichen Aussen- und dem innerstaatlichen bzw. verfassungsrechtlichen Innenverhältnis zu unterscheiden.

B. Aussenverhältnis: Einwilligung in den Eingriff in die staatliche Souveränität

Das völkerrechtliche Territorialitätsprinzip verbietet es einem Staat auf dem Gebiet eines anderen Staates hoheitlich tätig zu werden.⁸⁴⁷ Die Staaten sind somit verpflichtet, die Souveränität der jeweils anderen zu respektieren.⁸⁴⁸ Amtshandlungen, die gegen die Gebietshoheit bzw. die Souveränität eines anderen Staates verstossen, sind daher unzulässig und stellen eine völkerrechtswidrige Verletzung der Souveränität und territorialen Integrität des betreffenden Staates dar.⁸⁴⁹ In der Schweiz wird dieser völkerrechtliche Grundsatz insb. durch die strafrechtlichen Staatsschutzbestimmung in Art. 271 StGB untermauert.⁸⁵⁰ Für eine Verletzung der Souveränität ist nicht erforderlich, dass die Behörde auf fremdem Boden handelt; es genügt, dass ihre Handlungen Auswirkungen auf das Hoheitsgebiet dieses Staates haben.⁸⁵¹ Umgekehrt verbietet das Völkerrecht die Duldung sol-

847 S.a. BGE 146 IV 36, E. 2.2 m.Hinw.; BGE 140 IV 86, E. 2.4; s.a. RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Strafprozessrecht, § 75 N 3136; BESSON, Droit international public, N 319, 187; DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, Internationale Rechtshilfe, 4; ZIEGLER, droit international public, N 507, 593.

848 BGE 146 IV 36, E. 2.2 m.Hinw.; BGE 137 IV 33, E. 9.4.3 S. 50; BGE 133 I 234, E. 2.5.1; s.a. Art. 2 Ziff. 1 UNO-Charta.

849 BGE 146 IV 36, E. 2.2; BGE 137 IV 33, E. 9.4.3 S. 50; BGE 133 I 234, E. 2.5.1; DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, Internationale Rechtshilfe, 4.

850 Die Strafnorm geht allerdings über die völkerrechtlichen Schranken hinaus (vgl. Botschaft Spitzelgesetz 1935, BBl 1935 I 744: «gleichgültig, ob sie auch geschriebene oder ungeschriebene Gesetze des Völkerrechts verletzen oder nicht») und verzichtet bewusst darauf, die Völkerrechtswidrigkeit als Tatbestandselement zu nennen (vgl. BSK StGB²-Hopf, Art. 271 N 6); namentlich ist eine konkrete Verletzung der schweizerischen Territorialhoheit als Folge der Handlung nicht vorausgesetzt (GAUTHEY/MARKUS, ZSR 2015, 366; zum Ganzen s.a. BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 11).

851 BGE 146 IV 36, E. 2.2 m.Hinw.; BGE 137 IV 33, E. 9.4.3

cher Handlungen nicht.⁸⁵² Ein betroffener Staat kann im Rahmen des internationalen Rechts oder nach den Regeln der internationalen Rechtshilfe dazu sein Einverständnis geben. Das Bundesgericht hat diese Grundsätze in BGE 137 IV 33 zusammengefasst und festgehalten: «Les mesures de contrainte de nature à porter atteinte à la souveraineté d'un Etat et au principe de non-ingérence qui en découle, ne peuvent donc, dans la règle, être prises qu'en vertu du droit international (traité, accord bilatéral, droit international coutumier) ou, à défaut, en vertu du consentement préalable de l'Etat concerné dans le respect des règles internationales régissant l'entraide judiciaire [...]».⁸⁵³

Im völkerrechtlichen Kontext hat eine «Bewilligung nach Art. 271 StGB» die Wirkung eines Einverständnisses bzw. einer Genehmigung.⁸⁵⁴ Es handelt sich dabei im völkerrechtlichen Aussenverhältnis, soweit überhaupt an einen fremden Staat gerichtet, am ehesten um einen acte de courtoisie.⁸⁵⁵ Indem der Staat punktuell auf souveränitätsrechtliche Ansprüche verzichtet, wird ein völkerrechtswidriger Eingriff in die Souveränität und das Territorialitätsprinzip ausgeschlossen. Weil der Bundesrat völkerrechtlich zur Vertretung der Schweiz nach Aussen befugt ist und im Grundsatz auch eine entsprechende Einwilligung abgeben kann,⁸⁵⁶ ist die Frage der Rechtsgrundlage im Rahmen des völkerrechtlichen Aussenverhältnisses wenig problematisch.⁸⁵⁷ Wesentlich anders gestaltet sich die Ausgangslage im verfassungsrechtlichen Innenverhältnis:

C. Innenverhältnis

1. Aufhebung der Geltung einer Strafnorm

Der Staat gestattet mit einer Bewilligung ausnahmsweise Handlungen, welche die schweizerische Souveränität und Gebietshoheit beeinträchtigen.⁸⁵⁸ Dogmatisch betrachtet entfällt bei Vorliegen einer entsprechenden Bewilligung die Tatbestandsmässigkeit,⁸⁵⁹ zumal der Passus «ohne Bewilligung» ein Tatbestandselement darstellt.⁸⁶⁰ Im innerstaatlichen Verhältnis ist damit die unmittelbarste und evidenteste Wirkung einer Bewilligung nach Art. 271 StGB, dass im jeweiligen Umfang eine Strafbarkeit nach Art. 271 StGB entfällt.⁸⁶¹ Der Tatbestand von Art. 271 StGB ist im kernstrafrechtlichen StGB angelegt, das – wie alle Bundesgesetze – eine hohe demokratische Legitimation genießt. Art. 271 StGB

852 VERDROSS/SIMMA, Völkerrecht, 636; abgesehen natürlich von bereichsspezifischen, indirekt tangierten Vertragswerken wie der EMRK.

853 BGE 137 IV 33, E. 9.4.3; s. auch BGer, 2.6.2008, 1B_57/2008, E. 3.1; BGE 146 IV 36, E. 2.2 sowie die Regeste.

854 S.a. BGE 146 IV 36, E. 2.2.

855 So bereits zutreffend SIEGRIST, Hoheitsakte, 67 m.Hinw. auf VERDROSS/SIMMA, Völkerrecht, 636.

856 Statt vieler: BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 184 N 4; s.a. Botschaft BV 1996, BBl 1997 I 1, 416: «Der Bundesrat stellt das Staatsoberhaupt dar; er allein gibt gegenüber anderen Staaten und internationalen Organisationen rechtsverbindliche Erklärungen ab».

857 Wobei sich auch diesbezüglich in einer innerstaatlichen Perspektive mit Blick auf die Geltung des Gesetzesvorbehaltes eine kritische Betrachtung aufdrängt, BORER, Legalitätsprinzip, 430 ff.

858 BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 78.

859 Vgl. CORBOZ, infractions, Art. 271 N 10; CR CP II-FISCHER/RICHA, Art. 271 N 38; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, Strafrecht IV, 346; BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 78; PK-TRECHSEL/VEST, Art. 271 N 4.

860 Anders BSK StGB II²-HOPF, Art. 271 N 18; KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz, 12.

861 Vgl. exemplarisch EFD, Musterverfügung 2013, Ziff. II.8.

schützt zwar primär das staatliche Machtmonopol und die schweizerische Souveränität, als Nebeneffekt wird damit aber auch das Vertrauen der Rechtsunterworfenen, dass hoheitliche Befugnisse nur durch die dafür zuständigen Staatsorgane und rechtmässig ausgeübt werden, bestärkt.⁸⁶² Obwohl also Art. 271 StGB primär den Schutz kollektiver Rechtsgüter betreibt, besteht damit ein persönliches Interesse auch privater Rechtssubjekte an der Geltung und am Erhalt dieser Strafnorm.

Für eine Klärung, ob und unter welchen Umständen die Geltung der Strafnorm ausser Kraft gesetzt werden darf, kann das geschützte Rechtsgut aber ohnehin nicht entscheidend sein. Die Nicht-Anwendbarkeit von Art. 271 StGB aufgrund einer Bewilligung stützt sich im Normalfall nicht auf eine «Bewilligung nach Art. 271 StGB», sondern auf eine demokratisch legitimierte Rechtsgrundlage im internationalen oder nationalen Recht (vgl. oben § 3.II.C.). Die Anwendbarkeit dieser Regelwerke ist vorhersehbar. Im Ergebnis sind diese Konstellationen vergleichbar mit den Fällen einer gesetzlich erlaubten Handlung i.S.v. Art. 14 StGB. In diesen Fällen erscheint eine Straflosigkeit unter dem Titel von Art. 271 StGB systemkohärent.

Anders gestaltet sich die Situation bei einer auf Art. 271 StGB abgestützten Bewilligung. Bekanntlich enthält Art. 271 StGB nicht die geringsten Anhaltspunkte für den Entscheid, unter welchen Bedingungen eine Bewilligung zu erteilen ist.⁸⁶³ Es fehlt mithin an einer demokratisch legitimierten Norm, die bestimmt, unter welchen Umständen Art. 271 StGB nicht anwendbar sein soll. In der Folge ist das Verhalten der Behörden nicht im Ansatz vorhersehbar, die Aussetzung von Art. 271 StGB erscheint mehr oder weniger beliebig im Ermessen der die Bewilligung erteilenden Behörde. NIGGLI/GÖHLICH teilen diese Kritik, wenn sie pointiert festhalten: «Natürlich vermag eine Verordnung des (nicht zuständigen) Bundesrates strafbare Handlungen nach Art. 271 StGB oder Art. 34 f. DSG niemals zu rechtfertigen [...]. Wollte man der Logik des Bundesrates folgen, so liesse sich jede Deliktsbegehung «rechtfertigen», solange sie nur für einen fremden Staat erfolgt».⁸⁶⁴ Eine Gesetzesbestimmung, deren Geltung via Bewilligungskompetenz vom Belieben der Exekutive abhängig gemacht wird, widerspricht darüber hinaus fundamental der Gewaltenteilung. Die Stufenfolge der Rechtsordnung verlangt, dass der Eingriff in ein Gut, das von der Rechtsgemeinschaft als derart wichtig erachtet wird, dass seine Beeinträchtigungen mit Strafe bedroht wird, nicht einfach dadurch rechtmässig werden kann, dass es durch eine Verfügung erlaubt wird⁸⁶⁵ – jedenfalls soweit diese Verfügung nicht auf einer Norm gleicher oder höherer Stufe fusst. Der sog. Grundsatz der Parallelität der Formen verlangt, dass eine Behörde ihre Anordnungen nur in jener Form gültig ändern können, in der sie erlassen wurden.⁸⁶⁶ Voraussetzung für eine Straflosigkeit unter dem Titel von Art. 271 StGB ist also eine hinreichend bestimmte gleich- oder höherwertige Norm.

862 BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.1.1.1 m.Hinw.

863 EFD, Musterverfügung 2013, Ziff. II.6.

864 BSK StGB⁴-NIGGLI/GÖHLICH, Art. 14 N 12.

865 So treffend BSK StGB⁴-NIGGLI/GÖHLICH, Art. 14 N 7.

866 Vgl. bereits BGE 108 Ia 178, E. 3d. Gemäss Rechtsprechung soll eine Befugnis zur Aufhebung oder Änderung formellen Gesetzesrechts an den Ordnungsgeber delegierbar sein, sofern sich diese Befugnis in klarer Weise aus einer Delegationsnorm ergibt, die ihrerseits in einem dem Referendum unterstehenden Gesetz enthalten sein muss, vgl. BGE 103 Ia 378, E. 4b; ob diese Rechtsprechung auf das Strafrecht übertragen werden kann, wo dem Legalitätsprinzip eine besondere Bedeutung zukommt, darf allerdings bezweifelt werden, kann vorliegend aber mangels Bestehen einer gesetzlichen Delegationsnorm offenbleiben.

2. Bewilligung von hoheitlichem Handeln und Schaffung von einzelfallweisem Amts- und Rechtshilferecht

Abgesehen von der negativen Komponente der Nicht-Anwendbarkeit von Art. 271 StGB hat eine «Bewilligung nach Art. 271 StGB» begriffsnotwendig auch eine positive Komponente: Mit ihr wird eine Handlung erlaubt, die sich ihrem Wesen und Zweck als Amtstätigkeit charakterisiert⁸⁶⁷ und deshalb grundsätzlich die Voraussetzungen an die Amts- und Rechtshilfe zu berücksichtigen hat. Im Resultat wird damit einzelfallweise Amts- und Rechtshilferecht geschaffen und hoheitliches Handeln erlaubt.

Allein daraus ergibt sich im Lichte von Art. 5 BV, dass die Ermächtigung zur Vornahme einer solchen Handlung mit amtlichem Charakter zwingend einer gesetzlichen Grundlage in einem formellen Gesetz oder in einer normhierarchisch höheren Verfassungsnorm bedarf. Dies folgt sowohl aus der demokratisch-gewaltenteiligen Funktion des Legalitätsprinzips als auch seiner rechtsstaatlichen Funktion (vgl. oben Einleitung, § 3.II.B). Hinzu kommt, dass Art. 164 Abs. 1 BV ausdrücklich verlangt, dass alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form eines Bundesgesetzes zu erlassen sind. Ausdrücklich genannt werden u.a. Bestimmungen über die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte (lit. b), die 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).⁸⁶⁸ Wie KUSTER treffend festgehalten hat, kann eine Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB «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».⁸⁶⁹ Im Lichte der jüngeren Praxis und Lehre kann eine Relativierung des Legalitätsprinzips nicht mehr angenommen werden, soweit die Rechtsstellung Privater erheblich berührt wird bzw. wo ein Bereich von Art. 164 BV tangiert ist und keine singuläre Konstellation vorliegt (vgl. unten § 4.II.).

Schon KNAPP hat zur internationalen Amtshilfe explizit festgehalten, dass «dans les relations internationales, l'entraide ne peut être accordée en raison de la souveraineté étatique, que dans le cadre d'accords internationaux en prévoyant le principe et les modalités».⁸⁷⁰ Auch MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET halten zur internationalen Zusammenarbeit fest, dass «la collaboration *formelle*, se traduisant notamment par l'échange d'information confidentielles ou par la coordination de procédures, requiert une base légale ou conventionnelle. En l'absence d'une telle base, elle méconnaît le principe de la légalité».⁸⁷¹

KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI betonen die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage besonders mit Blick auf betroffene Individualrechtsgüter: «Die Amts- und Rechtshilfe steht in einem Konflikt mit anderen Rechtsgütern bzw. den Grundsätzen und Vorschriften, welche diese schützen, wodurch sich die Notwendigkeit ihrer gesetzlichen Grundlage sowie

867 Statt vieler: BGE 114 IV 128, E. 2b; BGer, 4.12.2018, 6B_804/2018, E. 3.

868 Ebenso KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz, 16.

869 KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz, 16 m.Hinw. auf WYSS, Gesetzgebungsbedarf. Nicht ausdrücklich erwähnt werden bei KUSTER die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte gemäss Art. 164 Abs. 1 lit. b BV.

870 KNAPP, Droit administratif, N 681.

871 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif, 170 (unklar der Hinweis der Autoren auf Art. 271 StGB, der parallel zu dieser Aussage erfolgt, vgl. 170, Fn 396); anders noch MOOR, Droit administratif I, 164: «Parfois ce ne sont que des pratiques, sans base légale souvent (la régularité du procédé a alors été contestée [...]).»

die Voraussetzungen, denen sie unterliegt, ergeben».⁸⁷² Ähnlich äussert sich auch BELLANGER.⁸⁷³ WYSS hält unter Verweis auf den Gesetzgebungsleitfaden des Bundes ausdrücklich fest, dass eine formell-gesetzliche Grundlage (zumindest) dann erforderlich sei, wenn damit schwere Grundrechtseingriffe einher gehen, besonders schützenswerte Personendaten im Sinne des DSG bearbeitet werden oder von gesetzlichen Geheimhaltungspflichten abgewichen wird.⁸⁷⁴

BREITENMOSER betont zu Recht, dass grundsätzlich sämtliche Amts- und Rechtshilfemassnahmen Eingriffe in verfassungsmässige Grundrechtspositionen darstellen, weshalb sie unabhängig davon, ob die Aufhebung von gesetzlich geschützten Geheimnissen oder andere Zwangsmassnahmen in Frage stehen, einer hinreichend bestimmten Rechtsgrundlage bedürfen:

«Bei einem Fehlen von zugänglichen und ausreichend bestimmten einzelstaatlichen Rechtsgrundlagen erscheint daher auch eine freiwillige, *ad hoc* und lediglich auf der völkerrechtlichen Basis der Gegenseitigkeit geleistete Rechtshilfe in Verwaltungssachen unter dem Gesichtspunkt des *Legalitätsprinzips* und der *grundrechtlichen Schrankendogmatik* als unzulässig. Da nämlich sämtliche auf landesrechtlicher Ebene vollzogene Rechtshilfemassnahmen, die aufgrund eines Rechtshilfeersuchens erfolgen, Eingriffe in verfassungsmässige Grundrechtspositionen der davon betroffenen natürlichen oder juristischen Person darstellen, ist für die Gewährung von Rechtshilfe stets eine gesetzliche Grundlage erforderlich. Für derartige Eingriffe können weder eine einfache Interessenabwägung noch die Anwendung der Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des *ordre public* genügen. Dasselbe gilt mit Bezug auf die i.d.R. formlosen und informellen Verfahren der internationalen Amtshilfe, welche ohne gesetzliche Grundlage nicht zur Umgehung von Rechtshilfeverfahren verwendet werden dürfen».⁸⁷⁵

Vor dem Hintergrund dieser Lehrmeinungen ist festzuhalten, dass sich die Bewilligung von hoheitlichem Handeln und die einzelfallweise Schaffung von Amts- und Rechtshilfe-recht angesichts der Anforderungen des Legalitätsprinzips zwingend auf eine hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage abstützen müssen.

3. Eingriff in rechtlich geschützte Positionen und Aufhebung gesetzlicher Normen

Was vorangehend bereits im Zusammenhang mit dem Amts- und Rechtshilfe-recht erwähnt wurde, gilt im Allgemeinen für sämtliche Rechtsbereiche: Wenn in rechtlich ge-

872 KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, m.Hinw. auf den Datenschutz, das Amtsgeheimnis, das Steuergeheimnis, N 2050; der Grundrechtsschutz wird demgegenüber nur, aber immerhin, an anderer Stelle erwähnt, N 2051.

873 BELLANGER, *entraide*, 18 f. m.Hinw. auf gesetzliche geschützte Geheimnisse, den gesetzlichen Datenschutz, sowie Eingriffe in die individuelle Freiheit.

874 WYSS, *Gesetzgebungsbedarf*, 235; für den Bereich des Datenschutzes s.a. BENHAMOU/JACOT-GUILLARMOD, *digma* 2018, 143: «tout échange d'informations confidentielles relève de l'entraide formelle et requiert en principe une base légale, conformément au principe de la légalité».

875 BREITENMOSER, *Amts- und Rechtshilfe*, N 23.87 m.Hinw., Herv.i.O. Zu Recht weist BREITENMOSER vor dem Hintergrund dieser Ausführungen darauf hin, dass die vom BJ (sowie einzelnen Autoren) vorgenommene Unterscheidung, ob die Aufhebung von gesetzlich geschützten Geheimnissen oder andere Zwangsmassnahmen in Frage stehen, weder schlüssig noch zutreffend sei, BREITENMOSER, *Amts- und Rechtshilfe*, N 23.87.

geschützte Positionen eingegriffen wird, müssen einerseits die Schranken des jeweiligen rechtlichen Schutzes (z.B. Art. 36 Abs. 1 BV; Art. 14 StGB; Art. 17 DSGVO etc.) eingehalten werden, andererseits ist der Grundsatz der Parallelität der Formen⁸⁷⁶ zu respektieren: Wird ein verfassungsmässiger oder gesetzlicher Schutz aufgehoben, ist dafür grundsätzlich ein Gesetz erforderlich.⁸⁷⁷

Das ist in besonderem Masse für eine Umgehung bzw. Aufhebung von Bestimmungen zur Rechts- und Amtshilfe zu betonen, zumal dieses Vorgehen zahlreiche weitere rechtlich geschützte Bereiche betrifft, etwa die verschiedenen Bestimmungen zum Geheimnisschutz (Art. 321, Art. 162, Art. 272–274 StGB; Art. 47 BankG; Art. 69 FINIG etc.), den Datenschutz, den Arbeitnehmerschutz, dem Persönlichkeitsschutz und selbstverständlich auch den Grund- und Menschenrechtsschutz sowie die Verfahrensrechte (dazu unten § 4.).

In der Praxis wurde bekanntlich versucht, diesem Aspekt dadurch Rechnung zu tragen, dass Bewilligungen mit Auflagen und Bedingungen versehen wurden. Die Musterverfügung hielt bspw. ausdrücklich fest: «Die Bewilligung entbindet [...] nicht von der Einhaltung der übrigen Bestimmungen des schweizerischen Rechts, insbesondere nicht von der Beachtung bestehender Geschäfts- und Bankkundsgeheimnisse, der Bestimmungen über den Datenschutz und der Verpflichtungen als Arbeitgeberin».⁸⁷⁸

Ein solches Vorgehen erscheint indes nicht geeignet den Konflikt mit dem Legalitätsprinzip zu beheben. Es mag den Eingriff in rechtlich geschützte Positionen zwar insofern minimieren, als die Kooperation nur in den Schranken der Auflagen und Bedingungen stattfinden darf; typischerweise wird damit die Herausgabe von bestimmten Informationen eingeschränkt. Nicht ersichtlich ist allerdings, warum eine solche Einschränkung die Einhaltung der Vorgaben zur Amts- und Rechtshilfe entbehrlich machen sollte.⁸⁷⁹ Die zahlreichen Grundprinzipien, die im Rahmen der Amts- und Rechtshilfe zu berücksichtigen sind, geltend nicht ohne Grund – sie kompensieren den Eingriff in die staatliche Souveränität und moderieren Kooperationshandlungen unter Berücksichtigung der im Spiel stehenden Interessen. In der Lehre wird zu Recht betont, dass grundsätzlich nur die Amts- und Rechtshilfe ein prozessuales Gefäss bietet, in welchem Geheimhaltungs- und Offenlegungspflichten einander gegenübergestellt werden können,⁸⁸⁰ nur auf diesem Weg kann zudem das Prinzip der Spezialität gewahrt werden.⁸⁸¹ Die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts hat diese Auffassung jüngst bestätigt.⁸⁸² Private können die Einhaltung dieser Schranken auch unter Auferlegung von Auflagen und Bedingungen gerade nicht gewährleisten. Eine Ausnahme besteht selbstverständlich da, wo Kooperation keine Amtshandlung darstellt und daher nicht den Regeln über die Amts- und Rechtshilfe untersteht, etwa weil frei über entsprechende Informationen verfügt werden kann.⁸⁸³ Hinzu kommt,

876 Vgl. zusammenfassend BGE 108 Ia 178, E. 3d

877 Zur Möglichkeit der Delegation vgl. BGE 103 Ia 378, E. 4b.

878 EFD, Musterverfügung 2013, Ziff. II.8.

879 Das Bundesgericht hat dies in einem Einzelfall anders gesehen, in dem das zivilrechtliche Verfahren bereits konkret zur Anwendung gekommen war und ein superprovisorisches Herausgabeverbot erwirkt worden war, vgl. BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016, Sachverhalt A., E. 3.3.1.

880 GAUTHEY/MARKUS, ZSR 2015, 396.

881 HUSMANN, coopération internationale, 468; BAZZI, Wirtschaftsspionage, N 373; BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 45.

882 BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.1.1.4.

883 Vgl. BStGer, Berufungskammer, 5.12.2019, CA.2019.6 [nicht rechtskräftig], E. 1.1.1.4.

dass mit dem Vorgehen ein öffentlichrechtliches Verhältnis, das den Regeln über die Amt- bzw. Rechtshilfe untersteht, im Resultat «privatisiert» wird, sprich zu einer privatrechtlichen Streitigkeit transponiert wird.⁸⁸⁴ Dies hat typischerweise weitreichende Folgen: So gelten im privatrechtlichen Bereich etwa andere Verfahrensgrundsätze (Dispositionsmaxime, Verhandlungsgrundsatz etc.) sowie andere Beweislastregeln (faktisch eine Beweislastumkehr) und es drohen erhebliche Verfahrens- und Anwaltskosten. Auch materiell gilt im privatisierten Bereich ein weiterer Spielraum, so etwa im Datenschutzrecht (vgl. Art. 12 ff. DSGVO). Schliesslich ist auch der Rechtsschutz massiv eingeschränkt, indem die verwaltungsrechtlichen Vorgaben (rechtliches Gehör, Erlassung und Zustellung einer Verfügung etc.) und verfahrensrechtlichen Garantien nicht bzw. nicht im selben Ausmass zur Anwendung gelangen. Insgesamt erscheint es offensichtlich, dass die Rechte der Betroffenen im Rahmen einer durch Bewilligung privatisierten Kooperation grundsätzlich weniger effektiv geschützt werden; daran ändert auch nichts, dass nach Ansicht des Bundesgerichts im Einzelfall auch der zivilrechtliche Weg einen wirksamen Schutz bieten kann.⁸⁸⁵

4. Eingriff in Grund- und Menschenrechte sowie Verfahrensrechte

In besonderem Masse betrifft die Problematik den Bereich der Grund- und Menschenrechte sowie der verfahrensrechtlichen Garantien.

Staatliche Bewilligungen von Kooperationshandlungen tangieren oftmals unmittelbar den Schutz der Privatsphäre bzw. die informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 BV; Art. 8 EMRK; Art. 17 UNO-Pakt II), die persönliche Freiheit (Art. 10 BV) oder die Eigentumsfreiheit (Art. 26 BV), etwa wo die Kooperationshandlungen die wirtschaftlichen Verhältnisse betreffen.⁸⁸⁶ Dies erhellt allein schon die Tatsache, dass selbst das Bundesverwaltungsgericht im Zusammenhang mit der Verlängerung einer «Bewilligung nach Art. 271 StGB» im Steuerstreit explizit festhalten hat, dass das Recht auf Privatsphäre (Art. 8 EMRK) betroffen ist, zumal «Bankdaten in den durch diesen Artikel geschützten Bereich fallen».⁸⁸⁷ Bewilligungen können aber auch mittelbar einen schweren Grundrechtseingriff darstellen, etwa indem sie einschneidende verwaltungs-, aber auch strafrechtliche Massnahmen, bewirken können.⁸⁸⁸ Werden durch staatliche Bewilligungen die entsprechenden Garantien eingeschränkt, so müssen die jeweiligen Einschränkungsvoraussetzungen insb. gemäss Art. 36 BV (bzw. der EMRK) eingehalten werden. Vorliegend ist besonders auf die Voraussetzung einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage zu verweisen.⁸⁸⁹ Ferner konfliktieren Bewilligungen von Kooperationshandlungen typischerweise auch mit strafrechtlichen und/oder verfahrensrechtlichen Garantien.⁸⁹⁰ In diesen Berei-

884 Vgl. MOHLER/GLUTZ, NZZ, 4.7.2013, 21; SCHWEIZER/MOHLER/GLUTZ, Jusletter 2013, N 8; BAZZI, Wirtschaftsspionage, N 188; s.a. ROHNER/FURRER, ST 2013, 521.

885 Vgl. BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016, Sachverhalt A., E. 3.3.1, wobei hier das zivilrechtliche Verfahren bereits konkret zur Anwendung gekommen war und ein superprovisorisches Herausgabeverbot erwirkt worden war.

886 Vgl. BGE 137 II 431, E. 2.1.2.

887 Vgl. BVerwGer, 9.11.2016, A-1683/2016, E. 2.1.4 m.Hinw. auf Art. 6 und 8 EMRK sowie EGMR, 22.12.2015, Nr. 28601/11, G.S.B./Schweiz.

888 Vgl. dazu die Ausführungen in BVerwGer, 5.1.2010, B-1092/2009, E. 6.3.

889 SKG-SCHWEIZER, Art. 44 N 33.

890 Rückwirkungsverbot (Art. 7 i.V.m. Art. 14 EMRK; s.a. Art. 2 lit. a IRSG); Selbstbelastungsfreiheit (nemo tenetur, Art. 32 BV, Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II); Waffengleichheit; Anspruch

chen ist eine Interessenabwägung i.d.R. nicht vorgesehen, sodass ein Abweichen vom geltenden Regelwerk mittels Bewilligung a priori problematisch erscheint.

D. Zwischenfazit

Aus vorangehenden Ausführungen folgt, dass im Lichte des verfassungsmässigen Legalitätsprinzips zur Bewilligung internationaler Kooperationshandlungen hinreichende Rechtsgrundlagen unabdingbar erscheinen.

II. Relativierung der Anforderungen des Legalitätsprinzips im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten?

A. Ausgangslage

Vor diesem Hintergrund ist zunächst zu untersuchen, inwiefern die teilweise propagierte Relativierung der Anforderungen des Legalitätsprinzips im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten im vorliegenden Kontext relevant bzw. berechtigt ist.

B. Relativierung des Legalitätsprinzips in der klassischen Lehre der Aussenpolitik

Namentlich in der älteren Lehre wurde teilweise die Meinung vertreten, im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten sei die Geltung und Ausgestaltung des Legalitätsprinzips relativiert.⁸⁹¹

Wie KÄLIN im Jahr 1986 treffend festhielt, beruhte die Argumentation der klassischen Lehre von der Aussenpolitik auf der HOBESSchen Idee eines Naturzustandes zwischen den Staaten, eines Kampfes aller (Staaten) gegen alle, und damit verbunden auf einem «permanenten Ausnahmezustand», der das Überleben des Staates gefährde.⁸⁹² Dementsprechend müsse dem Staat zur Sicherung seiner Existenz im Aussenverhältnis freie Hand gewährt werden.⁸⁹³ Nach BURCKHARDT ging die Sorge für den Bestand des Staates grundsätzlich der Sorge für die Erhaltung seiner inneren Einrichtungen vor.⁸⁹⁴ In den damaligen Worten von BINDSCHEDLER etwa fand jede «Innenpolitik ihre Grenzen an den Erfordernissen der Aussenpolitik».⁸⁹⁵ Als Folge von diesem permanenten Ausnahmezustand, der die staatliche Existenz bedrohte, wurde postuliert, dass die Exekutive im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten grosse Ermessensspielräume zuerteilt bekommt.⁸⁹⁶ Auch WILDHABER verwies darauf, dass bereits LOCKE die «federative power» ausgesondert habe von der innerstaatlichen Verwaltung und dass die auswärtigen Beziehungen als eine klassische Domäne der Exekutive gelte.⁸⁹⁷ BORER argumentierte in seinem grundlegenden

auf Verfahrensbeteiligung; Rechtsweggarantie (Art. 29a BV, Art. 13 EMRK); Recht auf eine faire Verfahren (Art. 29 ff. BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 14 UNO-Pakt II); vgl. MOHLER, Abbau Rechtsstaat, Ziff. 2a, 2b, 3a, 4b; SCHWEIZER/MOHLER/GLUTZ, Jusletter 2013, N 11; zum Ganzen bereits HUSMANN, AJP 2014, 658 f.

891 Statt vieler zusammenfassend z.B. HOFSTETTER, Aussenpolitik, 12 ff.

892 KÄLIN, ZSR 1986, 269, 273 ff.; s.a. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 371.

893 So KÄLIN, der diese Doktrin substantiierte Kritik entgegensetzt, KÄLIN, ZSR 1986, 273 ff.

894 Vgl. BURCKHARDT, Gutachten, zit. nach KÄLIN, ZSR 1986, 272.

895 BINDSCHEDLER, FS-Hofer, 34.

896 Vgl. KÄLIN, ZSR 1986, 272.

897 WILDHABER, Legalitätsprinzip, 447; krit. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 370.

Werk «Legislative Gewalt und Aussenpolitik», dass im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten gesetzliche Regelungen unzweckmässig wären, u.a. aufgrund der Komplexität und Vitalität aussenpolitischer Gegebenheiten.⁸⁹⁸ Ferner sprach sich MONNIER gegen die Geltung des Legalitätsprinzips im Bereich der Aussenpolitik aus und plädierte dafür, den «plan extérieur» einzig via verfassungsunmittelbare Kompetenzen des Bundesrates zu regeln.⁸⁹⁹

Diese Auffassung hatte sich auch auf das schweizerische Rechtsverständnis niedergeschlagen: So war lange weitgehend unbestritten, dass dem Bundesrat im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten umfangreiche Blankovollmachten zur Wahrung der äusseren Souveränität eingeräumt wurden (vgl. Art. 102 Ziff. 8 und 9 aBV sowie Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV).⁹⁰⁰ JEZLER bezeichnete diese Bestimmungen zur Besorgung der auswärtigen Angelegenheiten als eigentliche «Ausnahmen vom Prinzip des Totalvorbehaltes des Gesetzes».⁹⁰¹

Eng mit dem ersten Argument der staatlichen Existenzsicherung im Aussenverhältnis verbunden ist die Relativierung des Legalitätsprinzips unter Verweis auf die Singularität bzw. fehlende Normierbarkeit der auswärtigen Angelegenheiten. WILDHABER machte etwa im Jahr 1984 für die Aussenpolitik geltend, dass Völkerrecht, Verfassungs- und Organisationsrecht zwar einige «wenige vage und flexible Richtpunkte» setze, im Grossen und Ganzen aber formelle Gesetze die komplexe Wirklichkeit materiell kaum adäquat zu erfassen vermögen, sodass dieser Bereich «über weite Strecken unnormiert» sei.⁹⁰² Auch BORER betonte das besondere Bedürfnis nach flexiblen, einzelfallgerechten Entscheidung im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten⁹⁰³ und verwies vice versa auf die Wertlosigkeit substanzarmer aussenpolitischer Gesetze.⁹⁰⁴ Vor diesem Hintergrund konnte EHRENZELLER noch im Jahr 1993 festhalten, dass ein überwiegender Teil der Lehre die «Un-Normierbarkeit» der Aussenpolitik annehme, womit das umfassende Gesetzgebungsrecht der Bundesversammlung im auswärtigen Bereich nicht zum Tragen kommen könne.⁹⁰⁵

C. Postulat einer normgebundenen Aussenpolitik

Die Relativierung des Legalitätsprinzips in der Aussenpolitik wird bereits seit langem unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten kritisiert. Insbesondere die jüngere Doktrin hält ihr das Postulat eine normgebundene Aussenpolitik⁹⁰⁶ entgegen.

Zu Recht wird geltend gemacht, dass die Grundannahme vom Naturzustand und damit verbundenen Ausnahmezustand ein *unzutreffendes Konstrukt* sei.⁹⁰⁷ KÄLIN verweist darauf, dass die «[z]war nicht spannungs- aber doch gewaltfreie Kooperation» heute mehrheitlich die Regel und existenzbedrohende Konfrontation die Ausnahme sei.⁹⁰⁸ Die Staa-

898 Vgl. BORER, Legalitätsprinzip, 434 ff., 444 ff.

899 Vgl. MONNIER, ZSR 1986, insb. 158 ff., unter Ausnahme der Finanzbeschlüsse, 157 f.

900 S.a. KÄLIN, ZSR 1986, 272.

901 JEZLER, Gesetzmässigkeit, 124.

902 WILDHABER, Legalitätsprinzip, 447.

903 BORER, Legalitätsprinzip, 447 ff.

904 BORER, Legalitätsprinzip, 449.

905 EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 369.

906 Vgl. KÄLIN, ZSR 1986, 280.

907 KÄLIN, ZSR 1986, 273.

908 KÄLIN, ZSR 1986, 273.

tenpraxis hat dies empirisch erhärtet, indem auf internationaler Ebene ein vielfältiges und komplexes Werk völkerrechtlicher Verträge geschaffen wurden.⁹⁰⁹ Vor diesem Hintergrund ist die Rede vom Strukturwandel des Völkerrechts von einem Koexistenz- zu einem Kooperationsrecht.⁹¹⁰

Sodann wurde v.a. die geltend gemachte Unnormierbarkeit substantiiert bestritten. EHRENZELLER bspw. hat treffend eingewendet, dass die Argumentation von einer mangelnden Differenzierung der Eigenheiten der Aussenpolitik ausgehe und diese in unzulässiger Weise verabsolutiere; die Argumentationslinie schlage die gesamte Aussenpolitik über «einen Leisten» und trage der Vielfalt der auswärtigen Verhältnisse und Handlungsmöglichkeiten nicht Rechnung.⁹¹¹ So wurde in der Doktrin gefordert, dass Beurteilung der Anforderungen des Legalitätsprinzips eine wertende Abwägung im konkreten Fall vorzunehmen ist.⁹¹² Treffend hielt HOFSTETTER in diesem Kontext bereits im Jahr 1990 fest:

«Die zunehmende Interdependenz und die Vernetzung der meisten Lebensbereiche machen eine verstärkte internationale Kooperation zur Lösung länderübergreifender Probleme und Aufgaben unumgänglich. Eine solchermassen komplexe Zusammenarbeit der verschiedensten Staaten und Staatengruppen kann längerfristig aber nur dann funktionieren, wenn es gelingt, faire und ausgewogene Bedingungen für alle an dieser Zusammenarbeit Beteiligten zu schaffen. Hierzu sind verbindliche rechtliche Normen notwendig».⁹¹³

Diese Tendenz hat sich in den letzten Jahrzehnten noch massiv verstärkt: Gerade der grenzüberschreitende Austausch hat massiv an Bedeutung gewonnen. In der internationalen Zusammenarbeit haben sich Muster, Strukturen und Erfahrungswerte herausgebildet, sodass diese Interdependenzen nicht mehr als unvorhersehbar bezeichnet werden können. Internationale Kooperationsbedürfnisse sind nicht mehr die Ausnahme, sondern die Regel und damit normal und *normierbar*. Dies belegen zahllose völkerrechtliche Verträge und innerstaatliche Regelwerke der Amts- und Rechtshilfe. Damit einher geht, dass Handlungen der auswärtigen Angelegenheiten zunehmend auch rechtlich geschützten Positionen im *Innenverhältnis* tangieren und diese auch stärker berücksichtigt werden. Gerade im Rahmen von internationalen Kooperationshandlung liegen sodann Handlungen vor, die sich ohne weiteres in den Begriffen des Legalitätsprinzips als *Eingriffe* typisieren lassen und sich wesensmässig nicht von klassischen strafprozessualen (Zwangs-)Massnahmen unterscheiden (s. oben § 4.I.C.).

Vor diesem Hintergrund kann jedenfalls im Bereich der internationalen Kooperation weder gesagt werden, die zwischenstaatlichen Interdependenz sei einem permanenten – und daher letztlich unnormierbaren – Wandel unterworfen,⁹¹⁴ noch dass sich Massnahmen der internationalen Kooperation dem Begriffsschemas von Eingriff und Leistung des Legalitätsprinzips entziehen würden.⁹¹⁵ Die Relativierung des Legalitätsprinzips in der älteren Lehre erfolgte primär aus einem souveränitätspolitischen, aussenpolitischen Blick-

909 S.a. KÄLIN, ZSR 1986, 276.

910 Vgl. KÄLIN, ZSR 1986, 287 m.Hinw.

911 EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 370; ähnlich HOFSTETTER, Aussenpolitik, 16 f.

912 Vgl. HOFSTETTER, Aussenpolitik, 15.

913 HOFSTETTER, Aussenpolitik, 19 f.

914 S.a. KÄLIN, ZSR 1986, 343.

915 Vgl. KÄLIN, ZSR 1986, 343.

winkel und bezog sich im Kern nicht auf den Bereich der Amts- und Rechtshilfe, sondern auf die «Aussenpolitik» im engeren Sinne.⁹¹⁶

Die Relativierung des Legalitätsprinzips im Bereich der Aussenpolitik wurde auch damit legitimiert, dass in diesem Bereich mit entsprechenden Entscheiden keine unmittelbaren Auswirkungen auf die *Rechtsposition der einzelnen Rechtssubjekte* einhergehen.⁹¹⁷ BORER hielt dazu 1986 fest, dass der einzelne Bürger in der Regel von auswärtigen Massnahmen nicht in grundrechtsrelevanter Weise in seinem Freiheits- und Gleichheitsbereich getroffen werde, Adressaten der Aussenpolitik seien gewöhnlich nicht Grundrechtsträger im Sinne der BV, sondern andere Völkerrechtssubjekte; die Ausübung von Freiheitsrechten, sei im Rahmen der Führung der auswärtigen Angelegenheiten regelmässig nicht betroffen, auch seien kaum versteckte Eingriffe in Grundrechtspositionen zu gewärtigen.⁹¹⁸ Konsequenterweise lehnte BORER eine Relativierung des Gesetzesvorbehaltes im Bereich der Grundrechte explizit ab:

«In gewissen Bereichen, vor allem bei grundrechtsrelevanten Materien, genügen eben der Schutz durch den Eingriffsvorbehalt und das erst nachträglich wirksame Zugriffsrecht [des Gesetzgebers, d.h. die nachträgliche Gesetzgebung] nicht. Hier ist es zweckmässig, die Handlungsfähigkeit der Exekutive präventiv zu beschränken und jede Tätigkeit von einer gesetzlichen Vorausregelung abhängig zu machen. Diesen Schutz bietet nur der Gesetzesvorbehalt. Allein er hindert das Parlament daran, sich stillschweigend durch Untätigkeit aus der Verantwortung zu stehlen, und zwingt es, den für die Öffentlichkeit einsichtigen Weg der Gesetzgebung zu gehen».⁹¹⁹

Ganz ähnlich hat KÄLIN – ebenfalls 1986 – im grundrechtlichen Kontext festgehalten, dass der Grundsatz, dass jede staatliche Tätigkeit an das Recht gebunden ist und es keine «Reservate staatlicher Willkür»⁹²⁰ geben dürfe, auch für die Aussenpolitik gelten müssen. WILDHABER warf mit Blick auf Verordnungen im Bereich auswärtiger Angelegenheiten die Frage auf, ob diese je nach Konstellation nicht «so wichtig» und in ihrer Wirkung «längerfristig» sein könnten, dass zu prüfen wäre, ob nicht ein Gesetz an die Stelle einer Verordnung zu treten hätte.⁹²¹ Auch das Bundesgericht hatte bereits lange vor Inkrafttreten der neuen BV festgehalten, dass bei der Bewertung eines BRB über auswärtige Angelegenheiten die binnenrechtlichen Aspekte einer separaten Bewertung zu unterziehen sind.⁹²² In den 90er Jahren hat es zu polizeirechtlichen Massnahmen nach Art. 102 Ziff. 8 und 10 BV mehrfach festgehalten: «[...] bei Andauern der regelungsbedürftigen Situation

916 Vgl. BORER, Legalitätsprinzip, passim, sowie z.B. 430; vgl. auch WILDHABER, Legalitätsprinzip, 452, der eine Relativierung des Legalitätsprinzips bei selbstständigen Verordnungen und Verfügungen des Bundesrates in Frage stellt, 452.

917 Vgl. BORER, Legalitätsprinzip, 431.

918 BORER, Legalitätsprinzip, 431.

919 BORER, Legalitätsprinzip, 368; s.a. GÄCHTER, selbstständiges Verordnungsrecht, 238.

920 Vgl. MÜLLER, FS-Huber, 121 ff.

921 WILDHABER, Legalitätsprinzip, 452; fast ketzerisch stellt er eine Relativierung der Anforderungen des Legalitätsprinzips in Frage: «Müsste man nicht eher zum Schluss gelangen, dass in allen diesen Belangen das formelle Gesetz entweder erforderlich oder (infolge der direkten Abstützbarkeit auf die Verfassung) entbehrlich ist?», 452.

922 Urteil des Bundesgerichts zu BRB über die Beschränkung der Einfuhr von Waren aus Süd-Rhodesien vom 17.12.1965/10, zit. in ZBl 1974, 93.

ist eine ausreichende Grundlage in einem formellen Gesetz zu schaffen».⁹²³ Es erstaunt vor diesem Hintergrund nicht, dass im Bereich der Eingriffsverwaltung gerade keine Postulate für eine Relativierung des Legalitätsprinzips ersichtlich sind.⁹²⁴

Die teils heftig geführte Auseinandersetzung um das Legalitätsprinzip im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten und die stärkere Gewichtung des Legalitätsprinzips spiegelte sich auch im Rahmen der Verfassungsrevision.⁹²⁵ So wurde die Rolle der Bundesversammlung im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten *ausgebaut*.⁹²⁶ Ebenfalls wurde mit Art. 164 BV ganz allgemein die *Form der Gesetzgebung* gestärkt. Diese «parlamentarische Neuschöpfung» sollte sicherstellen, dass Wichtiges aus Respekt vor Demokratie und Rechtsstaat in einem referendumsfähigen Erlass erscheint.⁹²⁷ Im Rahmen des späteren BG über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit wurde der Vorrang der Legalitätsprinzips vor ausserordentlichen Massnahmen – auch im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten – weiter gestärkt.⁹²⁸

Vor diesem Hintergrund hat sich mittlerweile in der Doktrin die Meinung durchgesetzt, dass grundsätzlich auch im Bereich der Aussenpolitik das Erfordernis der Gesetzesform gilt.⁹²⁹ Zwar anerkennt die Lehre – zu Recht – weiterhin, dass im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten im Einzelfall ein flexibles und rasches Handeln erforderlich ist, weshalb ein Bedürfnis nach was nach einer zurückhaltenden Regulierung besteht.⁹³⁰ Wo aber Regelungsbedarf besteht, insbesondere, wo die Rechtsstellung Privater erheblich berührt wird,⁹³¹ ist aus heutiger Sicht Gesetzgebung ist nicht nur sinnvoll,⁹³² sondern auch erforderlich.⁹³³ EHRENZELLER/PORTMANN/PFISTERER haben dies wie folgt auf den Punkt gebracht: «Der Grundsatz, wonach Grundlage und Schranke allen staatlichen Handelns das Recht ist (Art. 5 Abs. 1), gilt auch für die Aussenpolitik. Zwar sind auch verfassungsunmittelbare Beschlüsse «Recht». Art. 164 gebietet aber, die wichtigen rechtsetzenden Erlasse in die Form des BG zu kleiden. Wo bestimmte Bereiche der Aussenpolitik rechtssatzmässig erfassbar sind, ist dafür eine ordentliche Gesetzesgrundlage zu schaffen».⁹³⁴ Nur gerade für «Unvorhergesehenes»⁹³⁵ bzw. «da, wo eine generell-abstrakte, auf Dauer angelegte Regelung einer wichtigen Materie nicht möglich oder sinnvoll ist»⁹³⁶ könne auf das verfassungsunmittelbare Verordnungsrecht zurückgegriffen werden.⁹³⁷ Dieses Verständnis dürfte heute der h.L. entsprechen. KÜNZLI spricht vor diesem Hintergrund von

923 BGE 123 IV 29, E. 3a; BGE 122 IV 258, E. 2a.

924 S.a. BORER, Legalitätsprinzip, 374; WILDHABER, Legalitätsprinzip, 452.

925 SGK BV-EHRENZELLER/PORTMANN/PFISTERER, Art. 54 N 16.

926 Vgl. insb. Art. 184 Abs. 1, Art. 166 Abs. 2 BV.

927 SGK BV-TSCHANNEN, Art. 164 N 1, 3 m.Hinw.

928 Vgl. insb. Art. 7a-e RVOG; SK-NR, Bericht ausserordentliche Lagen 2010, BBl 2010 1563 ff.

929 SGK BV-EHRENZELLER/PORTMANN/PFISTERER, Art. 54 N 17.

930 SGK BV-TSCHANNEN, Art. 164 N 8; s.a. RHINOW/SCHAEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, § 37 N 3581.

931 SGK BV-TSCHANNEN, Art. 164 N 8.

932 Vgl. KÄLIN, ZSR 1986, 345.

933 Statt vieler: BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 49; SGK BV-EHRENZELLER/PORTMANN/PFISTERER, Art. 54 N 16 f.; SGK BV-TSCHANNEN, Art. 164 N 8.

934 SGK BV-EHRENZELLER/PORTMANN/PFISTERER, Art. 54 N 17.

935 SGK BV-TSCHANNEN, Art. 164 N 8.

936 SGK BV-EHRENZELLER/PORTMANN/PFISTERER, Art. 54 N 17.

937 Art. 173 Abs. 1 Bst. c, Art. 184 Abs. 3, Art. 185 Abs. 3 BV.

einem eigentlichen Paradigmenwechsel.⁹³⁸ Die Kritik der Doktrin wurde von der Praxis nicht nur gehört, sondern aufgenommen und weitgehend geteilt.⁹³⁹ Dies zeigt sich auch daran, dass in der Behördenpraxis das Instrument des Gesetzes «im Vormarsch» ist.⁹⁴⁰

D. Zwischenfazit

Die Doktrin hat sich, wie aufgezeigt, im Bereich der internationalen Kooperation bzw. der Amts- und Rechtshilfe, mit überzeugenden Argumenten für die Notwendigkeit hinreichender Rechtsgrundlagen ausgesprochen (oben § 4.I.C.2.). Die Überzeugung, dass im Bereich der internationalen Kooperation und namentlich auch zur Erteilung einer Bewilligung zur Vornahme von Handlungen für eine ausländische Behörde die Schaffung formell-gesetzlicher Grundlagen unabdingbar ist, hat sich zwischenzeitlich auch bei der Bundesverwaltung durchgesetzt (oben § 3.III.E. 2.).⁹⁴¹ Damit besteht kein Raum, von den vorangehend⁹⁴² aufgezeigten Anforderungen des Legalitätsprinzips abzuweichen. Es obliegt es dem Parlament, gestützt auf Art. 164 BV i.V.m. Art. 173 Abs. 2 BV die grundlegenden Bestimmungen über die internationale Kooperation im Gesetz selbst zu regeln. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kann einerseits da gelten, wo eine singuläre Konstellation vorliegt.⁹⁴³ In diesem Fall ist grundsätzlich das Instrument des einfachen Bundesbeschlusses zu prüfen. Andererseits ist in dringenden Fällen, wo eine (dringliche) Gesetzgebung bzw. ein Beschluss durch die Legislative nicht möglich ist, die internationale Kooperation in den Schranken von Art. 184 Abs. 3 BV (bzw. Art. 185 Abs. 3 BV) zulässig (vgl. dazu auch das Diagramm zu den Konstellationen zur Erteilung einer Kooperationsbewilligung gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV unter § 7).

III. Mögliche Rechtsgrundlagen zur Erteilung einer «Bewilligung nach Art. 271 StGB»

A. Allgemeines

Ausgehend von der vorangehenden Untersuchung des Zwecks und der Wirkung einer «Bewilligung nach Art. 271 StGB» sowie der damit einhergehenden Erkenntnisse betreffend die Voraussetzungen des Legalitätsprinzips wird im Folgenden erörtert, ob im geltenden – geschriebenen und ungeschriebenen – Recht hinreichende Rechtsgrundlagen für eine derartige Bewilligungspraxis zur Verfügung stehen.

938 BSK BV-KUNZLI, Art. 184 N 7.

939 S.a. oben zur «Bewilligung nach Art. 271 StGB», § 3.III.E. 2. sowie Teil I, § 4.III.

940 BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 54 N 12; s.a. SGK BV-EHRENZELLER/PORTMANN/PFISTERER, Art. 54 N 16; ein anschauliches, wenngleich gescheitertes Beispiel stellt auch der E ZSSG dar.

941 Insb. BR, Bericht E ZSSG 2013, 10. Auch in der Botschaft RuVG, war zu entnehmen, dass es nicht primäre Aufgabe der Bundesverfassung ist, Probleme im Zusammenhang mit der Rechtshilfe in Strafsachen zu lösen, Botschaft RuVG 2010, BBl 2010 3320.

942 § 4.I.C.

943 In einem solchen Fall sind vorab die demokratisch besser legitimierten Mittel der einfachen Bundesbeschlüsse zu prüfen, vgl. Art. 173 Abs. 1 lit. c BV; s.a. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 372.

B. Rechtliche Grundlagen gemäss Verweis der aktuellen Bewilligungspraxis (Art. 271 StGB i.V.m. Art. 31 RVOV)

1. Art. 271 StGB

Die naheliegendste Möglichkeit, die Rechtsgrundlage einer «Bewilligung nach Art. 271 StGB» in Art. 271 StGB (i.V.m. Art. 31 RVOV) zu erkennen, geht fehl. Wie oben eingehend untersucht, ergibt eine Auslegung von Art. 271 StGB, dass die Bestimmung nicht die Grundlage für eine derartige Praxis darstellen kann. Auch die wohl h.L. verneint die Zulässigkeit von auf Art. 271 StGB abgestützten Bewilligungen, substantielle Kritik kommt nicht zuletzt auch aus der Bundesverwaltung selbst.⁹⁴⁴ Zahlreiche Hinweise und insbesondere eine genealogische Betrachtung der Praxis indizieren, dass sich die Bewilligungspraxis nicht aus der Strafbestimmung von Art. 271 StGB selbst heraus entwickelt hat, sondern aus der verfassungsunmittelbaren Interessenwahrungs- und Notrechtskompetenz des Bundesrates. Demnach kann Art. 271 StGB keine materielle Ermächtigungsnorm zur Bewilligung einer entsprechenden Amtshandlung darstellen, sondern regelt einzig die strafrechtlichen Folgen entsprechender Handlungen bei fehlender Bewilligung.

2. Art. 31 RVOV

Auch bei Art. 31 RVOV handelt es sich nicht um eine Ermächtigungsnorm zur Bewilligungserteilung, sondern um eine reine Kompetenzausscheidungsnorm, welche die Organkompetenz regelt (vgl. oben § 3.III.F.5.).

Indes ist in Art. 31 Abs. 1 RVOV eindeutig die Rede von «Bewilligungen nach Artikel 271 Ziffer 1 des Strafgesetzbuches». Eine gesetzliche Grundlage für eine (Ausführungs-)Regelung im RVOV würde man systematisch betrachtet zuallererst im RVOG erwarten. Art. 31 RVOV kann sich auf Art. 47 Abs. 2 RVOG abstützen, soweit er festgelegt, welche Verwaltungseinheit für die Entscheidung in einzelnen Geschäften oder in Geschäftsbereichen zuständig ist. Dies betrifft aber ausschliesslich eine formelle Zuständigkeitsregel. Demgegenüber sucht man im RVOG vergeblich nach einer *materiellen* Grundlage, auf die sich die in Art. 31 RVOV erwähnte Bewilligungskompetenz stützen könnte. Wie eingehend dargelegt, hat Art. 31 RVOV den BRB vom 7.7.1971 abgelöst; dieser BRB hat materiell einzig und alleine auf Art. 102 Abs. 8–10 aBV verwiesen, welche inhaltlich den heutigen Art. 184 und Art. 185 BV entsprachen. Es erstaunt daher nicht, dass Art. 31 RVOV – anders als die meisten anderen Bestimmungen – über keinen Ingress verfügt, der auf das RVOG verweist.

Art. 50 RVOG bestimmt, dass der Bundesrat die Grundsätze für die Pflege der internationalen Beziehungen der Bundesverwaltung festlegt. Auch dabei handelt es sich aber um nichts mehr als eine (organmässige) Konkretisierung verfassungsmässiger Kompetenzen (insbesondere Art. 54 ff., Art. 166, Art. 184 BV). Die Regelung von Art. 50 RVOG – der im Übrigen nie im Zusammenhang mit Bewilligungen nach Art. 271 StGB Erwähnung findet – kann damit offensichtlich keine hinreichende Rechtsgrundlage bilden. Vielmehr wäre eine allfällige noch zu schaffende Auffangregelung für die Zusammenarbeit zwischen Bundesbehörden mit ausländischen Behörden sinnvollerweise im Anschluss an diesen Artikel (als Art. 50^{bis} ff. RVOG) einzufügen, wie dies KUSTER vorgeschlagen hat.⁹⁴⁵

⁹⁴⁴ S. oben § 3.III.E.

⁹⁴⁵ KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz, 35.

Schliesslich ist anzumerken, dass mit der Einführung von Art. 7c–e RVOG die verfassungsunmittelbare Kompetenz des Bundesrates zum Erlasse von Interessenwahrungs- und Notrechtsverfügungen gemäss Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV auf Gesetzesstufe konkretisiert wurden.⁹⁴⁶ Allerdings wurde im Rahmen dieses Gesetzesprojekts (BG über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit), über das in den Jahren 2010/2011 beraten wurde, die erwähnte «Bewilligung nach Art. 271 StGB» in keiner Weise thematisiert. Art. 31 RVOV kann demnach offensichtlich weder originär noch entstehungsgeschichtlich aus den Art. 7c–e RVOG abgeleitet werden (s. aber unten § 5.III.A.4.).

Der Vollständigkeit halber ist zu ergänzen, dass die in Art. 31 RVOV erwähnte Bewilligungskompetenz auch keine *materielle* Grundlage in Art. 26 Abs. 3 IRSV findet. Die 1982 in Kraft gesetzte Verordnungsbestimmung erklärt bei Gesuchen ausländischer Strafbehörden zur selbstständigen Vornahme von Untersuchungshandlungen in der Schweiz den damals geltenden BRB vom 7.7.1971 als massgeblich. Art. 26 Abs. 3 IRSV enthält also lediglich einen Verweis auf den BRB vom 7.7.1971, stellt selber seinerseits keine Rechtsgrundlage für diesen dar. Der BRB stützte sich vielmehr auf Art. 102 Ziff. 8–10 aBV. Geradezu bizarr ist, dass der Verordnungsgeber nach Aufhebung des BRB vom 7.7.1971 darauf verzichtete, den rechtsverbindlichen Wortlaut der Verordnung anzupassen, sodass die IRSV heute auf einen ausser Kraft gesetzten BRB (vgl. Art. 34 RVOV) verweist. Selbst wenn Art. 26 Abs. 3 IRSV aber auf Art. 31 RVOV verweisen würde,⁹⁴⁷ so würde dies nichts daran ändern, dass es sich dabei um einen blossen Verweis handelt und nicht um eine Rechtsgrundlage – umso weniger, als auch die IRSV eine blossе Verordnung darstellt.

3. Zwischenfazit

Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass weder die in den Bewilligungen genannten rechtliche Grundlagen in Art. 271 StGB sowie Art. 31 RVOV, noch im damit zusammenhängenden RVOG eine materielle Rechtsgrundlage zur Erteilung von «Bewilligung nach Art. 271» enthalten ist. Ebenso wenig stellt Art. 26 Abs. 3 IRSV eine solche materielle Rechtsgrundlage dar. Weitere spezialgesetzliche Grundlagen, welche die Erteilung einer «Bewilligung nach Art. 271» erlauben würden, sind nicht ersichtlich. Das vorläufige Fazit ist damit, dass de lege lata keine Gesetzesgrundlage für die Bewilligungspraxis nach Art. 271 auszumachen ist.

Nachdem sich die Vorläuferbestimmung von Art. 31 RVOV im BRB vom 7.7.1971 explizit und materiell ausschliesslich auf die Art. 102 Abs. 8–10 aBV abgestützt hat, ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, inwiefern die damit korrespondierenden Bestimmungen in der neuen Bundesverfassung, insb. die Bestimmungen zu den Beziehungen zum Ausland sowie zur äusseren und inneren Sicherheit, weiterhelfen.

⁹⁴⁶ Vgl. SK-NR, Bericht ausserordentliche Lagen 2010, passim.

⁹⁴⁷ Was etwa ZIMMERMANN annimmt, vgl. ZIMMERMANN, 440; s.a. den Hinweis in der Fn 4 zum Verordnungswortlaut von Art. 26 Abs. 3: «[AS 1971 1053. AS 1999 1258 Art. 34]. Siehe heute Art. 31 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. Nov. 1998 (SR 172.010.1)».

C. Bestimmungen zu den Beziehungen zum Ausland sowie zur äusseren und inneren Sicherheit

1. Allgemeines zu den «Beziehungen zum Ausland»

Die grundsätzliche (Verbands-)Zuständigkeit des Bundes im Bereich der Beziehung zum Ausland wurde im Rahmen der neuen BV in Art. 54 unter dem Titel «Auswärtige Angelegenheiten» ausdrücklich verankert.⁹⁴⁸ Der Schlüsselbegriff «auswärtige Angelegenheiten» wird in der BV nicht explizit definiert, auch ist die Terminologie keine einheitliche.⁹⁴⁹ Die auswärtigen Angelegenheiten lassen sich mit BIAGGINI sinngemäss umschreiben als die Gesamtheit der staatlichen Vorgänge mit grenzüberschreitender Dimension, die rechtliche oder tatsächliche Beziehungen zwischen der Schweiz und anderen Völkerrechtssubjekten begründen, verändern, aufheben oder feststellen.⁹⁵⁰ Der Begriff umfasst gemäss Doktrin neben der eigentlichen Aussenpolitik auch Massnahmen primär administrativer Natur.⁹⁵¹ Dazu gehört etwa auch der Schutz schweizerischer Interessen (diplomatischer und konsularischer Schutz).⁹⁵²

Die Aussenpolitik gilt traditionell als «klassische Prärogative der Exekutive».⁹⁵³ Dies klang in Art. 102 Abs. 8 aBV noch deutlich an, wonach der Bundesrat «die auswärtigen Angelegenheiten überhaupt» besorgt.⁹⁵⁴ KÜNZLI weist in diesem Kontext darauf hin, dass zwar «noch vor wenigen Jahrzehnten einer von jeglichen Schranken befreiten Aussenpolitik und einer Geltung der Grundrechte einzig im Innenverhältnis das Wort geredet» worden sei, sich diese Sichtweise indes auch in der Schweiz nach Ende des Kalten Krieges geändert habe.⁹⁵⁵ Die Kompetenzausscheidung in der Aussenpolitik zählte im Rahmen der Verfassungsrevision zu den umstrittensten Themenbereichen; während legislatorische Kreise die Rolle der Bundesversammlung stärken wollten, indem diese die grundlegenden Ziele der Aussenpolitik festlegen sollte, sprach sich der Bundesrat lediglich für eine Beteiligung der Bundesversammlung aus.⁹⁵⁶ Im Sinne eines Kompromisses wurde in Art. 184 Abs. 1 BV nachträglich der Passus «unter Wahrung der Mitwirkungsrechte der Bundesversammlung» eingefügt.⁹⁵⁷ Die Aussenpolitik ist heute zumindest partiell normgebunden und normgeleitet und Regulierungen sind der Legislative zugänglich (vgl oben § 4.II.C.).⁹⁵⁸

Dies trifft besonders für den Bereich der internationalen Amts- und Rechtshilfe zu. Bemerkenswert erscheint vorab, dass in der Doktrin der Bereich der *internationalen Amts- und Rechtshilfe* äusserst selten überhaupt im Zusammenhang mit der bundesrätlichen

948 Zur Aussenwirtschaftspolitik (Art. 101 BV) unten § 4.III.C.5.

949 Vgl. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 54 N 3.

950 Vgl. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 54 N 3, m.Hinw.

951 SGK BV-SCHWENDIMANN/TSCHAN-TRUONG/THÜRER, Art. 54 N 3.

952 BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N 11; SGK BV-SCHWENDIMANN/TSCHAN-TRUONG/THÜRER, Art. 54 N 10.

953 S.a. TRÜMLER, Notrecht, N 236, der darauf hinweist, dass die entsprechende Zuständigkeit primär dem Bundesrat zugewiesen werde (Art. 184 Abs. 1 BV) und die Verfassung keine parallelen bzw. konkurrierenden Organkompetenzen vorsehe.

954 Art. 102 Abs. 8 aBV.

955 BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N 6.

956 SGK BV-SCHWENDIMANN/TSCHAN-TRUONG/THÜRER, Art. 184 N 1.

957 SGK BV-SCHWENDIMANN/TSCHAN-TRUONG/THÜRER, Art. 184 N 1.

958 BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N 6.

Kompetenz in auswärtigen Angelegenheiten erwähnt wird.⁹⁵⁹ Andererseits wurden in der Vergangenheit zahlreiche Verfügungen und Verordnungen gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV (teilweise i.V.m. Art. 185 Abs. 3 BV) erlassen, die im Ergebnis zweifellos Amts- oder Rechtshilfenormen substituieren.⁹⁶⁰ Gerade in jüngerer Zeit wurde vor diesem Hintergrund in der Doktrin darauf hingewiesen, dass die Rechtsstaatlichkeit es gebiete, «dass die sich eröffnenden legislatorischen Lücken umgehend geschlossen werden und sichergestellt wird, dass die in einer solchen Art rechtsetzende Exekutive eine Ausnahme bleibt».⁹⁶¹ Die jüngere Gesetzgebung in Amts- oder Rechtshilfesachen stützt sich denn regelmässig auf Art. 173 Abs. 2 BV (s. nur die Ingresse zum StAhiG, AIAG, FATCA-Gesetz, IRSG etc.), womit explizit angezeigt wird, dass keine Zuweisung an eine andere Behörde als die Bundesversammlung selbst in der Verfassung vorliegt. Dies erscheint richtig: Die Rechtsetzung in Amts- oder Rechtshilfesachen ist grundsätzlich Sache der Bundesversammlung (Art. 164, Art. 173 Abs. 2, Art. 36 Abs. 1 BV). Nur – aber immerhin – in singulären oder nicht vorhersehbaren Fällen kann der Bundesrat unter Einhaltung der entsprechenden Schranken von seiner verfassungsunmittelbaren Kompetenz (Art. 184 Abs. 3 BV) Gebrauch machen (vgl. unten § 4.III.C.3.)

2. Besorgung der auswärtigen Angelegenheiten gemäss Art. 184 Abs. 1 BV

Gemäss Art. 184 Abs. 1 BV besorgt der Bundesrat die auswärtigen Angelegenheiten unter Wahrung der Mitwirkungsrechte der Bundesversammlung. Der Bundesrat verfügt damit gestützt auf Art. 184 BV zwar zweifellos über eine Organkompetenz im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten. Dies führt indes nicht zu einer Ausschaltung der Legislative: einerseits bereits mit Blick auf die Mitwirkungsrechte insb. im Rahmen von Art. 166 BV, andererseits aber v.a. auch aufgrund der verfassungsmässigen Anforderungen an die Rechtsetzung (insb. Art. 164, Art. 173 Abs. 2, Art. 36 Abs. 1 BV). Es erscheint damit richtig, im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten von «paralleler und überlagerter Zuständigkeiten von Bundesversammlung und Bundesrat» auszugehen, wie dies auch der Bundesrat in der Botschaft zur neuen Bundesverfassung tat.⁹⁶² Beim Bundesrat selbst liegt vor diesem Hintergrund insbesondere die *operative* Führung der Aussenpolitik.⁹⁶³ Zu den Instrumenten zählen grundsätzlich sämtliche «zweckdienlichen Instrumente bzw. Handlungsformen»,⁹⁶⁴ wobei die Doktrin insbesondere multilaterale oder unilaterale, innerstaatliche Akte nennt.⁹⁶⁵

Art. 184 Abs. 1 BV selbst erteilt dem Bundesrat keine allgemeine Kompetenz zum Erlass von Verfügungen und Verordnungen im Bereich der Amts- und Rechtshilfe. Dies hat auch die Bundesverwaltung mehrfach in verschiedenen Zusammenhängen festgehal-

959 Vgl. immerhin MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, die diese Kompetenz indes in eine Reihe mit Gesetzen und Staatsverträgen stellen: «Dans les relations internationales, l'entraide administrative entre essentiellement dans les compétences du Conseil fédéral en matière d'affaires étrangères (Art. 184 I Cst.) et, sur la base de conventions ou de lois spéciales, de l'administration ou des autorités administratives indépendantes», MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif* I, 985.

960 Vgl. z.B. die Aufzählung BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N 36 ff.

961 Statt vieler TRÜMLER, *Notrecht*, N 263.

962 Botschaft BV 1996, BBl 1997 I 416.

963 Botschaft BV 1996, BBl 1997 I 416; s.a. KÜHNE/SCHOTT, ZBl 2010, 419 f.

964 BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 184 N 3; ähnlich BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N 6

965 BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 184 N 3.

ten.⁹⁶⁶ Hingegen kann der Bundesrat gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV zur Wahrung der Interessen des Landes unter besonderen Voraussetzungen Verordnungen und Verfügungen erlassen, die auch den Bereich der auswärtigen Angelegenheiten betreffen:

3. Interessenwahrungsrecht gemäss Art. 184 Abs. 3 BV

Art. 184 Abs. 3 BV lautet wie folgt:

«Wenn die Wahrung der Interessen des Landes es erfordert, kann der Bundesrat Verordnungen und Verfügungen erlassen. Verordnungen sind zu befristen».⁹⁶⁷

Die Bestimmung verleiht gemäss Doktrin und Rechtsprechung⁹⁶⁸ dem Bundesrat die Kompetenz, wenn nötig auf dem Gebiet der auswärtigen Angelegenheiten verfassungs-unmittelbare Massnahmen zu erlassen. Beispiele von Interessenwahrungsverfügungen sind etwa die Bewilligung einer Auskunftserteilung an die UNO über bewilligungspflichtige schweizerische Exporte an den Irak,⁹⁶⁹ die Vernichtung von Akten im Fall Tinner⁹⁷⁰ oder Verbote der Herausgabe von Dokumenten^{971, 972} Auch die Aufforderung an die UBS, Kundendaten zur Übermittlung an die USA herauszugeben, hätte sich nach Ansicht des Bundesgerichts auf Art. 184 Abs. 3 BV abstützen müssen.⁹⁷³

Gemäss Bundesgericht haben gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV erlassene Massnahmen gesetzesvertretenden Charakter.⁹⁷⁴ Das Bundesgericht hat die Voraussetzungen von Art. 183 Abs. 3 BV in mehreren Entscheiden konkretisiert und nennt vier Voraussetzungen: Wahrung der Interessen des Landes, Notwendigkeit bzw. Subsidiarität, Befristung dauerhafter Massnahmen (Verordnungen), Verbot von Massnahmen contra legem.⁹⁷⁵ Je nach Eingriffsbereich sind weitere Prüfungsmaassstäbe separat zur Anwendung zu bringen, etwa im Bereich der Grundrechte (vgl. Art. 36 BV).⁹⁷⁶ Es erstaunt nicht, dass sich die Voraussetzungen von Art. 184 Abs. 3 BV, die auf der Praxis zu Art. 102 aBV fussen, sich zumindest in den Grundzügen auch in der älteren Bewilligungspraxis zu Art. 271 StGB wiederfinden. Es sei daran erinnert, dass im Marcos-Entscheid ausdrücklich *Interessen des Landes* (namentlich die politischen Dimensionen und Implikationen des Finanzplatzes) berücksichtigt wurden, die Massnahmen nur bei besonderen Gründen bzw. als

966 Vgl. Botschaft RuVG 2010, BBl 2010 3320: «Es ist nicht primäre Aufgabe der Bundesverfassung, Probleme im Zusammenhang mit der Rechtshilfe in Strafsachen zu lösen»; BR, Bericht E ZSSG 2013, 10: «Rechtsstaatliche Grundsätze gebieten die Schaffung formell-gesetzlicher Grundlagen für die Abwehr von nicht singulären, vorhersehbaren Bedrohungslagen oder Interessengefährdungen»; a.M. offenbar MOLO, NF 11/2013, 25.

967 Art. 184 Abs. 3 BV.

968 Vgl. zur analogen Verordnungskompetenz: BGE 141 I 20, E. 4.2; eingehend TRÜMLER, Notrecht, N 234 ff.

969 BRB vom 20.5.1992, zit. bei BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N 39 m.Hinw.

970 Vgl. SK-NR, Bericht ausserordentliche Lagen 2010, BBl 2010 1573; BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N 39

971 Herausgabe von Dokumenten an die USA im Fall Marc Rich, dazu BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N 39 m.Hinw.; «blocking order» im Fall UBS, vgl. oben Teil I, § 3.II.B.

972 Zum Ganzen vgl. BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N 39.

973 BGE 137 II 431, E. 3; s.a. BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N 39.

974 BGE 141 I 20, E. 4.2; BGE 132 I 229 E. 10.1.

975 BGE 141 I 20, E. 5.

976 BGE 141 I 20, E. 4.

ultima ratio (Unmöglichkeit, Sinnlosigkeit) als zulässig bezeichnet wurden, und schliesslich explizit festgehalten wurde, dass diese nicht entgegen bestehender Schranken der Rechtshilfe, mithin nicht *contra legem*, erlassen werden dürfen (vgl. oben § 3.III.D.5.). Dies indiziert deutlich, dass der Bundesrat die Schranken des damaligen Art. 102 aBV im Rahmen der älteren Praxis zumindest vor Augen hatte.

Indes war auch diese Praxis Ausdruck der früher propagierten Relativierung der Anforderungen des Legalitätsprinzips im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten und im Lichte des Legalitätsprinzips nicht unproblematisch. In der Zwischenzeit haben sich die Bedürfnisse nach einer regelgeleiteten internationalen Kooperation massiv verstärkt, gleichzeitig hat das Legalitätsprinzip an Bedeutung gewonnen (vgl. oben § 4.II). Vor diesem Hintergrund erscheint die Anwendung von Art. 184 Abs. 3 BV im Lichte der vorausgesetzten Subsidiarität nach der wohl h.L. nur zulässig, wo der Weg der Rechtsetzung durch die Legislative ausgeschlossen ist.⁹⁷⁷

Zu Recht betont die Lehre, dass die Verfassung mit der Verfügungskompetenz in Art. 184 Abs. 3 BV dem Bundesrat in rechtsstaatlich-demokratischer Hinsicht «Befugnisse mit aussergewöhnlichem Charakter» vermittelt.⁹⁷⁸ TRÜMLER kommt in seiner Dissertation zum Schluss, dass Art. 184 Abs. 3 BV die formalgesetzliche Rechtsgrundlage ersetze und «so dogmatisch denselben Zweck wie die Polizeigeneralklausel» erfülle.⁹⁷⁹ Dementsprechend setzt er auch im Rahmen von Art. 184 Abs. 3 BV stets eine sog. Notstandssituation voraus, die er konkret definiert als eine erhöhte Wahrscheinlichkeit des Gefahren- oder Schadenseintritts (für gewichtige Landesinteressen) und das Erfordernis des sofortigen Handelns.⁹⁸⁰ Konsequenterweise bezeichnet er diese Form der Massnahmen als «Notrecht» bzw. bundesrätliches «Notverordnungs- und Notverfügungsrecht».⁹⁸¹ Vorliegend wird demgegenüber am Begriff des «Interessenwahrungsrechts» festgehalten.⁹⁸²

Auf die genaue Abgrenzung der bereits summarisch genannten Voraussetzungen von Art. 184 Abs. 3 BV wird noch einzugehen sein (vgl. unten § 5.III.A.). Unbestritten dürfte sein, dass der Bundesrat diese Kompetenz nur restriktiv anwenden darf und eine eingehende Prüfung der Voraussetzungen unabdingbar ist.⁹⁸³ Die GPDel hat im Jahr 2009 im Anschluss an der Fall Tinner festgehalten, dass sie vom Bundesrat erwarte, «dass er in Zukunft von seinen Kompetenzen gemäss Artikel 184 Absatz 3 und Artikel 185 Absatz 3 der Bundesverfassung nur restriktiv und nach eingehender Prüfung der Voraussetzungen für deren Anwendung Gebrauch macht».⁹⁸⁴ Der Bundesrat selbst hat mitgeteilt, dass er

977 Vgl. unten § 5.III.A.1.b.

978 BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 184 N 11; GPDel-NR/SR, Bericht Tinner 2009, BBl 2009 5007, 5061.

979 TRÜMLER, Notrecht, N 254.

980 TRÜMLER, Notrecht, insb. N 245, 249.

981 TRÜMLER, Notrecht, N 234 ff.

982 Einerseits um den spezifischen Anwendungsbereich (Wahrung von Landesinteressen) auszuweisen, andererseits, weil die Voraussetzungen des Notrechts bzw. der Polizeigeneralklausel i.e.S. nach hier vertretener Ansicht nur im Zusammenhang mit schwerwiegenden Grundrechtseinschränkungen zu berücksichtigen sind (vgl. dazu eingehend unten § 5.III.A.5). Zur Terminologie s.a. KÜHNE/SCHOTT, ZBl 2010, 419 Fn 33; BIANCHI/HEIMGARTNER, AJP 2012, 354 Fn 2.

983 GPDel-NR/SR, Bericht Tinner 2009, Empfehlung 4, BBl 2009 5007, 5061; vgl. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 184 N 11.

984 GPDel-NR/SR, Bericht, 19.1.2009, BBl 2009 5061.

diese Auffassung teile, dass «die Artikel 184 Absatz 3 und 185 Absatz 3 BV restriktiv anzuwenden sind und dass die Voraussetzungen für deren Anwendung in jedem Einzelfall eingehend geprüft werden müssen».⁹⁸⁵

Im Rahmen der «Bewilligung nach Art. 271 StGB» hat sich gezeigt, dass dies leere Versprechen geblieben sind. Allein die Tatsache, dass in der Standarddoktrin zu Art. 184 BV das Thema der Bewilligung im Zusammenhang mit Art. 271 StGB praktisch inexistent ist, erhellt, dass sich die Praxis von ihren verfassungsmässigen Grundlagen und Schranken gelöst und verselbständigt hat.

4. *Notrecht gemäss Art. 185 Abs. 3 BV sowie Polizeigeneralklausel*

Neben dem Interessenwahrungsrecht in Art. 184 Abs. 3 BV erlaubt auch das Notrecht in Art. 185 Abs. 3 BV den Erlass von verfassungsunmittelbaren Verordnungen und Verfügungen, sofern keine genügenden rechtlichen Grundlagen bestehen. Die Bestimmung ermächtigt den Bundesrat, verfassungsunmittelbare Verordnungen und Verfügungen zu erlassen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen.⁹⁸⁶

Ähnlich ermöglicht die Polizeigeneralklausel im grundrechtlichen Bereich gemäss Art. 36 Abs. 1 BV in Ausnahmesituationen Verwaltungshandeln ohne Rechtsgrundlage. Vorausgesetzt ist eine schwere und zeitlich unmittelbar drohende Gefahr für fundamentale Rechtsgüter, die unter den konkreten Umständen nicht anders als mit gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehenen Mitteln abzuwenden ist.⁹⁸⁷

Eine «Bewilligung nach Art. 271 StGB» kann sich unter den jeweiligen Voraussetzungen – alternativ oder kumulativ zu Art. 184 Abs. 3 BV – auch auf verfassungsunmittelbares Notrecht i.S.v. Art. 185 Abs. 3 BV stützen oder auf die Polizeigeneralklausel. Indes sind die Voraussetzungen des Notrechts sowie der Polizeigeneralklausel gemäss Rechtsprechung sowie der wohl überwiegenderen Doktrin strenger als diejenigen des Interessenwahrungsrechts. Abgesehen von seltenen Ausnahmefällen (vgl. etwa den Fall UBS⁹⁸⁸) dürften sie im Rahmen von Kooperationsbewilligungen kaum je erfüllt sein.

Im Folgenden wird der Fokus daher auf das Interessenwahrungsrecht in Art. 184 Abs. 3 BV als Grundlage von Kooperationsbewilligungen beschränkt und dessen Verhältnis zu Art. 185 Abs. 3 BV sowie zur Polizeigeneralklausel in einem separaten Abschnitt angesprochen (unten § 5.III.A.5.).

5. *Exkurs: Massnahmen zum Schutz der inländischen Wirtschaft gemäss Art. 101 Abs. 2 BV*

Aufmerksamkeit verdient in vorliegendem Zusammenhang schliesslich Art. 101 BV zur Aussenwirtschaftspolitik. Gemäss dieser Bestimmung wahrt der Bund die Interessen der schweizerischen Wirtschaft im Ausland (Abs. 1) und kann in besonderen Fällen Massnahmen treffen zum Schutz der inländischen Wirtschaft treffen und dabei nötigenfalls vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen (Abs. 2). Die Bestimmung erteilt dem Bund, ähnlich wie Art. 54 BV, eine (Verbands-)Kompetenz im Bereich der Aussenwirtschaftspolitik, verzichtet aber auf eine Ausscheidung einer spezifischen Organkompetenz. Ins-

985 BR, Stellungnahme, 17.6.2009, BBl 2009 5067.

986 Dazu eingehend TRÜMLER, Notrecht, N 281 ff.

987 Vgl. BGE 137 II 431, E.3.3.1.

988 BGE 137 II 431; oben Teil I, § 3.II.A.

besondere erfolgt eine solche auch nicht mit Blick auf die Schutzmassnahmen in besonderen Fällen, obwohl die entsprechende Formulierung eine gewisse Ähnlichkeit mit der Formulierung in Art. 184 Abs. 3 BV aufweist. Vor diesem Hintergrund erscheint es richtig, dass eine entsprechende Kompetenz primär der Bundesversammlung zukommen soll.⁹⁸⁹ Art. 101 Abs. 2 BV erteilt also keine ausserordentlichen Kompetenzen an den Bundesrat, vielmehr hat der Bundesrat im Bereich dieser Verbandskompetenz als Organ ggf. gestützt auf des Interessenwahrungsrecht zu handeln. Insofern ist Art. 184 Abs. 3 BV in Zusammenhang mit Art. 54 und Art. 101 BV zu lesen.⁹⁹⁰

6. Zwischenfazit

Die Untersuchung der Bestimmungen zu den Beziehungen zum Ausland sowie zur äusseren und inneren Sicherheit ergibt, dass Art. 184 Abs. 1 BV dem Bundesrat keine allgemeine Kompetenz zum Erlass von Verfügungen und Verordnungen im Bereich der Amts- und Rechtshilfe gibt. Demgegenüber kann er unter besonderen Voraussetzungen zur Wahrung der Interessen des Landes gemäss Art. 184 Abs. 3 BV *gesetzesvertretende* Verordnungen und Verfügungen erlassen kann, die auch den Bereich der auswärtigen Angelegenheiten und der Aussenwirtschaft betreffen. Ähnlich erlaubt auch das Notrecht in Art. 185 Abs. 3 BV den Erlass *gesetzesvertretender* Verordnungen und Verfügungen im Bereich der inneren oder äusseren Sicherheit. Schliesslich besteht mit der Polizeigeneralklausel ein Instrument, das in Ausnahmesituationen Verwaltungshandeln ohne Rechtsgrundlage auch im grundrechtlichen Bereich erlaubt.

Diese Instrumente sind nur unter strengen Voraussetzungen zulässig. Gemeinsam ist ihnen (mindestens⁹⁹¹), dass sie gegenüber der Gesetzgebung subsidiär sind sowie nur zum Schutz besondere gewichtiger Interessen – fundamentale Polizeigüter bzw. gewichtige Landesinteressen – eingesetzt werden dürfen. Das Interessenwahrungs- und Notrecht gelten daher – wie die Polizeigeneralklausel – als ausserordentliche Instrumente.

Insbesondere die jüngere Bewilligungspraxis hat die Schranken des Interessenwahrungs- und Notrechtes weder beachtet noch eingehalten. Dies ist umso problematischer, als die lange Zeit hingenommene Relativierung des Legalitätsprinzips im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten heute dem Primat einer normgebundenen Aussenpolitik sowie einer *gesetzesförmigen* Amts- und Rechtshilfe gewichen ist (oben § 4.II).

Angesichts der seit Jahrzehnten bestehenden Praxis drängt sich daher schliesslich die Frage auf, ob sich die Bewilligungspraxis nach Art. 271 StGB auf Gewohnheitsrecht abstützen kann.

D. Gewohnheitsrecht

In der gesamten einschlägigen Doktrin zur Bewilligungspraxis nach Art. 271 StGB finden sich keinerlei explizite Hinweise, dass die Praxis auf einer gewohnheitsrechtlichen Grund-

989 Vgl. etwa das Bundesgesetz über aussenwirtschaftliche Massnahmen, SR 946.201.

990 TRÜMLER, Notrecht, N 234; s.a. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 184 BV N 2; BIAGGINI bringt Art. 101 Abs. 2 BV mit der UBS-Rettung in Verbindung, BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 101 BV N 6.

991 Zum Verhältnis von Art. 184 Abs. 3, Art. 185 Abs. 3 sowie der Polizeigeneralklausel vgl. unten § 5.III.A.5.

lage basieren könnte.⁹⁹² Immerhin hat aber MONNIER bereits im Jahr 1986 im Kontext der Aussenpolitik die Frage des Gewohnheitsrecht zumindest rhetorisch aufgeworfen: «Si la compétence générale de la Confédération sur le plan extérieur est adéquate dans certains cas, pourquoi assortir cette base constitutionnelle d'une base légale additionnelle dans d'autres cas? Un texte constitutionnel clair, support d'une *pratique constante*, a-t-il besoin d'une loi pour être mis en oeuvre?». ⁹⁹³ Nicht zuletzt zeigt auch die jüngere Rechtsprechung, dass dem Bundesgericht ein Rückgriff auf Gewohnheitsrecht zur Füllung von angeblichen Gesetzeslücken weiterhin opportun erscheint.⁹⁹⁴

1. Allgemeines zur Geltung von Gewohnheitsrecht

Das Bundesgericht schliesst die Entstehung und Beachtung von Gewohnheitsrecht im öffentlichen Recht nicht aus. In BGE 136 I 376 hat es die Voraussetzungen und Schranken wie folgt zusammengefasst: «Es hat ausgeführt, dass es nicht gegen Verfassungsrecht verstosse, einen durch lang andauernde Übung entstandenen Rechtssatz anzuerkennen, wenn er nicht in Freiheitsrechte des Bürgers eingreift; das Schweigen des Gesetzes könne nicht ohne Weiteres als negative Entscheidung ausgelegt werden; das hänge davon ab, ob eine Notwendigkeit für eine Ergänzung bestehe oder aber die Vollständigkeit des geschriebenen Rechtssatzes als negative Vorschrift auszulegen ist [...]. An die Entstehung von Gewohnheitsrecht werde allgemein ein strenger Massstab gesetzt; über eine lange, ununterbrochene Übung hinaus sei erforderlich, dass die der Übung zugrunde liegende Rechtsauffassung von den Behörden und Betroffenen geteilt werde (*opinio iuris et necessitatis*; [...]). Dem Element einer lang andauernden Übung, welche in einem gewissen Sinne eine formellgesetzliche Regelung ersetzt, könne je nach Sachzusammenhang Rechnung getragen werden ([...])». ⁹⁹⁵ Sämtliche publizierten Bundesgerichtsfälle betreffen die Vereinbarkeit des Gewohnheitsrechts der Kantone mit dem Bundesverfassungsrecht; damit ist unklar, ob die entsprechende Rechtsprechung tale quale auf die Bundesebene übertragen werden kann, immerhin schreibt auf Bundesebene Art. 164 BV vor, dass alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen (insbesondere auch die Regelung von Rechten und Pflichten von Personen) in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind.⁹⁹⁶

Zu ergänzen ist, dass auch der EGMR im Bereich der Freiheitsrechte (namentlich betreffend Freiheitsentzug) die Füllung einer Gesetzeslücke nicht erlaubt, sondern lediglich eine extensive Interpretation und Anwendung bestehender Gesetzesbestimmungen akzeptiert, sofern diese auf einer lang andauernden, konstanten und bekannten Rechtsprechung basiert.⁹⁹⁷ Die anderslautende Interpretation der Rechtsprechung des EGMR

⁹⁹² Einzig KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz, 19, deutet diese Möglichkeit – allerdings nur gerade in einer Grafik – an.

⁹⁹³ MONNIER, ZSR 1986, 158, Herv.d.V.

⁹⁹⁴ Vgl. BGE 146 I 115; krit. dazu STUDER/URWYLER, FP 2020, 166 ff.; HUSMANN, FP 2020, 292 ff.

⁹⁹⁵ BGE 136 I 376, E. 5.2.

⁹⁹⁶ HUSMANN, FP 2020, 296; s.a. BIAGGINI, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 164 N 3.

⁹⁹⁷ EGMR, 8.11.2001, Nr. 43626/98, Laumont/Frankreich, § 42, Herv.d.V.; ähnlich auch EGMR, 21.3.2017, Nr. 34458/03, Porowski/Polen, § 125. Die anderslautende Interpretation der Rechtsprechung des EGMR durch das Bundesgericht als Reaktion auf den Entscheid EGMR, 3.12.2019, Nr. 72939/16, I.L./Schweiz, ist offensichtlich unzutreffend; ausführlich STUDER/URWYLER, FP 2020, 166 ff.; HUSMANN, FP 2020, 294 ff.

durch das Bundesgericht als Reaktion auf den Entscheid EGMR, *I.L./Schweiz*,⁹⁹⁸ ist evidenterweise unzutreffend.⁹⁹⁹

In der Doktrin stösst die Anerkennung von Gewohnheitsrecht tendenziell auf Kritik. GIACOMETTI hatte den Rechtscharakter von Gewohnheitsrecht noch grundsätzlich verneint.¹⁰⁰⁰ Heute wird die Legitimität und Existenz von Gewohnheitsrecht im Lichte des Legalitätsprinzips und mit Blick auf die Vorstellung grundsätzlich verschriftlichter Rechtsquellen von der Doktrin nur mit grosser Zurückhaltung angenommen.¹⁰⁰¹ Soweit die Zulässigkeit von Gewohnheitsrecht bejaht wird, wird es an strenge Voraussetzungen gebunden, insbesondere wird verlangt, dass das geschriebene Recht Raum für eine ergänzende Regelung durch Gewohnheitsrecht lässt.¹⁰⁰²

2. Gewohnheitsrecht im Kontext der «Bewilligung nach Art. 271 StGB»?

Vor diesem Hintergrund ist zur Praxis der «Bewilligungen nach Art. 271 StGB» Folgendes festzuhalten:

Das Erteilen von Bewilligungen zur internationalen Kooperation wird zweifellos seit langem praktiziert. Während sich diese Praxis anfänglich noch explizit auf das verfassungsunmittelbare Interessenwahrungsrecht des Bundesrats abgestützt hat,¹⁰⁰³ wurde diese Grundlage der Bewilligung in der Folge zunehmend verwässert und rechtliche Legitimation der Bewilligung im Zuge einer extensiven Praxis hin zu «Art. 271 StGB i.V.m. Art. 31 RVOV» verschoben.

Zu dem vom Bundesgericht in Zusammenhang mit dem Gewohnheitsrecht geäusserten Vorbehalt des fehlenden *Eingriffs in Freiheitsrechte* ist festzuhalten, dass Bewilligungen nach Art. 271 StGB, die Amtshandlungen erlauben, naturgemäss geeignet sind, Freiheitsrechte (insbesondere die persönliche Freiheit, das Recht auf Privatsphäre, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die Eigentumsfreiheit) zu tangieren. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Zusammenhang mit der Verlängerung einer «Bewilligung nach Art. 271 StGB» im Steuerstreit explizit festhalten, dass das Recht auf Privatsphäre (Art. 8 EMRK) betroffen ist, da «Bankdaten in den durch diesen Artikel geschützten Bereich fallen».¹⁰⁰⁴ Auch im Fall Marcos wären offenbar geheimnisgeschützte Bankdaten betroffen gewesen.¹⁰⁰⁵ Schon vor diesem Hintergrund ist es abzulehnen, eine solche Bewilligungspraxis gestützt auf ein Gewohnheitsrecht anzuerkennen.

Die *Notwendigkeit für eine Ergänzung* der bestehenden Rechtsvorschriften bzw. Verfassungsbestimmungen wurde zwar gerade in jüngerer Zeit mehrfach und mit Nachdruck

998 EGMR, 3.12.2019, Nr. 72939/16, *I.L./Schweiz*.

999 Ausführlich STUDER/URWYLER, FP 2020, 166 ff.; HUSMANN, FP 2020, 292 ff.

1000 GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, 169 ff.

1001 Vgl. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 5 N 11; BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 36 ff.; SGB BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 24; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, § 1 N 12 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, § 3 N 198; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 1 N 53 ff.; s.a. HUSMANN, FP 2020, 296.

1002 Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, § 1 N 12 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 1 N 53 ff.; s.a. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, § 3 N 196 ff.

1003 Vgl. oben § 3.III.D.

1004 Vgl. BVerwGer, 9.11.2016, A-1683/2016, E.2.1.4 m.Hinw. auf Art. 6 und 8 EMRK sowie EGMR, 22.12.2015, Nr. 28601/11, *G.S.B./Schweiz*.

1005 Vgl. den Hinweis auf die Straftatbestände des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes (Art. 273 StGB) oder der Verletzung des Bankgeheimnisses (Art. 47 BankG) in VPB 1997 Nr. 82, E. II.6.

betont (vgl. oben § 3.III.E.). Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass die zu beurteilende (langjährige) Praxis aus dieser Lücke und dem Bedürfnis sie zu füllen,¹⁰⁰⁶ entstanden ist. Motiv der Einführung der Gesetzesbestimmung von Art. 271 StGB war, fremde Amtshandlungen in der Schweiz und (extraterritoriale) Druckausübung fremder Staaten zu kriminalisieren und zu unterbinden. Kooperationshandlungen wurden demgegenüber während Jahrzehnten bei Fehlen einer gesetzlichen Grundlage nicht auf Art. 271 StGB, sondern auf verfassungsunmittelbares Interessenwahrungsrecht des Bundesrats in Art. 102 Abs. 8-10 aBV abstützt. Dies entsprach dem damaligen Verständnis der Relativierung des Legalitätsprinzips im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten. Die Praxis war dabei gemäss Darstellung der Bundesbehörden eine äusserst zurückhaltende,¹⁰⁰⁷ «nur in Ausnahmefällen»¹⁰⁰⁸ wurden entsprechende Bewilligungen erteilt. Vor diesem Hintergrund konnte von einer eigentlichen Lücke daher für diese Zeit keine Rede sein.

Dies änderte sich mit dem Bedeutungszuwachs der grenzüberschreitenden Kooperation im Rahmen der Globalisierung, vor allem aber mit dem zunehmenden und breiten Druck auf den Finanzplatz Schweiz. Nicht zufällig war es genau diese Entwicklung, die zu einer massiven Ausweitung der Bewilligungspraxis und zur kompletten Entkoppelung vom verfassungsunmittelbaren Interessenwahrungsrecht geführt hat. Von einer demokratiepolitisch gewollten *Notwendigkeit* einer Ergänzung fehlender Rechtsgrundlagen, welche via Bewilligungspraxis substituiert wurde, kann richtigerweise aber selbst für diese Zeit nicht die Rede sein: Die Praxis ist auf breite Ablehnung gestossen ist (oben § 3.III.E.). Selbst eine mit erheblichen Einschränkungen verbundene Überführung der Praxis in ein Bundesgesetz (vgl. E ZSSG) ist an breitem Widerstand gescheitert (oben Teil I, § 4.III.)

In diesem Sinne ist auch das Erfordernis einer *langen, ununterbrochenen Übung* differenziert zu betrachten. Die Übung lässt sich zeitlich in zwei Abschnitte gliedern:

Einerseits die ältere Praxis, die sich im Marcos Entscheid widerspiegelt. Sie stützte sich via BRB vom 7.7.1971 explizit auf das bundesrätliche Interessenwahrungsrecht und betonte ihren Ausnahmecharakter. Es handelte sich – soweit ersichtlich – ausschliesslich um Einzelfälle. Ganze Sachkomplexe, die einer generell-abstrakten Lösung zugänglich gewesen wären, wurden kaum je in dieser Form abgehandelt. Diesbezüglich kann tatsächlich von einer langen, ununterbrochenen Übung ausgegangen werden. Selbst diese Praxis hat die allgemeinen Schranken des bundesrechtlichen Interessenwahrungs- und Notrechts teilweise überschritten, und wäre wohl mit dem heutigen Verständnis einer gesetzesförmigen Amt- und Rechtshilfe nicht mehr vereinbar (vgl. oben § 4.II.) Rechtlich stützte sich diese Praxis aber durchwegs auf eine – wenn auch weiterherzige – Interpretation von Art. 102 Abs. 8-10 BV. Sie erfuhr über Jahrzehnte – soweit ersichtlich – keine Zäsuren und war in diesem Sinne ununterbrochen. Diese spezifische Praxis wurde zwar punktuell kritisiert, aber weder von den Behörden noch von den Betroffenen im Grundsatz in Frage gestellt. Die Behörden haben die Geltung der Praxis mehrfach anerkannt und Voraussetzungen und Schranken artikuliert.¹⁰⁰⁹ In der Lehre ist diesbezüglich keine einzige Grundsatzkritik ersichtlich.

1006 S.a. BGE 104 Ia 305, 313 m.Hinw.

1007 EDA, 8.10.1975, VPB 1976 Nr. 49: «très restrictive».

1008 S. nur VPB 1985 Nr. 16, E. 12.

1009 S. oben § 3.III.D.

Andererseits die jüngere Praxis, die insbesondere durch die Bewilligung im Rahmen des QIA sowie die Bewilligungen bzw. die Musterverfügung sowie deren Verlängerung im Steuerstreit geprägt wurde. Sie hat sich vollständig vom verfassungsunmittelbaren Interessenwahrungsrecht entfremdet und soll sich auf «Art. 271 StGB i.V.m. Art. 31 RVOV» abstützen. Dementsprechend fehlte regelmässig eine Prüfung der rechtlichen Voraussetzungen und Schranken des Interessenwahrungsrechts. Die so erteilten Bewilligungen hatten keinen singulären Charakter und richteten sich an ganze Branchen. Sie betrafen einen Bereich, in dem generell-abstrakte Regelungen nicht nur möglich, sondern auch erforderlich gewesen wären. Diese Praxis stiess sowohl in der Bundesverwaltung als auch bei den Betroffenen auf vehemente Kritik.¹⁰¹⁰ Die Gerichte haben eine Prüfung der Frage ihrer Zulässigkeit mit allen Mitteln vermieden, substantiierte Rechtsprechung zu ihrer Zulässigkeit fehlt. Vor diesem Hintergrund kann für eine solche Praxis weder eine lange, ununterbrochene Übung (*longa consuetudo*) noch eine *opinio iuris et necessitatis* bejaht werden.

Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts hat im Rahmen von Gewohnheitsrecht zu Recht die Voraussehbarkeit und die hinreichende Klarheit der Übung betont.¹⁰¹¹ Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass die jüngere Bewilligungspraxis ganz offensichtlich mit derart vielen Unwägbarkeiten verbunden ist – die nicht nur die Frage der Voraussetzungen der Bewilligung, sondern derer Zulässigkeit überhaupt betreffen –, dass nicht gesagt werden kann, die Übung sei voraussehbar oder hinreichend klar. Daran ändern auch die wenigen in jüngerer Zeit publizierten VPB-Entscheide nichts, zumal diese ausnahmslos in der Feststellung mündeten, dass eine Bewilligung nicht erforderlich sei, wobei sie im Übrigen materiell widersprüchlich sind¹⁰¹² und die Publikationen inzwischen eingestellt wurden.

3. Zwischenfazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Gewohnheitsrecht die fehlende Rechtsgrundlage jedenfalls für die *jüngere* bzw. herrschende Bewilligungspraxis aufgrund des Fehlens einer langen, ununterbrochenen Übung sowie mangels Herausbildung einer *opinio iuris et necessitatis* und schliesslich auch aufgrund fehlender Voraussehbarkeit oder und Klarheit nicht zu ersetzen vermag. Zudem verbietet sich eine gewohnheitsrechtliche Argumentation auch am Eingriff in Freiheits- bzw. Grundrechte.

Die *ältere* Praxis bezog sich demgegenüber stets auf Art. 102 Abs. 8-10 aBV und hatte folglich den dortigen Anforderungen zu genügen. Im Rahmen der älteren Praxis stellt sich damit allein die Frage der Zulässigkeit der extensiven Interpretation und Anwendung der verfassungsunmittelbaren bundesrätlichen Kompetenz im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten. Selbstverständlich ist dabei auch eine lang andauernde, kaum widersprochene extensive Übung zu berücksichtigen. Genau dies tut das Bundesgericht denn auch.¹⁰¹³

1010 Vgl. oben § 3.III.E.

1011 Vgl. BGE 146 I 115, E. 2.4, 2.9.

1012 GRAF, GesKR 2016, 182.

1013 Vgl. BGE 141 I 20, E. 5.1.1: «la pratique que le Conseil fédéral a développée». Dazu auch unten § 5.III.A.1.a.

IV. Indikatoren zur Charakterisierung als verfassungsunmittelbares Interessenwahrungsrecht

1. Übersicht

Die vorangehenden Untersuchungen führen einerseits zum verfassungsunmittelbaren Interessenwahrungs- und Notrecht, weil keine anderen Rechtsgrundlagen eine entsprechende Bewilligungsermächtigung vorsehen. Dies ist im Resultat ein *formelles* Argument: *Necessitas non habet legem*. Andererseits hat die Untersuchung der Bewilligungspraxis im Lichte von Art. 271 StGB in entstehungsgeschichtlicher bzw. historischer, teleologischer sowie systematischer, also in *materieller* Hinsicht, zahlreiche Hinweise geliefert, dass die Grundlage einer Bewilligungserteilung nicht im Kernstrafrecht, sondern im verfassungsunmittelbaren Interessenwahrungsrecht zu finden ist. Im Folgenden werden die wichtigsten dieser Indikatoren im Sinne einer Synthese aufgeführt.

2. Bewertung als Interessenwahrungs- und Notrecht

Entstehungsgeschichtlich fusst die Praxis der Einzelfallbewilligungen explizit und ausschliesslich auf Art. 102 Ziff. 8-10 aBV, den Vorläuferbestimmungen des heutigen verfassungsunmittelbaren Interessenwahrungs- und Notrechts. Die ältere Praxis war erkennbar darum bemüht, entsprechende Bewilligungen nur äusserst zurückhaltend zu erteilen, nur im Umfang des geltenden Rechtshilferechts, und nur als *ultima ratio*. Der BRB vom 7.7.1971 stütze sich explizit auf das bundesrätliche Interessenwahrungs- und Notrecht in Art. 102 Abs. 8-10 aBV.

Als sich im Zuge der verstärkten Globalisierung die Bewilligungspraxis extensivierte, äuserten sich auch die Bundesbehörden in verschiedenen Berichten (insbesondere zur Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden¹⁰¹⁴ und zu den QIA¹⁰¹⁵) wiederholt kritisch dazu. Im Bericht des BJ zur Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden wurde festgehalten, dass Art. 271 StGB in Fällen von Souveränitätskonflikten nur die «vordergründige» Rechtsgrundlage für Bewilligungen darstelle.¹⁰¹⁶

Der erläuternde Bericht vom Februar 2013 zu einem Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz hat nicht nur festgehalten, dass «das Strafgesetzbuch nicht die Rechtsgrundlage für solche Bewilligungen darstellen kann».¹⁰¹⁷ Er hält weiter fest: «Die deutsche Fassung von Artikel 271 StGB hat von einer «Bewilligung» gesprochen. Diese Begrifflichkeit ist insofern irreführend, als das Strafgesetzbuch nicht die Rechtsgrundlage für solche Bewilligungen darstellen kann».¹⁰¹⁸ Der Bericht verortet stattdessen die rechtliche Grundlage für die Bewilligung von Kooperationshandlung mit ausländischen Behörden im verfassungsunmittelbaren Interessenwahrungsrecht:

«Es ist in der Lehre und in der Praxis der Bundesbehörden unbestritten, dass sich der Bundesrat insbesondere auf Artikel 184 Absatz 3 BV berufen darf, um Beeinträchtigungen der schweizerischen Rechtsordnung durch drohende Übergriffe von ausländischen Rechtsordnungen abzuwehren. Artikel 184 Absatz 3 BV kann aufgrund seines weiten Anwendungs-

1014 BJ, Bericht Zusammenarbeit 2011, 50 f.

1015 BR, Bericht Finanzkrise 2012, 10.

1016 BJ, Bericht Zusammenarbeit 2011, 50.

1017 BR, Bericht E ZSSG 2013, 46.

1018 BR, Bericht E ZSSG 2013, 46.

bereichs auch dazu dienen, eine Kooperationshandlung mit ausländischen Behörden in einem Einzelfall als zulässig zu erklären».¹⁰¹⁹

Bemerkenswert ist, dass der Bundesrat im Bericht direkt daran anschliessend darauf hinweist, dass dieses Abwehrdispositiv zur Bewilligung von Kooperationshandlungen mit ausländischen Behörden nur in Ausnahmefällen unter Berücksichtigung hoher Schranken zur Anwendung gelangen kann:

«Das Abwehrdispositiv auf Verfassungsstufe ist jedoch nur in besonderen Situationen, im Falle von Artikel 185 Absatz 3 BV nur bei gravierenden, imminenden oder akuten Gefährdungen anwendbar, die singulären Charakter haben oder die nicht vorhersehbar (oder nicht vorhergesehen worden) sind und bei denen die Wahrung wichtiger Schweizer Interessen es gebietet. Allfällige Abwehrmassnahmen sind zudem zu befristen. Rechtsstaatliche Grundsätze gebieten die Schaffung formell-gesetzlicher Grundlagen für die Abwehr von nicht singulären, vorhersehbaren Bedrohungslagen oder Interessengefährdungen. Diese Grundlagen werden mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf geschaffen».¹⁰²⁰

Eine teleologische Auslegung hat ergeben, dass Art. 271 StGB als «blocking statute» durchaus eine gewisse Ambivalenz innewohnt. Namentlich kann in besonderen Lagen tatsächlich ein staatliches Interesse daran bestehen, die Amts- und Rechtshilferegelungen zu durchbrechen und Private zur Weitergabe von Informationen zu verpflichten, mithin eine verbotene Handlung für einen fremden Staat auf schweizerischem Gebiet zuzulassen. Ebenso konnte aber aufgezeigt werden, dass eine solche Ermächtigungsnorm nach ihrem Sinn und Zweck nicht in Art. 271 StGB gefunden werden kann; vielmehr ist dieser operative Teil des Staatsschutzrechts in den einschlägigen Bestimmungen zu suchen, namentlich eben im Interessenwahrungs- und Notrecht bzw. der Polizeigeneralklausel – wie dies im Fall der Herausgabe der UBS-Kundendaten geschehen ist.

Schliesslich wird dieses Resultat auch durch eine systematische Auslegung sowie eine systematische Betrachtung der Anforderungen des Legalitätsprinzips untermauert.

Die Rechtsprechung ihrerseits hat zwar bis heute «Bewilligungen nach Art. 271 StGB» nie substantiiert und abschliessend beurteilt, allerdings liegen zumindest implizite gerichtliche Stellungnahmen vor. Zu erwähnen ist das Verfahren im Zusammenhang mit einer Bewilligungsverfügung im Steuerstreit, die zu Gunsten eines Finanzinstitutes verlängert werden sollte. Dagegen wehrte sich ein Mitglied des Stiftungsrats, dessen Name den US-Behörden bekannt gegeben werden sollte. Er hatte eingewendet, dass eine rechtliche Grundlage für eine solche Bewilligung fehle, und selbst wenn diese bestünde, die Bewilligung den Kriterien aus dem Marcos-Entscheid widerspreche.¹⁰²¹ Das Bundesverwaltungsgericht hat interessanterweise – ohne ersichtlichen Grund¹⁰²² – darauf hingewiesen, dass eine Nähe der «Bewilligung nach Art. 271 StGB» zur Datenherausgaben per Notrecht im Fall UBS «offensichtlich» sei:

1019 BR, Bericht E ZSSG 2013, 10.

1020 BR, Bericht E ZSSG 2013, 10.

1021 Zum Sachverhalt vgl. BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016.

1022 Die entsprechenden E. 2.1.3, die den Hinweis auf den Rechtsmittelweg *trotz* der Anfechtung von Notrecht enthält, schwächt im Ergebnis die Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts.

«Auch wenn es vorliegend um eine Verfügung des EFD geht und nicht um die Übermittlung eigentlicher Kundendaten, sondern Daten Dritter, ist eine gewisse Nähe der beiden Konstellationen offensichtlich. Auch die Verfügung des EFD soll nämlich die Datenlieferung (ebenso wie damals jene der FINMA) an die USA ermöglichen, die letztlich der Besteuerung einzelner Personen bzw. der Verfolgung von Steuerstraftaten dienen».¹⁰²³

Das Bundesgericht hat dieser Erwägung zugestimmt.¹⁰²⁴ Bemerkenswert sind v.a. aber die weiteren Ausführungen des Bundesgerichts.¹⁰²⁵ Den Vorbringen des Beschwerdeführers, es fehle an einer spezifischen rechtlichen Grundlage (Legalitätsprinzip) und die Praxis widerspreche darüber hinaus selbst den Anforderungen gemäss der Praxis i.S. Marcos, hielt das Gericht entgegen:

«Solchen Argumenten sind jedoch u.a. die genannten Aspekte der Praktikabilität [...] entgegenzuhalten. Für die genannten Probleme, die weit über den Bereich des schutzwürdigen Eigeninteresses des Beschwerdeführers hinausgehen [...], liegt nichts vor, was über das Allgemeininteresse an der richtigen Rechtsanwendung hinausgeht. Das gilt umso mehr, als die Umsetzung dieses Allgemeininteresses den Ablauf des Bankenprogramms übermässig erschweren würde und sich in keiner Weise als notwendig erweist».¹⁰²⁶

Mit dem Hinweis, dass der Beschwerdeführer zwar ein aktuelles Rechtsschutzinteresse habe, dieses aber im Rahmen des Bewilligungsverfahrens nicht schutzwürdig sei, da es «zur Genüge» durch ein separates Zivilverfahren gewahrt werden könne, wies das Bundesgericht die Beschwerde ab.¹⁰²⁷

In dieser Rechtsprechung, die sich spezifisch auf die jüngere Bewilligungspraxis im Steuerstreit bezieht, sind deutlich Motive zu erkennen, die überhaupt nur im Rahmen des verfassungsunmittelbaren Interessenwahrungs- und Notrechts ins Spiel gebracht werden können, etwa dass dem rechtsstaatlichen Legalitätsprinzip das öffentliche Interessen der unbeschwerten Umsetzung des Bankenprogramms entgegenzuhalten ist. Auch in der Doktrin wurde im Zusammenhang mit dem Steuerstreit zuweilen ein Vokabular verwendet, das eher im Bereich des Interessenwahrungs- bzw. Notrechts anzusiedeln wäre (vgl. «hold-up du siècle»¹⁰²⁸). Die Darstellung in Teil I illustriert sodann in aller Deutlichkeit, dass die Erteilung von «Bewilligungen nach Art. 271 StGB» in der Kontinuität notrechtlicher Massnahmen steht.

Nicht zuletzt zeigt auch ein Vergleich mit bekannten Fällen der Anwendung von Art. 184 und/oder Art. 185 BV, dass die Massnahmen funktional durchaus vergleichbar sind (z.B. die Bewilligung für die Auskunftserteilung an die UNO über bewilligungspflichtige schweizerische Exporte an den Irak¹⁰²⁹).

1023 BVerwGer, 9.11.2016, A-1683/2016, E. 2.1.3.

1024 BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016, E. 2.1

1025 Der Stiftungsrat habe zwar ein aktuelles Rechtsschutzinteresse; dieses sei im Rahmen des Bewilligungsverfahrens aber nicht schutzwürdig, da dies «zur Genüge» durch ein separates Zivilverfahren gewahrt werden könne, BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016, E. 3.3.2.

1026 BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016, E. 3.3.3.

1027 BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016, E. 3.3.2.

1028 Vgl. BOIVIN, Jusletter 2013, N 2.

1029 Vgl. dazu BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N 39.

Schliesslich gibt es in der Lehre zahlreiche Stimmen, die eine «Bewilligung nach Art. 271 StGB» explizit nur im Rahmen des Interessenwahrungs- bzw. des Notrechts als zulässig erachten.¹⁰³⁰

¹⁰³⁰ Oben § 3.III.E. 1.

§ 5

«Bewilligung nach Art. 271 StGB» als Interessenwahrungsrecht

I. Übersicht und Terminologie

Ausgehend von der Erkenntnis, dass sog. «Bewilligungen nach Art. 271 StGB» richtigerweise nur in den verfassungsunmittelbaren Kompetenzen der Exekutiven (insbesondere Art. 184 Abs. 3 BV)¹⁰³¹ eine Rechtsgrundlage finden können, drängt sich vorab eine terminologische Korrektur auf: Im Folgenden ist nicht mehr die Rede von «Bewilligung nach Art. 271 StGB» sondern von *Kooperationsbewilligung*. Der folgende Abschnitt untersucht, welche formellen und materiellen Voraussetzungen im Rahmen des verfassungsunmittelbaren Interessenwahrungsrechts beim Erlass von Kooperationsbewilligungen zur Anwendung gelangen.

II. Formelles

A. Rechtsgrundlage und Verfahrensordnung

Grundlage zum Erlass einer Kooperationsbewilligung ohne spezialgesetzliche Grundlage können – abgesehen vom Ausnahmefall der Anwendung der Polizeigeneralklausel¹⁰³² – nur die verfassungsunmittelbaren Kompetenzen der Exekutiven darstellen. Handelt die Exekutive in erster Linie aussenpolitisch zur Wahrung der Interessen des Landes, so ist das sog. Interessenwahrungsrecht nach Art. 184 Abs. 3 BV zu prüfen. Handelt der Bundesrat demgegenüber primär zur Wahrung der inneren oder äusseren Sicherheit, so haben Kooperationsbewilligungen den Erfordernissen des sog. Notrechts in Art. 185 Abs. 3 BV¹⁰³³ zu genügen.¹⁰³⁴ Im Rahmen der internationalen Kooperation dürften in der Regel am ehesten aussenpolitische Interessen massgeblich sein, weshalb nachfolgend der Fokus auf das Interessenwahrungsrecht gerichtet ist. Beide verfassungsunmittelbaren Kompetenzen wurden in Art. 7c–e RVOG konkretisiert. Die Frage der Anwendbarkeit von Art. 7c–e RVOG im Rahmen von Kooperationsbewilligungen erscheint indes klärungsbedürftig (vgl. unten § 5.III.A.6.).

Anders als es offenbar noch im Rahmen der älteren Praxis üblich war,¹⁰³⁵ ist eine kumulative kantonale Bewilligung nicht erforderlich; kantonales Recht ist im Rahmen der vorliegenden verfassungsunmittelbaren Kompetenzen nicht einschlägig.¹⁰³⁶

1031 Ggf. i.V.m. anderen Bestimmungen wie Art. 185 Abs. 3 BV oder Art. 7e RVOG.

1032 Vgl. BGE 137 II 431.

1033 Eingehend statt vieler: BGE 137 II 431; TRÜMPLER, Notrecht, N 276 ff.

1034 Zum Verhältnis von Art. 184 Abs. 3 BV zu Art. 185 Abs. 3 BV s. unten § 5.III.A.6.

1035 VPB 1980 Nr. 81, E. 6c; s.a. Art. 26 Abs. 3 IRSV: «Die Ermächtigung wird nach Rücksprache mit den betreffenden kantonalen Behörden erteilt».

1036 Vgl. Art. 54 BV (Bundeskompetenz im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten); Art. 184 BV; Art. 185 BV.

Das Verfahren richtet sich mangels eingehender spezialgesetzlicher Regelungen nach dem VwVG, wobei selbstverständlich ergänzende Bestimmungen (insbesondere Art. 31 RVOV sowie im RVOG) zu berücksichtigen sind.

B. Zuständigkeit und Delegation

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Fall UBS ist – unter Vorbehalt der Kompetenzen des Parlaments¹⁰³⁷ – ausschliesslich der Bundesrat befugt, zur Wahrung der Interessen des Landes Verordnungen und Verfügungen zu erlassen (Art. 184 Abs. 3 BV): «Keine Verwaltungsbehörde kann staatsorganisatorisch an seiner Stelle handeln».¹⁰³⁸ Das Bundesgericht hatte in seinem Urteil, das theoretisch einen Anwendungsfall der verfassungsunmittelbaren Kompetenzen in Art. 184 Abs. 3 BV¹⁰³⁹ betraf, die Praxis der «Bewilligung nach Art. 271 StGB» ebenso wenig im Blick wie Art. 31 RVOV und die damit zusammenhängenden Unklarheiten. Mithin widerspricht Art. 31 RVOV, in dem die Kompetenz zur Erteilung von Bewilligungen an untere Verwaltungsinstanzen weiterdelegiert wird, offensichtlich obgenannter Rechtsprechung, soweit er sich auf Bewilligungen i.S. des Interessenwahrungsrecht (Art. 184 Abs. 3 BV) bezieht.¹⁰⁴⁰ Vor diesem Hintergrund ist die Frage aufgeworfen, ob die Rechtsauffassung des Bundesgerichts auch im Rahmen von Kooperationsbewilligungen nach Art. 184 Abs. 3 BV Zustimmung verdient oder ob in diesem Rahmen eine Delegation, wie sie in Art. 31 RVOV vorgesehen ist, zulässig sein kann.

Für die Zulässigkeit einer Delegation spricht insbesondere die Tatsache, dass diese offenbar im Rahmen von Art. 102 aBV während langer Zeit (gestützt auf den BRB vom 7.7.1971) praktiziert wurde und die Zulässigkeit dieser Rechtsauffassung – soweit ersichtlich – weder von den Behörden noch der Doktrin jemals substantiiert bestritten wurde.¹⁰⁴¹ Weiter sprechen auch Gründe der Praktikabilität für diese Delegationspraxis, jedenfalls wenn an einer extensiven Praxis festgehalten wird. Eine Delegation wird im Übrigen auch von der Verfassungsbestimmung in Art. 184 Abs. 3 BV und dem RVOG nicht explizit ausgeschlossen.¹⁰⁴²

Dagegen sprechen die klaren Voten in Rechtsprechung und Doktrin (die indes wiederum die Kooperationsbewilligungen nicht im Blick hatten),¹⁰⁴³ die besondere Tragweite dieser verfassungsunmittelbaren Massnahmen¹⁰⁴⁴ sowie staatsorganisatorische Argumente¹⁰⁴⁵. Vor allem aber ist eine Delegation abzulehnen mit Blick auf den offensichtlichen Wild-

1037 Vgl. Art. 173 Abs. 1 lit. a und b BV; Art. 7c ff. RVOG.

1038 BGE 137 II 431, E. 3.2.1.

1039 Kumulativ verwies das Bundesgericht auf Art. 185 Abs. 3 BV, was aber die Aussage nicht ändert: vgl. das eindeutige «oder» in BGE 137 II 431, E. 3.2.1.

1040 Sofern dessen Grundlage richtigerweise in Art. 184 Abs. 3 BV und nicht in Art. 271 StGB erkannt wird.

1041 Indes war eine solche «Subdelegation der Rechtsetzungsbefugnis vom Bundesrat an das Departement» (so ZBl 1974, 95) zumindest im Rahmen anderer BRB gestützt auf Art. 102 Abs. 8 aBV nicht unstrittig, vgl. Urteil des Bundesgerichts zu BRB über die Beschränkung der Einfuhr von Waren aus Süd-Rhodesien vom 17.12.1965/10, zit. in ZBl 1974, 92 ff.

1042 S.a. TRÜMLER, Notrecht, N 235.

1043 Vgl. statt vieler BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 184 N 12 m.Hinw.

1044 Vgl. TRÜMLER, Notrecht, N 235 m.Hinw.; s.a. KLEY/SEFEROVIC, Polizeigeneralklausel, 49 Fn 40.

1045 TRÜMLER, Notrecht, N 235.

wuchs in der Praxis¹⁰⁴⁶ und die damit verbundene Ausweitung ins Unkenntliche, die sich in der Vergangenheit aus einer solchen die Kompetenzzersplitterung ergeben hat.

Nach hier vertretener Auffassung erscheint es richtig, das Ausnahmeinstrument einer gesetzesvertretenden Kompetenz grundsätzlich beim Bundesrat zu belassen. Nur so kann eine hinreichende Legitimation entsprechender Massnahmen gewahrt werden. Daneben erlaubt dieses Vorgehen auch, die Praxis zu kanalisieren und die in Aussicht gestellte und notwendige Zurückhaltung zu gewährleisten. Das Argument der Rechtssicherheit, der Primat der Gesetzgebung und des Legalitätsprinzips und das Postulat eines zurückhalten- den Gebrauchs der verfassungsunmittelbaren Kompetenzen (insbesondere im Bereich der Eingriffsverwaltung) verlangen eine Konzentration dieser gesetzesvertretenden Kompetenz bei der höchsten Exekutivbehörde.

Art. 31 RVOV ist damit richtigerweise im Zusammenhang mit Kooperationsbewilligungen gemäss Art. 184 Abs. 3 BV *nicht anwendbar*. Eine Ausnahme könnte immerhin da zugelassen werden, wo Kooperationshandlungen keine Auswirkungen für Private haben (insbesondere im Bereich der völkerrechtlichen *actes de courtoisie*). Solche Genehmigungen dürften ohnehin eher unter Art. 184 Abs. 1 BV fallen. Art. 31 RVOV sollte aber als Auffangregel überall da von Bedeutung und anwendbar bleiben, wo ein Spezialgesetz zwar eine Bewilligung vorsieht,¹⁰⁴⁷ die Zuständigkeitsfrage aber nicht klärt.¹⁰⁴⁸

III. Materielles

A. Voraussetzungen und Schranken

1. Voraussetzungen gemäss Art. 184 Abs. 3 BV

Der Wortlaut von Art. 184 Abs. 3 BV ist in hohem Masse auslegungsbedürftig.¹⁰⁴⁹ Er wurde von der Praxis, der Rechtsprechung sowie der Lehre konkretisiert; dabei erweist sich die Interpretation durch den Bundesrat tendenziell als extensiv, wobei sich das Bundesgericht in (zu) starker Zurückhaltung übt und substantielle Anwendungsschranken im Wesentlichen nur von der Doktrin hervorgebracht wurden. Die Warnungen in der Literatur vor Missbräuchen dieses Instrumentes erscheinen vor diesem Hintergrund nicht unberechtigt.¹⁰⁵⁰ Bei den Anwendungsvoraussetzungen handelt es sich um Dauervoraussetzungen, die in jedem Zeitpunkt der Massnahmenumsetzung erfüllt sein müssen,¹⁰⁵¹ was in der Praxis oftmals unbeachtet bleibt.¹⁰⁵²

1046 S.a. die Kritik von KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz, 18: «Nicht erstaunlich ist es daher, dass die verschiedenen für die Bewilligungserteilung zuständigen Departemente und Ämter eine sehr uneinheitliche Bewilligungspraxis entwickelt haben».

1047 Vgl. oben § 3.II.C.

1048 S.a. KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz, 13.

1049 S.a. TRÜMLER, *Notrecht*, N 239.

1050 GÄCHTER, *Demokratie und Dringlichkeit*, 98 m.Hinw.; GÄCHTER, *selbständiges Verordnungsrecht*, 238; s.a. TRÜMLER, *Notrecht*, N 240.

1051 Vgl. TRÜMLER, *Notrecht*, N 261.

1052 S. nur die Verlängerung einer am 28.3.2014 erteilten Bewilligung bis zum 31.12.2019 im Sachverhalt des Urteils BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016.

a) *Wahrung der Interessen des Landes*

Der Bundesrat kann eine verfassungsunmittelbare Massnahme in Bezug auf Beziehungen zum Ausland nur erlassen, wenn «die Wahrung der Interessen des Landes es erfordert».¹⁰⁵³ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass der Anwendungsbereich von Art. 184 Abs. 3 BV definitionsgemäss weit sei, zumal es unmöglich sei, sämtliche Situationen zu antizipieren, in denen die Regierung aufgerufen sein kann, im Bereich der internationalen Beziehungen Massnahmen zu ergreifen, um die Interessen der Schweiz zu schützen.¹⁰⁵⁴ Das Bundesgericht verweist zur Veranschaulichung insbesondere auf Art. 54 Abs. 2 BV (auswärtige Angelegenheiten), darüber hinaus stellt es auch auf die vom Bundesrat entwickelte Praxis ab («la pratique que le Conseil fédéral a développée»)¹⁰⁵⁵ Demnach können entsprechende Massnahmen eingesetzt werden als «moyens de sanctions et de représailles à l'encontre d'autres Etats ou, au contraire, dans l'optique d'éviter de nuire aux relations que la Suisse entretient avec d'autres Etats».¹⁰⁵⁶ Insofern berücksichtigt das Bundesgericht die langjährige Interpretation und Anwendung dieser Rechtsgrundlagen, was einer gewohnheitsrechtlichen Bewertung nahe kommt.¹⁰⁵⁷ Auch die Lehre betont, dass der Regelungsgegenstand der Norm angesichts der zunehmenden internationalen Vernetzung sehr weit sei und zählt explizit auch die Abwehr von diplomatischen Angriffen dazu.¹⁰⁵⁸ Aus dem klaren Wortlaut folgt, dass massgebliches Kriterium einzig die Wahrung von Landesinteressen sein kann, nicht aber das Kooperationsinteresse privater Rechtssubjekte.¹⁰⁵⁹ Ein solches kann höchstens indirekt ein Landesinteresse an Erteilung einer Kooperationsbewilligung begründen (s. unten § 5.III.A.2.).

Bereits im Rahmen der Schaffung der neuen Bundesverfassung wurde klar zum Ausdruck gebracht, dass die Massnahmen auch polizeirechtliche Regelungen umfassen können,¹⁰⁶⁰ womit auch die Bewilligung von hoheitlichem Handeln unter diesem Titel nicht ausgeschlossen erscheint. Die ausnahmsweise Bewilligung von Kooperationshandlungen ist somit vom Anwendungsbereich von Art. 184 Abs. 3 BV abgedeckt, sofern sie der Wahrung der Interessen des Landes dient. Diese Einschätzung spiegelt sich auch in behördlichen Dokumentationen¹⁰⁶¹ (vgl. oben § 4.IV.2).¹⁰⁶²

Bei der Beurteilung der Frage, ob die vom Bundesrat gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV verfolgten Ziele zu den «Interessen der Schweiz» in aussenpolitischer Hinsicht zu zählen sind, übt sich das Bundesgericht in Zurückhaltung.¹⁰⁶³

1053 S.a. BGE 141 I 0, E. 5.1.

1054 BGE 141 I 20, E. 5.1.1 m.Hinw.

1055 BGE 141 I 20, E. 5.1.1.

1056 BGE 141 I 20, E. 5.1.1, Her.v.V.

1057 Auch in der Doktrin wird die Praxis als determinierend betrachtet, s. nur TRÜMLER, Notrecht, N 241.

1058 TRÜMLER, Notrecht, N 240, 245.

1059 So aber noch EFD, Musterverfügung 2013, Ziff. II.6.

1060 Botschaft BV 1996, BBl 1997 I 418.

1061 BR, Bericht E ZSSG 2013, 10.

1062 BR, Bericht E ZSSG 2013, 10: «[...] kann aufgrund seines weiten Anwendungsbereichs auch dazu dienen, eine Kooperationshandlung mit ausländischen Behörden in einem Einzelfall als zulässig zu erklären».

1063 BGE 141 I 20, E. 5.1.1 m.Hinw. auf BGE 130 III 430, E. 3.3.

In der Doktrin wird zuweilen gefordert, dass das zu wahrende Landesinteresse ein *sehr gewichtiges*¹⁰⁶⁴ oder immerhin ein *gewichtiges*¹⁰⁶⁵ sein müsse. Bei GÄCHTER folgt dieses Postulat aus der dogmatischen Herleitung der Anwendungsvoraussetzungen aus dem Grundrechtsschutz;¹⁰⁶⁶ TRÜMLER begründet das Erfordernis «einzig durch den Ausnahmecharakter des Instruments».¹⁰⁶⁷ Die Einschränkung dürfte als Analogon zum im Rahmen der Polizeigeneralklausel vorausgesetzten Eingriffsinteresses des Schutzes *fundamentaler* Polizeigüter zu verstehen sein.¹⁰⁶⁸ Die Forderung, dass nur gewichtige Landesinteressen zu berücksichtigen sind, erscheint durchaus berechtigt. Sie ist aber nicht isoliert aus dem weiten Anwendungsbereich der Bestimmung herzuleiten, sondern ergibt sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip (unten § 5.III.A.1.e.) und insbesondere dem Erfordernis der Notwendigkeit (sogleich unten § 5.III.A.1.b.).

b) Notwendigkeit

Allgemeines

Art. 184 Abs. 3 BV setzt voraus, dass die Massnahme *notwendig* ist. Zwar fehlt im deutschen und italienischen Text der BV das Adjektiv notwendig,¹⁰⁶⁹ allerdings ergibt sich diese Voraussetzung ohne Weiteres aus dem französischen Wortlaut («Lorsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige, le Conseil fédéral peut adopter les ordonnances et prendre les décisions *nécessaires*. [...]»¹⁰⁷⁰) sowie der Rechtsprechung des Bundesgerichts.¹⁰⁷¹ Das Bundesgericht prüft unter dem Titel der Notwendigkeit insbesondere, ob die Massnahmen zur Wahrung der Landesinteressen notwendig sind.¹⁰⁷² Weiter hat es betont, dass die Anwendungsvoraussetzung der «Notwendigkeit» nicht mit dem *Verhältnismässigkeitsprinzip* gleichgesetzt werden könne.¹⁰⁷³ Die Frage, ob eine Massnahme zur Wahrung der schweizerischen Interessen in ihren Beziehungen zum Ausland «erforderlich» ist, prüft das Bundesgericht als Rechtsfrage frei; die Regierung verfüge aber angesichts der politischen Implikationen über einen erheblichen Ermessensspielraum, so dass sich das Bundesgericht auch hier grosse Zurückhaltung auferlegt.¹⁰⁷⁴ Darüber hinaus prüft das Bundesgericht die Zweckmässigkeit der Massnahme nicht.¹⁰⁷⁵ Eine eingehende dogmatische Bewertung des Kriteriums der Notwendigkeit fehlt bis heute in der Rechtsprechung. In der Lehre wurde diese Lücke mit verschiedenen Meinungen und Begrifflichkeiten gefüllt,¹⁰⁷⁶ wobei sich bis heute keine konsistente h.L. herausgebildet hat. Nachfolgend werden – unter Berücksichtigung der Doktrin und der massgeblichen Parameter – die verschiedenen Aspekte des Kriteriums der Notwendigkeit skizziert:

1064 GÄCHTER, selbständiges Verordnungsrecht, 242.

1065 TRÜMLER, Notrecht, N 246.

1066 GÄCHTER, selbständiges Verordnungsrecht, 238 ff.

1067 TRÜMLER, Notrecht, N 246.

1068 Vgl. andeutungsweise TRÜMLER, Notrecht, N 244, N 254 f.

1069 S.a. Pra 2016, Nr. 23.

1070 Vgl. Art. 184 Abs. 3 1. Satz BV, Herv.d.V.

1071 S. nur BGE 141 I 20, E. 5.2.

1072 BGE 141 I 20, E. 5.2.

1073 BGE 141 I 20, E. 4.3.

1074 BGE 141 I 20, E. 5.2; BGE 132 I 229, E. 10.

1075 BGE 141 I 20, E. 5.2 m.Hinw.

1076 Statt vieler vgl. TRÜMLER, Notrecht, N 248 ff. und die Hinw. dort.

Notwendigkeit der Massnahmen zum Schutz der Landesinteressen

Aus dem Kriterium der Notwendigkeit folgt einmal, dass die *konkreten Massnahmen* ihrerseits zum Schutz der Interessen der Schweiz notwendig sind.¹⁰⁷⁷ Dieser zuweilen als «sachliche Dringlichkeit»¹⁰⁷⁸ zusammengefasste Aspekt impliziert einerseits, dass keine milderen – insbesondere gesetzliche Mittel – zur Verfügung stehen, dass die Massnahmen also im Sinne des Subsidiaritätsprinzips erforderlich bzw. *ultima ratio* sind.¹⁰⁷⁹ Andererseits umfasst die Voraussetzung gemäss Teilen der Doktrin eine Schranke im Sinne einer *Mittel-Zweck-Relation*. Anders gewendet: Es können nicht beliebige Massnahmen nach Art. 184 Abs. 3 BV zur Wahrung beliebiger Landesinteressen eingesetzt werden, sondern diese müssen in einem adäquaten bzw. zumutbaren Verhältnis zueinander stehen. Zu weit dürfte es gehen, stets¹⁰⁸⁰ Umstände vorauszusetzen, welche die Intensität eines Polizeinotstandes erreichen (vgl. unten § 5.III.A., 5.d in fine).¹⁰⁸¹

Erforderlichkeit der Ergreifung von Interessenwahrungsrecht (Subsidiarität und Dringlichkeit)

Aus dem Wortlaut von Art. 184 Abs. 3 BV¹⁰⁸² bzw. der Voraussetzung der Notwendigkeit folgt auch, dass – soweit sachlich und zeitlich möglich – der Weg der ordentlichen Gesetzgebung vorgeht.¹⁰⁸³ Art. 184 Abs. 3 BV kann nur in dringenden Fällen zur Anwendung gelangen. Dass in BV 184 Abs. 3 die sachliche und die zeitliche Dringlichkeit nicht explizit angesprochen werden,¹⁰⁸⁴ ändert daran nichts. TRÜMLER hat zu Recht darauf hingewiesen, dass dieses Kriterium der *Dringlichkeit* aus der Normierung selbst folgt und dem Sinn und Zweck der Bestimmung entspricht.¹⁰⁸⁵

In älteren Entscheidungen wurde die Voraussetzung der Dringlichkeit noch ausdrücklich erwähnt: «Cette disposition suppose donc que la mesure prise vise à sauvegarder les intérêts du pays dans les relations avec l'étranger, qu'elle soit nécessaire et *urgente* et que sa durée soit limitée dans le temps».¹⁰⁸⁶ Der Bundesrat hielt ausdrücklich fest: «Vom Erlass von Verordnungen oder Verfügungen direkt gestützt auf die Artikel 184 Absatz 3 oder 185

1077 Vgl. BGE 141 I 20, E. 5.2; statt vieler: TRÜMLER, *Notrecht*, N 248; BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N 31.

1078 Vgl. TRÜMLER, *Notrecht*, N 249 m.Hinw. auf die Rechtsprechung Doktrin, insb. Fn 641.

1079 S.a. die Erfordernisse der Unmöglichkeit, Sinnlosigkeit der Rechtshilfsweges in der älteren Bewilligungspraxis, VPB 1997 Nr. 82, E. III.4.

1080 So TRÜMLER, *Notrecht*, N 249.

1081 Auch gemäss BR, Bericht E ZSSG 2013, 10, wird nur im Zusammenhang mit Art. 185 Abs. 3 BV eine imminente oder akute Gefährdung vorausgesetzt.

1082 Vgl. Art. 184 Abs. 3 BV 1. Teilsatz: «Wenn die Wahrung der Interessen des Landes es *erfordert* [...]», Herv.d.V.

1083 Dass in BV 184 Abs. 3 die Dringlichkeit nicht explizit angesprochen wird (vgl. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 184 N 12), ändert daran nichts.

1084 So BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 184 N 12.

1085 TRÜMLER, *Notrecht*, N 252 m.Hinw.

1086 So BGE 132 I 229 E. 10.1, Herv.d.V.; s.a. BGE 123 IV 29 E. 3a: «Die darin enthaltenen Anordnungen müssen notwendig, zeitlich dringlich, durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt und verhältnismässig sein. Sie dürfen nicht im Widerspruch zu Erlassen der Bundesversammlung stehen, und sie müssen die Grundsätze der Rechtsgleichheit und von Treu und Glauben etc. respektieren. Sie müssen grundsätzlich zeitlich befristet sein, und bei Andauern der regelungsbedürftigen Situation ist eine ausreichende Grundlage in einem formellen Gesetz zu schaffen [...]»; ferner BGE 122 IV 262 E. 2a.

Absatz 3 BV ist abzusehen, wenn immer der ordentliche Gesetzgebungsweg – allenfalls auch verbunden mit einer Dringlicherklärung gemäss Artikel 165 BV – beschritten werden kann. Dieser Weg ist insbesondere dann nicht möglich, wenn es sich um eine Situation handelt, die sich aufgrund ihres singulären Charakters der rechtsetzenden Regelung überhaupt entzieht oder die der ordentliche Gesetzgeber nicht erwarten konnte oder zumindest nicht erwartet hat, die jedoch ein sehr rasches Tätigwerden des Staates erfordert». ¹⁰⁸⁷ Auch das Parlament hat mehrfach betont, dass entsprechende Massnahmen unter Umgehung des Parlaments nur zulässig sind, wenn sie «zeitlich dringlich» sind ¹⁰⁸⁸ und auf einer zurückhaltenden Praxis insistiert. ¹⁰⁸⁹

KÜNZLI bezeichnet es zu Recht als «unbestritten, dass sich der Bundesrat einzig bei *zeitlicher Dringlichkeit* auf Art. 184 Abs. 3 BV stützen darf, d.h., wenn für die geforderte Handlung weder eine formell-gesetzliche Grundlage besteht noch die Zeit reicht, eine solche im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren zu schaffen». ¹⁰⁹⁰ Ähnlich äusserte sich auch GÄCHTER, wenn er die Anwendung von Art. 184 Abs. 3 BV erst als zulässig erachtet, «wenn nachgewiesen werden kann, dass die Wahl eines normhierarchisch höheren und im Erlassverfahren damit qualifizierteren Rechtsetzungsakts nicht zum Ziel führen würde». ¹⁰⁹¹ Auch MADER setzt eine Situation voraus, auf die der Gesetzgeber «nicht oder nicht rechtzeitig auf dem Weg der ordentlichen Gesetzgebung (allenfalls auch verbunden mit einer Dringlicherklärung) reagieren kann». ¹⁰⁹² Dringlichkeit dürfte sich typischerweise aus der zu langen Dauer eines ordentlichen oder dringlichen Gesetzgebungsprozesses ergeben, kann sich aber auch aus sachlichen Gründen ergeben, etwa mangels Beschlussfähigkeit des Parlamentes. Vor diesem Hintergrund erscheint die in der Lehre zur Bezeichnung der Schranken der Gesetzgebung verwendeten Bezeichnung einer «zeitliche Dringlichkeit» nicht vollumfänglich zutreffend, weshalb darauf verzichtet werden kann. Zusammenfassend ergeben sich folgende Leitlinien: Bestehen *Rechtssetzungsverfahren* der Legislative, so gehen diese Instrumente grundsätzlich vor. Solche stellen insbesondere die ordentliche Gesetzgebung (Art. 164 BV), subsidiär die dringliche Gesetzgebung (Art. 165 BV) und ggf. auch das parlamentarische Notrecht dar (Art. 173 Abs. 1 lit. c). ¹⁰⁹³ Auch der Abschluss genehmigungspflichtiger völkerrechtliche Verträge gemäss Art. 166 Abs. 2 BV geht dem Interessenwahrungsrecht vor. Nur wo diese Instrumente nicht in nützlicher Frist ergriffen werden können, insb. ¹⁰⁹⁴ aus zeitlichen Gründen, ist insoweit das Kriterium der Notwendigkeit i.S.v. Art. 184 Abs. 3 BV erfüllt.

In *singuläre Konstellation* erscheint demgegenüber der Erlass generell-abstrakter Normen ausgeschlossen oder nicht opportun. Das Verfassungsrecht kennt für den Erlass wichtiger

1087 BR, Stellungnahme, 17.6.2009, BBl 2009 5067, Herv.d.V.

1088 SK-NR, Bericht ausserordentliche Lagen 2010, BBl 2010 1563 1573, 1578, 1585.

1089 SK-NR, Bericht ausserordentliche Lagen 2010, BBl 2010 1563 1568; GPDel-NR/SR, Bericht, 19.1.2009, BBl 2009 5061.

1090 BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N 31, Herv.i.O.; s.a. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 184 N 12.

1091 GÄCHTER, Demokratie und Dringlichkeit, 90; ähnlich TSCHANNEN, Staatsrecht, § 46 N 30.

1092 MADER, Krisenzeiten, 110.

1093 Auch der Abschluss genehmigungspflichtiger völkerrechtliche Verträge gemäss Art. 166 Abs. 2 BV muss vorgehen.

1094 Zeitliche Gründe sind indes nicht das einzige Kriterium: Auch die sachliche Unmöglichkeit (z.B. fehlende Beschlussfähigkeit zufolge Pandemie) kann Dringlichkeit bundesrätlichen Handelns begründen.

Einzelakte das Instrument des Bundesbeschlusses (Art. 163 Abs. 2 BV).¹⁰⁹⁵ Im Rahmen der Beratung der neuen BV wurde ausdrücklich vorgebracht, solche Bundesbeschlüsse seien im Vergleich zu Verordnungen der Exekutive als Erlassform mit «erhöhter» parlamentarischer Legitimation notwendig.¹⁰⁹⁶ Mit Blick auf die übergeordnete Stellung der Bundesversammlung (s.a. Art. 148 Abs. 1 BV) sowie den Grundsatz der Gewaltenteilung erscheint in diesen Konstellationen daher grundsätzlich das Instrument des einfachen Bundesbeschlusses angemessen. Allerdings ergeben sich erhebliche Zweifel hinsichtlich der Praktikabilität, würde doch die damit verbundene Aufgabe der 246 Parlamentsmitglieder durchwegs denjenigen eines Zwangsmassnahmengerichts – etwa in einem Entsiegelungsverfahren – ähneln. Ein Rückgriff auf Art. 184 Abs. 3 BV dürfte daher in diesen Konstellationen – wenngleich nicht unproblematisch – in der Praxis als zulässig erachtet werden. Unzulässig erscheint es, «opportunistische Einzelentscheide» unter dem Titel der Singularität zu ergreifen.¹⁰⁹⁷

Wiederholen sich als singulär bezeichnete Konstellation, ohne dass ein Gesetzgebungsverfahren in die Wege geleitet wird, erscheint demgegenüber eine Berufung auf das Interessenwahrungsrecht i.d.R. als rechtsmissbräuchlich (Art. 5 Abs. 3, Art. 9 BV). Es ist an dieser Stelle daran zu erinnern, dass das Legalitätsprinzip im Zusammenhang mit der Verletzung des Grundsatzes der Gewaltentrennung oder eines speziellen Grundrechts, dem Abgaberecht und dem Strafrecht als selbständiges verfassungsmässiges Recht geltend gemacht werden kann.¹⁰⁹⁸

Ausnahmecharakter und Verhältnis zur legislativen Rechtsetzung

In der Doktrin¹⁰⁹⁹ und Praxis wird der Ausnahmecharakter von Art. 184 Abs. 3 BV – zu Recht – immer wieder betont. Gemäss TRÜMLER bezwecke die Norm, dem Bundesrat rasches Handeln in Bezug auf ausserordentliche Situationen in aussenpolitischen Angelegenheiten zu ermöglichen.¹¹⁰⁰ Verschiedene Lehrmeinungen rücken die Bestimmung gar in die Nähe der Polizeigeneralklausel.¹¹⁰¹ Auch die Exekutive und Parlament haben mehrfach betont, dass die Kompetenzen in Art. 184 Abs. 3 BV (sowie diejenigen in Art. 185 Abs. 3 BV) Ausnahmecharakter haben. Der Bundesrat selbst hat erklärt, dass es sich dabei um eine «Ausnahmeregelung» handle,¹¹⁰² das Instrument gelange nur in «ausserordentlichen Lagen»¹¹⁰³ zu Anwendung. Ähnlich hat sich auch die Legislative geäussert.¹¹⁰⁴ Das muss auch für Kooperationsbewilligungen gelten. Diese tangieren regelmässig Bereiche, die gemäss Art. 164 BV in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind. Dabei han-

1095 Vgl. SGK BV-TSCHANNEN, Art. 163 N 3.

1096 Vgl. SGK BV-TSCHANNEN, Art. 163 N 3 m.Hinw.

1097 Vgl. bereits der warnende Einwand von HOFSTETTER, Aussenpolitik, 16.

1098 Vgl. z.B. BGE 123 I 1, E. 2b m.Hinw.

1099 Etwa bei TRÜMLER, Notrecht, N 254 f. im Rahmen einer teleologischen Normauslegung; ferner SGK BV-THÜRER/TSCHAN-TRUONG/SCHWENDIMANN, Art. 184 N 26 m.Hinw.

1100 Vgl. TRÜMLER, Notrecht, N 254 m.Hinw.

1101 TRÜMLER, Notrecht, N 154 m.Hinw.; BIAGGINI, ZBl 2010, 30; KLEY/SEFEROVIC, Polizeigeneralklausel, 50 («ausserpolitische Generalklausel»); s.a. GÄCHTER, selbständiges Verordnungsrecht, 242 f.

1102 BR, Stellungnahme, 17.6.2009, BBl 2009 5066 f.

1103 SK-NR, Bericht ausserordentliche Lagen 2010, BBl 2010 1563 1568.

1104 SK-NR, Bericht ausserordentliche Lagen 2010, BBl 2010 1563 1568; GPDel-NR/SR, Bericht, 19.1.2009, BBl 2009 5061.

delt es sich um eine zwingende Vorgabe auf Bundesebene.¹¹⁰⁵ Selbstverständlich ist ihre Umsetzung nur möglich, wo ein vorhersehbares Phänomen betroffen ist. TRÜMLER hat zu Recht darauf hingewiesen, dass in vielen Bereichen die jeweiligen Notrechtspraxen zum Erlass ordentlicher Gesetze geführt hätten, «welche die Berufung auf Notrecht in diesen Belangen heute (beinahe) obsolet machen».¹¹⁰⁶ Nicht anders gestaltet sich die Ausgangslage bei den Kooperationsbewilligungen: Auch in diesem Bereich liegt eine Vorhersehbarkeit unzweifelhaft vor, insbesondere mit Blick auf die extraterritorialen Folgen fremder Rechtsordnungen (insbesondere des Common Law) und einer in den letzten Jahrzehnten verstärkten Amtshilfetätigkeit.¹¹⁰⁷ Im Bericht zum EZSSG wurde in diesem Zusammenhang explizit festgehalten: «Es fällt auf, dass die verschiedenen Formen von Souveränitätsverletzungen zurzeit vor allem auf den extraterritorialen Folgen der Rechtsordnungen oder Massnahmen ausländischer Staaten gründen. Dafür gibt es einige aktuelle Beispiele, und zum heutigen Zeitpunkt lassen sich solche Souveränitätsverletzungen nicht mehr als ausserordentliches oder unvorhersehbares Phänomen bezeichnen. Es ist vielmehr absehbar, dass sich das Phänomen noch verstärkt. Dementsprechend ist es gerechtfertigt, hier Recht zu setzen [...]».¹¹⁰⁸

Besteht in diesem Bereich ein grundsätzlicher Kooperationswille der Schweiz, so reicht es nicht (mehr) aus, dass «bei Gelegenheit» sukzessive die notwendigen gesetzlichen Grundlagen nachträglich geschaffen werden».¹¹⁰⁹ Vielmehr sind die nötigen Rechtsgrundlagen *umgehend* zu schaffen und gesetzliche Lücken zu füllen.¹¹¹⁰ Unterlässt der Gesetzgeber dies, erscheint ein Abstellen auf Art. 184 Abs. 3 BV mit dem Legalitätsprinzip (Art. 5 BV) und der Regelung der Erlassform (Art. 164 BV) kaum vereinbar; der Verweis auf die vorausgesetzte Dringlichkeit erscheint dann als rechtsmissbräuchlich. Die demokratische Legitimation dieser Massnahmen ist nicht ausreichend gewährleistet und ein Verzicht auf Gesetzgebung lässt sich nicht rechtfertigen.¹¹¹¹ Selbst in unvorhersehbaren, dringenden Fällen sollte mit Blick auf die übergeordnete Stellung der Bundesversammlung (s.a. Art. 148 Abs. 1 BV) sowie auf das Subsidiaritätsprinzip soweit praktikabel ein dringliches Bundesgesetz gemäss Art. 165 BV bzw. ein dringlicher Bundesbeschluss (Art. 173 Abs. 1 lit. c BV) dem bundesrätlichen Interessenwahrungs- bzw. Notrecht vorgezogen werden.¹¹¹²

1105 Statt vieler: SGK BV-TSCHANNEN, Art. 164 N 4, 37 m.Hinw.

1106 TRÜMLER, Notrecht, N 274.

1107 Vgl. KUSTER, Souveränitätsschutzgesetz, passim; WYSS, Gesetzgebungsbedarf, passim, insb. 235; BJ, Bericht Zusammenarbeit 2011, 50 f.; BR, Bericht E ZSSG 2013, 43.

1108 BR, Bericht E ZSSG 2013, 43.

1109 So noch im Jahr 1990 HOFSTETTER, Aussenpolitik, 17 m.Hinw. auf ZIMMERLI, recht 1984, 76.

1110 S.a. TRÜMLER, Notrecht, N 496, postuliert in diesem Sinne zu Recht eine «Pflicht zur Lückenfüllung».

1111 S.a. BR, Botschaft SRVG 2014, BBl 2014 5265, 5266; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 184 N 13c.

1112 Zum Verhältnis von Art. 165 BV zum Notverordnungs- und Notbeschlussfassungsrecht der Bundesversammlung nach Art. 173 Abs. 1 lit. c BV vgl. TRÜMLER, Notrecht, N 202 ff. TRÜMLER weist zu Recht darauf hin, dass die notrechtliches Handlungsinstrumente in Art. 173 Abs. 1 lit. c BV nicht schneller und wirkungsvoller sind als ein dringlich erklärtes Gesetz, weshalb das Anwendungskriterium der Subsidiarität im Rahmen von Art. 173 Abs. 1 lit. c BV kaum je erfüllt sei, N 218.

Zur Voraussetzung der fehlenden Vorhersehbarkeit

In der Doktrin wurde zuweilen – ähnlich wie im Rahmen der Polizeigeneralklausel – postuliert, dass ein Rückgriff auf Art. 184 Abs. 3 BV nur im Rahmen von singulären und nicht vorhersehbaren Situationen zulässig ist. So hielt MADER fest: «[...] wir müssen es mit einer Situation zu tun haben, die singulär ist, die der ordentliche Gesetzgeber nicht erwartet hat oder vielleicht gar nicht erwarten konnte und auf die er nicht oder nicht rechtzeitig auf dem Weg der ordentlichen Gesetzgebung (allenfalls auch verbunden mit einer Dringlicherklärung) reagieren kann».¹¹¹³ Mit Blick auf die Rechtsprechung zur Polizeigeneralklausel¹¹¹⁴ dürfte die fehlende Vorhersehbarkeit auch bei Art. 184 Abs. 3 BV nicht mehr als strikte Anwendungsvoraussetzung gelten. Bleibt der Gesetzgeber trotz Kenntnis eines Gesetzgebungsbedarfs untätig, so sollte aber eine geringe Gewichtung der Problematik und die Motive der Legislative nicht nur im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigt werden;¹¹¹⁵ vielmehr kann nach hier vertretener Ansicht eine Berufung auf das Interessenwahrungsrecht in derartigen Konstellationen rechtsmissbräuchlich sein (Art. 5 Abs. 3, Art. 9 BV).

Zur Voraussetzung eines Polizeinotstandes

Ebenfalls unter dem Titel der Notwendigkeit wird in der Doktrin, namentlich von TRÜMLER, postuliert, dass das vorausgesetzte Mass einer zeitlichen und sachlichen Dringlichkeit nur durch Umstände bewirkt werde, die die Intensität eines Polizeinotstandes erreichen.¹¹¹⁶ Das bedeute, dass eine imminente Gefahr für aussenpolitische bzw. polizeiliche Schutzgüter vorliegen müsse und es an Handlungsalternativen fehle.¹¹¹⁷ Ähnlich argumentiert GÄCHTER, soweit bundesrätliche Verordnungen gemäss Art. 184 Abs. 3 BV Grundrechte einschränken.¹¹¹⁸

Nach hier vertretener Ansicht folgende diese Voraussetzung nicht aus Art. 184 Abs. 3 BV, sondern aus den grundrechtsspezifischen Schranken der Polizeigeneralklausel. Sie sind deshalb separat zur Anwendung zu bringen, soweit in schwerwiegender Weise in Grundrechte eingegriffen wird (vgl. ausführlich unten § 5.III.A.5.).

Kognition des Bundesgerichts

Die Frage, ob eine Massnahme zur Wahrung der schweizerischen Interessen in ihren Beziehungen zum Ausland «erforderlich» ist, prüft das Bundesgericht als Rechtsfrage frei; die Regierung verfüge aber angesichts der politischen Implikationen über einen erheblichen Ermessensspielraum, so dass sich das Bundesgericht auch hier grosse Zurückhaltung auferlegt.¹¹¹⁹ Darüber hinaus prüft das Bundesgericht die Zweckmässigkeit der Massnahme nicht.¹¹²⁰

¹¹¹³ MADER, Krisenzeiten, 110.

¹¹¹⁴ Vgl. oben Teil I, § 3.II.A.5.

¹¹¹⁵ Ähnlich BGE 137 II 431, E. 3.3.2; s.a. BGer, 30.11.2009, 2C_166/2009, E. 2.3.2.1.

¹¹¹⁶ TRÜMLER, Notrecht, N 249.

¹¹¹⁷ TRÜMLER, Notrecht, N 249.

¹¹¹⁸ GÄCHTER, selbständiges Verordnungsrecht, 241 ff.; GÄCHTER, Demokratie und Dringlichkeit, 97 f.

¹¹¹⁹ BGE 141 I 20, E. 5.2; BGE 132 I 229, E. 10.

¹¹²⁰ BGE 141 I 20, E. 5.2 m.Hinw.

c) Befristung

Sämtliche Kooperationsbewilligungen sind im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips zu befristen, sofern sie dauerhafte Wirkung erzeugen. Kooperationsbewilligungen in Form einer Verordnung sind ohnehin zwingend zu befristen (Art. 184 Abs. 3 2. Satz BV; s.a. Art. 7c Abs. 2 und 3 RVOG).¹¹²¹

Ganz allgemein sollten Kooperationsbewilligungen mit dauerhafter Wirkung umgehend in ein Gesetz bzw. ein dringliches Bundesgesetz überführt werden bzw. eine hinreichende formell-gesetzliche Grundlage geschaffen werden.¹¹²² Unabhängig einer Befristung ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den Anwendungsvoraussetzungen um Dauervoraussetzungen handelt, die in jedem Zeitpunkt der Massnahmenumsetzung erfüllt sein müssen.¹¹²³

d) Verbot von Massnahmen contra legem

Im Sinne einer vierten und letzten¹¹²⁴ Voraussetzung bzw. Schranke hält das Bundesgericht explizit fest, dass Massnahmen nach Art. 184 Abs. 3 BV «par définition» Massnahmen preter legem seien, also an die Stelle eines Gesetzes im formellen Sinn treten und/oder ein solches ergänzen.¹¹²⁵ Hingegen dürften die Massnahmen «en principe» nicht contra legem erlassen werden, das heisst, sie dürfen nicht im Widerspruch zum Bundesrecht, insbesondere geltenden Bundesgesetzen, stehen.¹¹²⁶ Als besonders problematisch gelten deshalb etwa Kooperationsbewilligungen im Bereich der verschlossenen Rechtshilfe¹¹²⁷ bzw. die Umgehung des Amts- bzw. Rechtshilfeweges an sich.¹¹²⁸ Das Verbot von Massnahmen contra legem bereitet indes in verschiedener Hinsicht (Abgrenzungs-) Schwierigkeiten:

Die Frage, ob ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers oder eine Lücke im Recht vorliegt, kann in einem Anwendungsfall kaum je eindeutig und schon gar nicht rechtzeitig beantwortet werden.¹¹²⁹ Gerade aufgrund der Abgrenzungsproblematik von Amts- und Rechtshilfe ist die die zwingende bzw. ausschliessliche Anwendbarkeit eines bestehenden rechtlichen Regelwerkes nicht in sämtlichen Bereichen der internationalen Kooperation abschliessend geklärt. Wichtiger noch dürfte sein, dass in einer ausserordentlichen Situation mit Verweis auf das Subsidiaritätsprinzip stets argumentiert werden kann, die Massnahme fülle nur eine Gesetzeslücke oder ergänze ein geltendes Gesetz, erfolge also nur preter legem.¹¹³⁰ Das Subsidiaritätsprinzip impliziert begriffsnotwendig, dass ausser-

1121 Vgl. Art. 184 Abs. 3 2. Satz BV; Art. 7c Abs. 2 und 3 RVOG.

1122 Ein Vorgehen wie im Fall der Musterverfügungen, die z.T. auf dem Wege der Verlängerung während mehreren Jahren Bestand hatten (vgl. BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016), erscheint daher allein schon unter dem Titel der Befristung als unhaltbar.

1123 Vgl. TRÜMLER, Notrecht, N 261.

1124 Das Bundesgericht geht explizit nur von diesen vier Voraussetzungen aus, vgl. die Formulierung: «En quatrième et dernier lieu [...]», BGE 141 I 20, E. 5.4.

1125 BGE 141 I 20, E. 5.4.

1126 BGE 141 I 20, E. 5.4.

1127 Vgl. bereits VPB 1985 Nr. 16, E. II.4.

1128 MC GOUGH, Art. 271 StGB, N 400 ff.

1129 S.a. TRÜMLER, Notrecht, N 28.

1130 Vgl. bereits HUSMANN, Wistra, 92 f. m.Hinw.

ordentlicher Handlungsbedarf besteht, ein ordentliches gesetzliches Instrument aber fehlt.¹¹³¹ Selbst eine als abschliessend bezeichnete Regelung einer Materie kann in der Not – je nach Interpretation – als unvollständig dargestellt werden.¹¹³²

Das Verbot von Massnahmen contra legem dürfte somit vielmehr bezwecken, offensichtlich dem bekundeten Willen des Gesetzgebers widersprechende Massnahmen zu untersagen. Was die Haltung des Gesetzgebers zu einer Massnahme im Zeitpunkt des Erlasses ist, kann indes weder als bekannt gelten, noch suggeriert werden, zumal sich diese Meinung – gerade in ausserordentlichen Situationen – wandeln kann. TRÜMLER weist zu Recht darauf hin, dass auch ein erheblicher Teil der Lehre anerkennt, dass das bundesrätliche Interessenwahrungsverordnungen einem vorhandenen, aber als ungenügend betrachteten formellen Gesetz widersprechen kann.¹¹³³

In der Praxis wurden denn immer wieder Massnahmen erlassen, die im Widerspruch zu geltenden Gesetzesbestimmungen standen, so etwa im Fall UBS,¹¹³⁴ im Fall Puschkin¹¹³⁵ und zuletzt – allerdings gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV – im Rahmen der Corona-Massnahmen.¹¹³⁶ Das Bundesgericht hat dies – soweit ersichtlich – nie beanstandet.¹¹³⁷ Insofern erscheint im Rahmen von Kooperationsbewilligungen ein Abweichen von Gesetzesbestimmungen, inkl. der Amts- und Rechtshilfebestimmungen oder strafbewehrten Geheimnisschutztatbeständen, nicht a priori ausgeschlossen.

Im Ergebnis erweist sich die Abgrenzung zwischen contra und preter legem weitgehend als Leerformel bzw. als ein normatives Konstrukt: Das Verbot von Massnahmen contra legem ist am ehesten als eine Aufforderung zur Zurückhaltung zu verstehen, das eine offensichtliche Umgehung des bekundeten gesetzgeberischen Willens und konsolidierter Erwartungshaltungen verhindern soll.¹¹³⁸

1131 Ähnlich: TRÜMLER, Notrecht, N 316 ff., insb. 320; krit. auch MADER, Krisenzeiten, 109 f.; differenzierend zwischen Notverordnung und Notverfügungen, LEHNER, Notverordnungsrecht, 107 f.

1132 Zur Abgrenzungsproblematik s.a. statt vieler TRÜMLER, Notrecht, N 316 ff.; MADER, Krisenzeiten, 109 f.

1133 TRÜMLER, Notrecht, N 321 m.Hinw. auf TSCHANNEN, Staatsrecht § 46 N 26; MADER, Krisenzeiten, 110; BSK BV-SAXER, Art. 185 N 42; HANGARTNER/KLEY, demokratische Rechte, N 979, 1231.

1134 In BGE 137 II 431, E. 2.2.4, wird bspw. implizit zugegeben, dass mittels konstitutionellen Notrechts, «der vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollte richterliche Schutz unterlaufen und die Kompetenzen der zuständigen Rechtshilfe- oder Steuerbehörden [...]» umgangen werden. Die Massnahmen müssen insofern nur «allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts» Rechnung tragen, E. 3.3.1.

1135 S.a. die Kritik der bundesrätlichen Verfügung vom 16.11.2005 zur Freigabe von in einem SchKG-Verfahren blockierten Bilder des Moskauer Puschkin-Museums (vgl. Pressemitteilung vom 16.11.2005: «Sammlung Puschkin: Bundesrat hebt Beschlagnahmung der Kulturgüter auf»); BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 184 BV N 13; PETER, BLSchK 2006, 66; ODENDAHL, AJP 2006, 1175 ff.

1136 Vgl. dazu BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, AJP 2020, 695 ff.

1137 S.a. BGE 137 II 431, E. 2.3, 3.2.3.

1138 Ähnlich TRÜMLER, Notrecht, N 321: «Machthandlungen».

e) Verhältnismässigkeit

Wie alles staatliche Handeln muss auch die Kooperationsbewilligung verhältnismässig sein (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV). Diese Voraussetzung ist durch die Exekutive stets zu prüfen, unabhängig davon, ob in Grundrechte eingegriffen wird.¹¹³⁹

2. Weitere in der Doktrin und Verwaltung genannte Voraussetzungen

In der Doktrin werden im spezifischen Kontext der Bewilligungen nach Art. 271 StGB¹¹⁴⁰ weitere Kriterien genannt. Ein erstes ist das Kriterium des *Vorliegens triftiger Gründe*.¹¹⁴¹ Das Kriterium entstammt dem oben erwähnten Aufsatz von MARKEES¹¹⁴², darin hat dieser festgehalten: «Nach der Praxis der eidgenössischen Behörden können vielmehr solche Bewilligungen erteilt werden, wenn triftige Gründe dafür gegeben sind, insbesondere etwa dann, wenn es sich um die Aufnahme eines für den Prozessausgang wichtigen Beweises handelt, der auf dem Wege der Rechtshilfe überhaupt nicht oder nur mit unverhältnismässigen Schwierigkeiten und Umtrieben in einer für das entscheidende Gericht gültigen Form beigebracht werden könnte». ¹¹⁴³ Namentlich erwähnt wird das Beispiel eines Augenscheins.¹¹⁴⁴ Nach hier vertretener Ansicht ist dieses Kriterium in den bereits genannten (insb. dem Subsidiaritätsprinzip sowie das Erfordernis einer Interessenabwägung im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips) bereits mitenthalten, weshalb auf eine separate Prüfung verzichtet werden kann.

Ebenfalls erwähnt die Doktrin – unter Bezugnahme auf Materialien der Bundesverwaltung – das Kriterium der *Interessenabwägung*, dabei sei «zwischen dem Interesse an der Wahrung der schweizerischen Gebietshoheit und Souveränität einerseits und dem Interesse des Gesuchstellers an der Kooperation mit der ausländischen Behörde andererseits» abzuwägen.¹¹⁴⁵ Nach hier vertretener Ansicht ist das Kriterium in dieser Form im Rahmen von Art. 184 Abs. 3 BV nicht einschlägig: Richtigerweise können Kooperationsbewilligungen gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV ausschliesslich zur «Wahrung der Interessen des Landes» erteilt werden. Eingriffe in die Gebietshoheit und Souveränität können nicht durch ein irgendwie geartetes Interesse des gesuchstellenden Rechtssubjekts gerechtfertigt sein, sondern ausschliesslich durch die Wahrung von Landesinteressen. Ein solches Landesinteresse an Erteilung einer Kooperationsbewilligung kann sich aber indirekt ergeben, etwa aus dem Vorwurf mangelnder Kooperationsbereitschaft bzw. -fähigkeit sowie einem daraus resultierenden Reputationsschaden der Schweiz oder aus der besonderen Bedeutung des gesuchstellenden Rechtssubjektes bzw. der Kooperationshandlung für die Schweiz, etwa in politischer oder wirtschaftlicher Hinsicht.¹¹⁴⁶ Diese Interessen sind indes

1139 Demgegenüber prüfte das Bundesgericht die Verhältnismässigkeit in BGE 141 I 20 nur im Rahmen der Grundrechte, vgl. E. 6.

1140 D.h. ohne Bezugnahme auf oder Orientierung an Art. 184 Abs. 3 BV.

1141 MC GOUGH, Art. 271 StGB, N 404 m.Hinw. auf HONEGGER, Offenlegungspflichten, 137; HONEGGER/KOLB, ASA 2009, 817; HUSMANN, coopération, 468 f.

1142 Vgl. oben § 3.III.D.2.

1143 MARKEES, ZBGR 1969, 97 ff.; gemäss Redaktionshinweis gab der Aufsatz die Auffassung der Bundesanwaltschaft zur Auslegung von Art. 271 StGB wieder, vgl. 97.

1144 MARKEES, ZBGR 1969, 102 Fn 10.

1145 So MC GOUGH, Art. 271 StGB, N 405.

1146 Vgl. etwa die Bewertung der Systemrelevanz einer Bank für die Schweiz in BGE 137 II 431.

im Rahmen der allgemeinen Voraussetzungen (insbesondere Wahrung der Interessen des Landes; Verhältnismässigkeitsgrundsatz) zu prüfen.

Schliesslich findet sich in der Doktrin und Verwaltung die Schranke, dass *Bewilligungen nur an Einzelpersonen* erteilt werden dürfen.¹¹⁴⁷ Diese Einschränkung geht zurück auf die kritische Aufarbeitung der Bewilligungspraxis im Rahmen des QIA.¹¹⁴⁸ Diese Schranke vermischt die Frage der Notwendigkeit der Massnahme mit derjenigen der Form der Massnahme. Unbestritten ist zwar, dass sich eine generell-abstrakte Lösung a fortiori bei einem unbestimmten Adressatenkreis aufdrängt, und diese – wo immer möglich – in einem Gesetz umzusetzen ist. Daraus zu schliessen, dass generell-abstrakte Kooperationsbewilligungen ausgeschlossen wären, geht aber in Fällen von Dringlichkeit fehl. Richtig ist, dass in Konstellationen, wo verfassungsunmittelbare Massnahmen eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle betreffen, statt der Verfügungsform ggf. die Form der Interessenwahrungsverordnung einschlägig ist. Dabei ist nach hier vertretener Ansicht Art. 7c RVOG zu berücksichtigen.¹¹⁴⁹

3. Ausgewählte weitere Aspekte

a) Grund- und Menschenrechte

Tangiert eine Kooperationsbewilligung Grundrechte, was typischerweise der Fall sein dürfte,¹¹⁵⁰ so gelten die Voraussetzungen zur Einschränkung von Grundrechten gemäss Art. 36 BV (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse/Schutz von Grundrechten Dritter, Verhältnismässigkeitsprinzip, Schutz des Kerngehalts) selbstverständlich auch im Rahmen von Art. 184 Abs. 3 BV.¹¹⁵¹ Ähnliches gilt für die menschenrechtlichen Garantien (insb. EMRK, UNO-Pakt II).

Allerdings vertritt das Bundesgericht die Ansicht, dass Art. 184 Abs. 3 BV für sich alleine eine ausreichende *Gesetzesgrundlage* (i.S.v. Art. 36 Abs. 1 BV) zur Einschränkung der Grundrechte Einzelner bilden soll. Gemäss Bundesgericht sind also die Voraussetzungen der Polizeigeneralklausel (Art. 36 Abs. 1 2. Satz BV) – die normalerweise bei fehlender gesetzlicher Grundlage zur Anwendung gelangen – nicht kumulativ zu prüfen.¹¹⁵² Diese Rechtsprechung erscheint aus verschiedenen Gründen problematisch: Art. 184 Abs. 3 BV bringt als Rechtsgrundlage gegenüber der Polizeigeneralklausel kaum einen positivierten Mehrwert, sieht man einmal davon ab, dass der Anwendungsbereich auf die Wahrung von Landesinteressen begrenzt wird. Demgegenüber hat die Praxis zur Polizeigeneralklausel die Einschränkung von Grundrechten ohne gesetzliche Grundlage (relativ) strengen Voraussetzungen unterstellt.¹¹⁵³ Eine Prüfung dieser Voraussetzungen findet im Rahmen von Art. 184 Abs. 3 BV (anders bei Art. 185 Abs. 3 BV¹¹⁵⁴) auch nicht vorverlagert statt.¹¹⁵⁵ Damit liegt im Bereich der Grundrechtseingriffe tatsächlich ein nicht nachvollziehbarer

1147 Mc GOUGH, Art. 271 StGB, N 397 ff.

1148 Vgl. oben § 3.III.D.7.

1149 Vgl. unten § 5.III.A.4.

1150 S. nur BVerwGer, 9.11.2016, A-1683/2016, E. 2.1.4 m.Hinw. auf Art. 6 und 8 EMRK sowie EGMR, 22.12.2015, Nr. 28601/11, G.S.B./Schweiz.

1151 BGE 141 I 20, E. 4.

1152 BGE 141 I 20, E. 4.2.

1153 Vgl. BGE 137 II 431.

1154 Vgl. z.B. BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N 31.

1155 Nur gerade TRÜMPLER gleicht auch Art. 184 Abs. 3 BV explizit an die Polizeigeneralklausel an, vgl. TRÜMPLER, Notrecht, N 245 ff. Dazu unten § 5.III.A.5.

Wertungswiderspruch vor.¹¹⁵⁶ Nach dieser hier vertretenen Ansicht regelt Art. 184 BV (und Art. 185 BV) primär eine spezifische verfassungsunmittelbare Kompetenz des Bundesrates (i.S. einer Organkompetenz), während das spezifische Problem grundrechtsrelevanten Verwaltungshandelns ohne Rechtsgrundlage demgegenüber in Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV geregelt ist.¹¹⁵⁷ Demnach sollte nach hier vertretener Ansicht jegliche Grundrechtseinschränkung ohne gesetzliche Grundlage einer separaten Prüfung der Kriterien der Polizeigeneralklausel unterzogen werden, auch im Kontext von Art. 184 Abs. 3 BV (zum Ganzen unten § 5.III.A.5.).¹¹⁵⁸

Betreffend die zweite Eingriffsschranke des *öffentlichen Interesses* oder den Schutz von Grundrechten Dritter (Art. 36 Abs. 2 BV) hat das Bundesgericht festgehalten, dass diese nicht mit dem Begriff der «Interessen des Landes» gleichgesetzt werden können.¹¹⁵⁹ Ebenso wenig könne die dritte Voraussetzung, das *Verhältnismässigkeitsprinzip*, mit der Anwendungsvoraussetzung der «Erforderlichkeit» in Art. 184 Abs. 3 BV gleichgesetzt werden.¹¹⁶⁰ Die beiden Begriffe aus Art. 184 Abs. 3 BV nannten lediglich die Bedingungen, unter denen der Bundesrat ausnahmsweise wie der Gesetzgeber gewisse Gesichtspunkte internationaler Beziehungen regeln kann; demgegenüber muss die Einhaltung von Art. 36 Abs. 2 und Abs. 3 BV «se déterminer en fonction des circonstances ainsi que de l'évolution de la situation individuelle des personnes concernées».¹¹⁶¹ Diese Voraussetzungen sind einer separaten Prüfung zu unterziehen.¹¹⁶² Die Interessen betroffener Privater, sowie insbesondere betroffener Dritter, sind in diesem Rahmen zu berücksichtigen.

b) Besondere spezialgesetzlich geregelte Schutzbestimmungen

Kooperationsbewilligungen tangieren – neben den Grund- und Menschenrechten – typischerweise auch weitere Schutzbestimmungen. Dies betrifft insbesondere Bestimmungen zum Geheimnisschutz (Art. 321, Art. 162, Art. 272–274 StGB; Art. 47 BankG; Art. 69 FINIG etc.), zum Datenschutz, zum Arbeitnehmerschutz und zum Persönlichkeitsschutz. Grundsätzlich erscheinen auch in diesem Bereich Kooperationsbewilligungen nicht ausgeschlossen, zumal Massnahmen gemäss Art. 184 Abs. 3 BV gesetzesvertretenden Charakter haben. Deshalb erscheint es konsistent, dass das Bundesgericht mehrfach solche Massnahmen, die im klaren Widerspruch zu derartigen Schutzbestimmungen standen, gutgeheissen hat.¹¹⁶³ Die spezialgesetzlichen Schutzbestimmungen beanspruchen aber selbstverständlich weiterhin Geltung, soweit sich die Kooperationsbewilligungen dazu nicht äussern.¹¹⁶⁴ Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, eine Kooperationsbewilligung explizit mit Auflagen und Bedingungen zu versehen, die auf die Geltung der spezialgesetzlichen Schutzbestimmungen verweisen.¹¹⁶⁵

1156 § 5.III.A.6.

1157 HUSMANN, Handlungsspielraum, 257; ähnlich BSK BV-SAXER, Art. 185 N 13.

1158 So bereits BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 95; HUSMANN, AJP 2014, 661 f.; zustimmend OSWALD, Amtshilfe, 220; TOFFOLI, Scambio, 467 f.; ähnlich BAZZI, Wirtschaftsspionage, N 468.

1159 BGE 141 I 20, E. 4.3.

1160 BGE 141 I 20, E. 4.3.

1161 BGE 141 I 20, E. 4.3.

1162 BGE 141 I 20, E. 4.3; BGE 132 I 229, E. 10, 11.

1163 Vgl. insb. die Herausgabe von UBS-Kundendaten (BGE 137 II 431).

1164 S.a. VPB 1997 Nr. 82, E. 6; EFD, Musterverfügung 2013, Dispositiv Ziff. 4.

1165 So im Fall der Musterverfügung, vgl. EFD, Wegleitung Musterverfügung 2013, Ziff. II.10.

4. Verhältnis zu Art. 7c–e RVOG

Art. 184 Abs. 3 BV wurde durch das Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen betreffend Verordnungen in Art. 7c RVOG und betreffend Verfügungen in Art. 7e RVOG ergänzt.¹¹⁶⁶ Das Bundesgesetz bezweckte u.a., im Rahmen der verfassungsunmittelbaren Kompetenzen des Bundesrates, eine geeignete Mitwirkung des Parlaments zu gewähren.

Betreffend Verfügungen sieht Art. 7e RVOG insbesondere vor, dass der Bundesrat das zuständige Organ der Bundesversammlung spätestens 24 Stunden nach seinem Beschluss über die Verfügung zu informieren hat. Betreffend Verordnungen verlangt Art. 7c Abs. 2 RVOG insbesondere eine angemessene Befristung mit einer maximalen Geltungsdauer von vier Jahren. Die Geltungsdauer kann einmal verlängert werden, in diesem Fall muss der Bundesversammlung zwingend ein Entwurf einer gesetzlichen Grundlage für den Inhalt der Verordnung unterbreitet werden, andernfalls tritt diese sechs Monate nach dem Inkrafttreten ihrer Verlängerung ausser Kraft (Abs. 3).

Soweit ersichtlich, wurden diese zwingenden Modalitäten im Rahmen der Bewilligungspraxis nicht berücksichtigt. Das erstaunt insofern nicht, als im Rahmen der älteren Praxis unter Art. 102 aBV die Art. 7c–e RVOG noch nicht in Kraft waren und im Rahmen der jüngeren Praxis die Verfügungen nicht auf die Grundlagen in der Verfassung, sondern auf Art. 271 StGB i.Vm. Art. 31 RVOV abgestützt wurden.

Es könnte vor diesem Hintergrund postuliert werden, die Art. 7c–e RVOG seien im Rahmen der Erteilung einer Kooperationsbewilligung nicht zu berücksichtigen. Dies erstens mit einer gewohnheitsrechtlichen Argumentation; zweitens mit dem Hinweis, der Gesetzgeber habe bei der Schaffung der Art. 7c–e RVOG die Kooperationsbewilligung nicht im Blick gehabt, sodass hier gewissermassen eine im RVOG nicht konkretisierte Massnahme *sui generis* vorliege. Andererseits sind die gesetzlichen Vorgaben in Art. 7c–e RVOG recht eindeutig formuliert und sehen keine Ausnahmen vor.¹¹⁶⁷ Es widerspräche der geltenden Dogmatik, wenn Art. 31 RVOV von diesen klaren Anforderungen ohne entsprechende Delegationsnorm abweichen würde. Vor allem aber erscheinen die in Art. 7c–e RVOG vorgesehenen Kautelen (insbesondere Informationspflichten gegenüber der Bundesversammlung, Befristung und ggf. Überführung in die ordentliche Gesetzgebung) auch im Zusammenhang mit Kooperationsbewilligungen sinnvoll und notwendig. Kooperationsbewilligungen tangieren regelmässig Bereiche, die der Gesetzgebung des Parlamentes (ordentliche Gesetzgebung gemäss Art. 164 BV; Gesetzgebung bei Dringlichkeit gemäss Art. 165 BV) unterliegen bzw. zugänglich wären oder zumindest seine Genehmigung voraussetzen (völkerrechtliche Verträge gemäss Art. 166 Abs. 2 BV). Die Informationspflicht schafft gegenüber der Bundesversammlung die nötige Transparenz, erlaubt dem Parlament Gesetzgebungs- bzw. Handlungsbedarf¹¹⁶⁸ zu erkennen und so eine dringend nötige legislatorische Kontrolle auszuüben. Gleiches gilt im Rahmen der Pflicht dauerhafte Kooperationsbewilligungen ins Gesetz zu überführen, wenngleich die

1166 S.a. SK-NR, Bericht ausserordentliche Lagen 2010, BBl 2010 1581 ff.

1167 S.a. zur Anwendbarkeit im Zusammenhang mit der Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen, Botschaft SRVG 2014, BBl 2014 5278 f.

1168 Selbst im Bereich der ausserordentlichen Situationen verfügt das Parlament über eine teilweise konkurrierende Kompetenz, vgl. Art. 173 Abs. 1 lit. c BV; s.a. SÄGESSER, Kommentar BV, N 956; PC CF-MAHON, Art. 184 N 20.

Frist von vier Jahren als massiv zu lange erscheint und sich unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten grundsätzlich eine umgehende Überführung aufdrängt.¹¹⁶⁹

5. Verhältnis von Art. 184 Abs. 3 BV zum Notrecht und zur Polizeigeneralklausel

a) Art. 185 Abs. 3 BV (exekutives Notrecht)

Ähnlich wie das Interessenwahrungsrecht in Art. 184 Abs. 3 BV erlaubt das Notrecht in Art. 185 Abs. 3 BV dem Bundesrat, verfassungsunmittelbare Verordnungen und Verfügung zu erlassen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen (exekutives Notrecht). Auch diese Kompetenz wird in Art. 7d und Art. 7e RVOG konkretisiert. Das Verhältnis der in Art. 184 BV genannten auswärtigen Angelegenheiten zur äusseren Sicherheit gemäss Art. 185 BV ist nicht vollständig geklärt.¹¹⁷⁰ In der Praxis handelt der Bundesrat oftmals gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV sowie Art. 185 Abs. 3 BV.¹¹⁷¹ Grundsätzlich gilt, dass Art. 184 BV spezifisch aussenpolitische Interessen verfolgt und in aussenpolitischen Notständen zur Anwendung gelangt, demgegenüber bei Art. 185 BV vorwiegend der binnenorientierte polizeirechtliche Aspekt im Vordergrund steht.¹¹⁷² Dabei soll im Rahmen von Art. 184 BV der politischen Einschätzung ein grösseres Gewicht zugemessen werden, weshalb Massnahmen nach Art. 184 Abs. 3 BV gemäss Rechtsprechung und einem Teil der Lehre unter erleichterten Voraussetzungen getroffen werden können.¹¹⁷³ Demgegenüber sieht das verfassungsunmittelbare Notrecht gemäss Art. 185 Abs. 3 BV strengere Anwendungsvoraussetzungen vor als das Interessenwahrungsrecht. Es gilt gemäss «beinahe einhelliger Lehrmeinung und Praxis» als Anwendungsfall der polizeilichen Generalklausel i.S.v. Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV¹¹⁷⁴ – allerdings mit einem «erweiterten sachlichen Geltungsbereich»¹¹⁷⁵ bzw. einem «weiteren Schutzbereich»¹¹⁷⁶. Gemäss KÜNZLI unterliegt das verfassungsunmittelbare Notrecht damit grundsätzlich denselben Voraussetzungen wie Art. 36 Abs. 1 BV.¹¹⁷⁷ Vorausgesetzt wird insbesondere eine hohe zeitliche Dringlichkeit («eingetretenen oder unmittelbar drohenden»), eine hohe sachliche Dringlichkeit («schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit»), die Subsidiarität der Massnahmen sowie deren Verhältnismässigkeit.¹¹⁷⁸

1169 S.a. Art. 7e betreffend Verordnungen zur Wahrung der inneren oder äusseren Sicherheit, wonach eine Notverordnung sechs Monate nach ihrem Inkrafttreten ausser Kraft tritt, wenn der Bundesrat bis dahin der Bundesversammlung keinen Gesetzes- oder Verordnungsentwurf unterbreitet hat.

1170 Vgl. SGK BV-SAXER, Art. 185 N 25.

1171 Vgl. SGK BV-SAXER, Art. 185 N 69 m.Hinw.

1172 Vgl. SGK BV-SAXER, Art. 185 N 69.

1173 SGK BV-SAXER, Art. 185 N 69; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 184 N 12; Trümpler, Notrecht, N 255; MADER, Krisenzeiten, 111; BR, Stellungnahme Fall Tinner 2009, BBl 2009 5066.

1174 Vgl. BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N 31 m.Hinw. u.a. auf BGE 137 II 431.

1175 BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N 31.

1176 SGK BV-SAXER, Art. 185 N 13.

1177 BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N 31.

1178 S.a. BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N 32 ff.

b) Art. 173 Abs. 1 lit. c BV (legislatives Notrecht)

In Art. 173 Abs. 1 lit. c BV weist die Bundesverfassung auch der Bundesversammlung ein (intrakonstitutionelles) Notrecht¹¹⁷⁹ zu. Demnach kann die Bundesversammlung, wenn ausserordentliche Umstände es erfordern, zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit, der Unabhängigkeit, der Neutralität der Schweiz Verordnungen oder einfache Bundesbeschlüsse erlassen (legislatives Notrecht).¹¹⁸⁰ Die Bestimmung gilt als «das parlamentarische Pendant zu Art. 185 Abs. 3 [BV]».¹¹⁸¹ In der Lehre werden die Anwendungsvoraussetzungen weitgehend an denjenigen von Art. 185 Abs. 3 BV angeglichen oder sogar mit diesen gleichgesetzt.¹¹⁸²

Das legislative Notrecht unterscheidet sich von der dringlichen Gesetzgebung gemäss Art. 165 BV insbesondere hinsichtlich der Referendumpflicht (diese entfällt bei Art. 173 Abs. 1 lit. c BV)¹¹⁸³, der Normenhierarchie sowie der Pflicht zur Befristung. Im Ergebnis sind die parlamentarischen Notrechtsbefugnisse sowie die dringlichen Bundesgesetze aber sehr ähnlich.¹¹⁸⁴ Mit Blick auf die Legitimation sowie Art. 164 f. BV sollte die (dringliche) Gesetzgebung Vorrang vor dem parlamentarischen Notrecht haben.

Da sich die Thematik der äusseren Sicherheit – wie auch im Rahmen von Art. 184 Abs. 3 BV – nicht strikt von der Wahrung der Interessen der Schweiz abgrenzen lässt, bestehen auch im Bereich des legislativen Notrecht Überschneidungen mit Art. 184 Abs. 3 BV,¹¹⁸⁵ sodass teilweise gar von einer Befugnis der Legislative zum Erlass von Interessenwahrungsrecht die Rede ist.¹¹⁸⁶ Soweit sich das legislative Notrecht und das Interessenwahrungsrecht «überlappen»,¹¹⁸⁷ geht gemäss der Doktrin das legislative Notrecht gemäss Art. 173 Abs. 1 lit. c BV dem exekutiven Interessenwahrungsrecht vor.¹¹⁸⁸ Gleichermassen soll gemäss Doktrin das legislative Notrecht auch dem exekutiven Notrecht vorgehen.¹¹⁸⁹ Dies erscheint im Rahmen solcher gesetzesvertretenden Massnahmen insofern richtig, als die Bundesversammlung gemäss Art. 148 Abs. 1 BV «die oberste Gewalt im Bund» ist, der Bundesrat demgegenüber gemäss Art. 174 BV lediglich die «oberste leitende und vollziehende Behörde» darstellt.

c) Unterschiedliche Anwendungsvoraussetzungen als Wertungswiderspruch

Auf Art. 184 Abs. 3 BV abgestützte Massnahmen können ebenso stark in die Grundrechtspositionen eingreifen wie auf Art. 185 Abs. 3 BV, Art. 173 Abs. 1 lit. c bzw. die Polizeigeneralklausel abgestützten Massnahmen, und sie können neben der aussenpolitischen

1179 BSK BV-MERKI/CONRADIN, Art. 173 N 48 m.Hinw.

1180 Vgl. Art. 173 Abs. 1 lit. c BV i.V.m. Art. 173 Abs. 1 lit. a und b BV.

1181 SGB BV-SAXER, Art. 173 N 40.

1182 SGB BV-SAXER, Art. 173, N 40, 50 ff.; s.a. BSK BV-MERKI/CONRADIN, Art. 173 N 48

1183 Allerdings sind auch dringliche Bundesgesetze, dringlich erklärte Bundesgesetze, deren Geltungsdauer ein Jahr übersteigt, nicht referendumpflichtig, vgl. Art. 141 Abs. 1 lit. BV.

1184 SGB BV-SAXER, Art. 173 N 43; TRÜMLER, Notrecht, N 223.

1185 S.a. BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N 34.

1186 Vgl. BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N 34 m.Hinw. auf SÄGESSER, Kommentar BV, Art. 184 N 957; PC CF-AUBERT/MAHON, Art. 184 N 20.

1187 So BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N 34.

1188 Statt vieler: BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N 43.

1189 Statt vieler: SGB BV-SAXER, Art. 185 N 63; anders die Botschaft BV 1996, BBl 1997 I 399, die von einer «konkurrierenden Kompetenz» spricht.

ebenso eine binnenorientierte polizeirechtliche Komponente aufweisen.¹¹⁹⁰ Dennoch bringt das Bundesgericht die strengeren Voraussetzungen des Notrechts im Rahmen von Art. 184 Abs. 3 BV nicht zur Anwendung (vgl. oben § 5.III.A.1.).¹¹⁹¹ Ein Teil der Doktrin will die Voraussetzung von Art. 185 Abs. 3 BV immerhin da zur Anwendung bringen, wo sich Massnahmen sowohl auf Art. 184 und Art. 185 BV abstützen,¹¹⁹² dies aber entschärft das Problem nicht, wo sich schwerwiegende Grundrechtseingriffe lediglich auf Art. 184 Abs. 3 BV abstützen. Zumindest in diesen Konstellationen besteht ein offensichtlicher Wertungswiderspruch.

Vor diesem Hintergrund wurden in der Doktrin in grundsätzlicher Weise etwa von KÜNZLI¹¹⁹³ und LEHNER¹¹⁹⁴ eingewendet, dass es nicht einsichtig sei, warum im Rahmen von Art. 184 Abs. 3 BV weniger strenge Anforderungen gelten sollen als im Rahmen des verfassungsunmittelbaren Notrechts. BIAGGINI postuliert, obwohl eine sachliche Dringlichkeit in Art. 184 Abs. 3 BV «nur vage», die zeitliche Dringlichkeit «gar nicht» angesprochen sei, dass eine zeitliche Dringlichkeit jedenfalls dann gegeben sein müsse, wenn in Grundrechte eingegriffen wird.¹¹⁹⁵ Noch weiter geht GÄCHTER, der die Anwendungsvoraussetzung dogmatisch über den Grundrechtsschutz festlegt und folgert, dass grundrechtseinschränkende Massnahmen des Bundesrates einen Polizeinotstandes voraussetzen.¹¹⁹⁶

«Auf jeden Fall darf ohne ausserordentliche Umstände, welche (sinngemäss) die Qualität eines Polizeinotstandes erreichen, nicht schwerwiegend in Grundrechte eingegriffen werden».¹¹⁹⁷

TRÜMPLER hat dieses Argument aufgenommen und weiterentwickelt.¹¹⁹⁸ Unter dem Titel der Erforderlichkeit gelangt er zum Schluss, dass in Art. 184 Abs. 3 BV vorausgesetzte (zeitliche und sachliche) Dringlichkeit durch Umstände bewirkt werden müsse, «welche die Intensität eines Polizeinotstandes erreichen».¹¹⁹⁹ Dementsprechend setzt er auch im Rahmen von Art. 184 Abs. 3 BV stets eine Notstandssituation voraus, die er definiert als eine erhöhte Wahrscheinlichkeit des Gefahren- oder Schadenseintritts (für gewichtige Landesinteressen) und das Erfordernis des sofortigen Handelns.¹²⁰⁰

«Übertragen auf Art. 184 Abs. 3 BV bedeutet dies, dass eine imminente Gefahr für ausserpolitische (evtl. auch polizeiliche) Schutzgüter vorliegen und es an Handlungsalternativen fehlen muss».¹²⁰¹

Dieses an die Polizeigeneralklausel erinnernde Ergebnis sieht TRÜMPLER im Rahmen einer teleologischen Auslegung bestätigt:

1190 Siehe nur BGE 141 I 20.

1191 BGE 141 I 20, E. 4.2.

1192 Vgl. z.B. SGK BV-SAXER, Art. 185 N 69.

1193 BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N 47.

1194 LEHNER, Notverordnungsrecht, 63.

1195 BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 184 N 12.

1196 GÄCHTER, selbständiges Verordnungsrecht, 238 ff.; s.a. TRÜMPLER, Notrecht, N 254.

1197 GÄCHTER, Demokratie und Dringlichkeit, 97 f.

1198 TRÜMPLER, Notrecht, N 242 ff. m.Hinw.

1199 TRÜMPLER, Notrecht, N 249.

1200 TRÜMPLER, Notrecht, insb. N 245, 249.

1201 TRÜMPLER, Notrecht, N 249.

«Der Sinn und Zweck von Art. 184 Abs. 3 BV liegt demnach unweigerlich darin, dem Bundesrat das rasche Handeln in Bezug auf ausserordentliche Situationen in aussenpolitischen Angelegenheiten zu ermöglichen. Die Norm ersetzt [...] die formalgesetzliche Rechtsgrundlage und erfüllt so dogmatisch denselben Zweck wie die Polizeigeneralklausel». ¹²⁰²

Aufgrund dieses Ergebnisses verzichtet TRÜMLER auf den Begriff des Interessenwahrungsrechts und bezeichnet diese Form der Massnahmen als «Notrecht» bzw. bundesrätliches «Notverordnungs- und Notverfügungsrecht». ¹²⁰³

d) Eigene Würdigung

Den Überlegungen TRÜMLERS und GÄCHTERS ist insoweit zuzustimmen, als sie sich auf den grundrechtlichen Schutzbereich beziehen. Tatsächlich ist nicht nachvollziehbar, warum an Grundrechtseingriffe ohne gesetzliche Grundlage im aussenpolitischen Kontext wesentlich weniger strenge Voraussetzungen gestellt werden sollte, als an gleichartige Eingriffe im innenpolitischen Kontext. Insofern erscheint es richtig, in diesem Bereich die Anforderungen des Notrechts bzw. der Polizeigeneralklausel (entgegen der Ansicht des Bundesgerichts) ¹²⁰⁴ zwingend zur Anwendung zu bringen. Dogmatisch sollte dies aber in einer separaten Prüfung unter dem Titel der Grundrechte geschehen (vgl. unten § 5. III.A.5). Allerdings tangieren gesetzesvertretende Massnahmen im Rahmen von Art. 184 Abs. 3 BV nicht notwendigerweise den grundrechtlichen Schutzbereich. Das Interessenwahrungsrecht kann ebenso Massnahmen betreffen, die nicht in schwerwiegender Weise in Grundrechte eingreifen. In der älteren Lehre, etwa für BORER, stand diese Form von Massnahmen sogar klar im Zentrum der dogmatischen Betrachtungen. ¹²⁰⁵

Das Erfordernis des Notstandes, das eine Ausnahme vom Legalitätsprinzip erlaubt, ist deshalb differenziert zu betrachten. Im Lichte der grundrechtlichen Polizeigeneralklausel (Art. 36 Abs. 1 BV) einerseits sowie der Gesetzgebungsbedürftigkeit wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen (Art. 164 BV) andererseits erscheint es richtig, drei Massnahmenkategorien auszusondern:

1. Massnahmen, die in schwerwiegender Weise in Grundrechte eingreifen.
2. Massnahmen, die einen Bereich betreffen, der i.S.v. Art. 164 BV «gesetzesbedürftig» ist.
3. Massnahmen, die nicht i.S.v. Art. 164 BV «gesetzesbedürftig» sind.

Nach hier vertretener Ansicht sind Massnahmen der *ersten Kategorie* auch im Rahmen von Art. 184 Abs. 3 BV nur unter Berücksichtigung der grundrechtlichen Polizeigeneralklausel (Art. 36 Abs. 1 BV) zulässig. Daher ist – übereinstimmend mit TRÜMLER und GÄCHTER – ein Notstand vorauszusetzen.

Inwiefern auch bei der *zweiten Kategorie* ein Notstand vorauszusetzen ist, ergibt sich demgegenüber weniger eindeutig aus dem Verfassungsrecht. Abgesehen vom Bereich der Einschränkung verfassungsmässiger Rechte (Art. 164 Abs. 1 lit. b BV) bestehen hierzu keine qualifizierte Verfassungsbestimmungen, die festlegen, ob und unter welchen Voraussetzungen vom Erfordernis der Gesetzesform abgewichen werden kann. Wenn dies aber selbst im Bereich schwerwiegender Grundrechtseingriffe möglich ist, dürfte es auch für

1202 TRÜMLER, Notrecht, N 254.

1203 TRÜMLER, Notrecht, N 234 ff.

1204 BGE 141 I 20, E. 4.2, 5.

1205 BORER, Legalitätsprinzip, passim sowie insb. 431.

die weiteren gesetzesbedürftigen Bereiche nicht ausgeschlossen sein. Es stellt sich die Frage, ob in diesen weiteren Konstellationen das Erfordernis eines Notstandes im Sinne einer «imminente Gefahr für aussenpolitische (evtl. auch polizeiliche) Schutzgüter»¹²⁰⁶ adäquat ist. Dass die Praxis die Problematik kaum je behandelt hat,¹²⁰⁷ dürfte darin begründet sein, dass das Legalitätsprinzip überhaupt nur im Zusammenhang mit Grundrechten, dem Abgaberecht und dem Strafrecht justiziabel ist. Nach hier vertretener Ansicht erscheint es richtig, die Anforderungen für ein Abweichen von der Form des Bundesgesetzes auch ausserhalb schwerwiegender Grundrechtseingriffe hoch zu halten, andernfalls das Prinzip der Gesetzmässigkeit ausgehöhlt würde. Dies sollte auch gelten, wo eine *singuläre Konstellation* vorliegt, die sich einer generell-abstrakten Gesetzgebung entzieht, die Massnahmen aber einen Bereich beschlagen, in dem ein materieller Gesetzesvorbehalt¹²⁰⁸ gilt. Zwar erscheint in einer solchen Konstellation der Erlass eines Bundesbeschlusses formaliter als zutreffendes Instrument, in praxi dürfte aber aus Gründen der Praktikabilität ein Rückgriff auf Art. 184 Abs. 3 BV die Regel sein.¹²⁰⁹ Dass dadurch in einzelnen Situationen keine Handlungsfähigkeit besteht, ist hinzunehmen, soweit gerade kein Notstand vorliegt und es sich definitionsgemäss um singuläre Konstellationen handelt.

Es ist entsprechend der *dritten Kategorie* schliesslich denkbar, dass Massnahmen nach Art. 184 Abs. 3 BV einen Bereich betreffen, der materiell nicht i.S.v. Art. 164 BV «gesetzesbedürftig» bzw. «gesetzespflichtig» ist,¹²¹⁰ in dem also kein sog. materieller Gesetzesvorbehalt besteht.¹²¹¹ Ist in solchen Konstellationen eine Gesetzgebung aus Gründen zeitlicher Dringlichkeit ausgeschlossen, so erschliesst sich nicht, warum stets ein eigentlicher Notstand¹²¹² vorauszusetzen wäre. Eine solche Voraussetzung ergibt sich nicht aus Art. 184 Abs. 3 BV. In diesen Konstellationen erscheint es nicht a priori unzulässig, Massnahmen direkt auf Art. 184 Abs. 3 BV (ggf. i.V.m. Art. 184 Abs. 1 BV) abzustützen,¹²¹³ auch wo kein Notstand vorliegt.

e) Skizze eines ganzheitlichen Konzepts der Polizeigeneralklausel

Der von der Doktrin erkannte Wertungswiderspruch liegt letztlich in einem zu stark zersplitterten Verständnis des Konzepts der Polizeigeneralklausel sowie der Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV begründet. Durch eine Klärung¹²¹⁴ kann das Problem einer konsistenten Lösung zugeführt werden.

¹²⁰⁶ So TRÜMLER, Notrecht, N 249.

¹²⁰⁷ Hinzuweisen ist demgegenüber auf die erfolgte dogmatische Ausdifferenzierung der Anforderungen des Legalitätsprinzips zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung.

¹²⁰⁸ Zum Begriff statt vieler: BSK BV-TSCHANNEN, Art. 164 N 4.

¹²⁰⁹ Oben § 5.III.A.1.b.

¹²¹⁰ Zu diesen Begriffen vgl. BSK BV-WYTENBACH/WYSS, Art. 164 N 6; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 164 N 5.

¹²¹¹ S.a. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 164 N 5: «Umgekehrt soll es im Staat-Bürger-Verhältnis nicht prinzipiell ausgeschlossen sein, Rechte (erst) auf Verordnungsstufe zu begründen».

¹²¹² So TRÜMLER, Notrecht, N 249.

¹²¹³ Sofern kein einfacher Bundesbeschluss i.S.v. Art. 163 Abs. 2 BV ergeht.

¹²¹⁴ Vgl. bereits HUSMANN, Handlungsspielraum, 257; ähnlich GÄCHTER, selbständiges Verordnungsrecht, 238 ff.; in diese Richtung ferner SGB BV-SAXER, Art. 185 N 13 (betreffend Art. 185 Abs. 3 BV).

Im Sinne eines Grundsatzes des öffentlichen Rechts haben die Rechtsprechung¹²¹⁵ und die Doktrin¹²¹⁶ ein sog. «Notrecht» bzw. die Figur der polizeilichen Generalklausel entwickelt, um Verwaltungshandeln subsidiär zur Gesetzgebung auch da zu ermöglichen, wo eine hinreichende Rechtsgrundlage fehlt.¹²¹⁷ Gemäss der Doktrin handelt es sich dabei um einen ungeschriebenen Grundsatz des öffentlichen Rechts bzw. um ungeschriebenes Verfassungsrecht.¹²¹⁸ In der wohl überwiegenden Doktrin gilt die Polizeigeneralklausel aus Ausnahme vom Legalitätsprinzip.¹²¹⁹ Da die Polizeigeneralklausel als Grundsatz im gesamten öffentlichen Recht Geltung beansprucht, kann sie unter den gegebenen Voraussetzungen von sämtlichen Behörden¹²²⁰ als Grundlage für polizeiliche Massnahmen herangezogen werden.

Wie SAXER treffend festhielt, erscheint die Polizeigeneralklausel im geschriebenen Recht «punktuell in der Form von verfassungsrechtlichen Anwendungsfällen».¹²²¹ In der neuen Bundesverfassung wurden namentlich zwei Aspekte der polizeilichen Generalklausel positiviert:

- Einerseits die *polizeiliche Generalklausel bzw. die Polizeigeneralklausel im engeren Sinne*, die bezüglich Grundrechtseinschränkungen regelt, inwiefern vom Erfordernis des Rechtssatzes abgewichen werden kann (Art. 36 Abs. 1 2. Satz BV).
- Andererseits verschiedene *Ermächtigungsbestimmungen*, die einem bestimmten Organ des Bundes verwaltungsrechtliche Massnahmen in besonderen Situationen auch ohne genügende gesetzliche Grundlage erlauben. Im Vordergrund steht dabei die bundesrätliche Notrechtskompetenz in Art. 185 Abs. 3 BV sowie die Interessenwahrungskompetenz in Art. 184 Abs. 3 BV; auf Ebene der Legislative besteht eine ähnliche Regelung in Art. 173 Abs. 1 lit. c BV. Alle diese Normen beschränken sich darauf, in einem bestimmten, sachlich begrenzten Bereich einem bestimmten Organ eine Verfügungs- und Verordnungskompetenz zu erteilen, ohne die Voraussetzungen zu substantiieren.

Sämtliche dieser Normen schreiben ungeschriebene bzw. nunmehr positivierte, verfassungsmässige Sonderkompetenzen mit «Gesetzeskraft» fest. Vor diesem Hintergrund wird vorgeschlagen, diese verschiedenen Ausprägungen von Notrecht und Polizeigeneralklausel unter dem Titel «*Polizeigeneralklausel im weiteren Sinne*» zusammenzufassen. Dabei handelt es sich letztlich um zwei Komponenten desselben Rechtsgrundsatzes,¹²²² wobei erstere auf das allgemeine Problem des grundrechtsrelevanten Verwaltungshandelns ohne Rechtsgrundlage fokussiert, zweite hingegen – unmittelbar oder mittelbar – die

1215 S. nur BGE 22 I 997 E. 3 («Notrechte der Regierung»), BGE 83 I 111 E. 2c («allgemeine Polizeiklausel»); ferner z.B. BGE 137 II 431.

1216 Vgl. KULL, Notrecht, 123; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 56 N 5.

1217 Vgl. bereits HUSMANN, Handlungsspielraum, 257 m.Hinw.

1218 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 56 N 5; WALDMANN/WIEDERKEHR, Verwaltungsrecht, 261; MÜLLER/JENNI, S&R 2008, 11.

1219 Statt vieler: PC CF-MAHON, Art. 5 N 11; BIAGGINI, Art. 5 N 11 WALDMANN/WIEDERKEHR, Verwaltungsrecht, 261.

1220 Vgl. «autorité (exécutive)», MAHON, Art. 36 N 10; «die Verwaltungsbehörde», HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, § 35 N 2467; im Polizeirecht regelmässig funktional «die Polizei», TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 56 N 4; BGE 130 I 369 E. 7.3; Departementen, Ämter (BGE 136 IV 97 E. 6.3.1; BGE, 30.11.2009, 2C.166/2009) etc.; ähnlich bereits HUSMANN, Handlungsspielraum, 257 m.Hinw.

1221 SGB BV-SAXER, Art. 185 N 12.

1222 Ähnlich MÜLLER/JENNI, S&R 2010, 101.

spezifische Notrechtskompetenz eines bestimmten Organs festlegt.¹²²³ Dies erklärt, warum jede dieser punktuellen Positivierungen für sich alleine betrachtet betreffend Bestimmtheit hinter der Umschreibung der Polizeigeneralklausel bzw. des Notrechts als ungeschriebenes Verfassungsrecht zurück bleibt: Art. 184 Abs. 3 BV kennt kein explizites Kriterium der Dringlichkeit; Art. 185 Abs. 3 BV verlangt zwar Dringlichkeit, zielt aber – anders als die Art. 36 Abs. 1 BV – nicht auf den Schutz fundamentalen Polizeigüter ab; die grundrechtliche Polizeigeneralklausel in Art. 36 Abs. 1 BV wiederum lässt Frage der Zuständigkeit offen etc.

Diese Unvollständigkeiten sind Mankos, wenn und solange man jede dieser Bestimmungen separat betrachtet und von den ursprünglich entwickelten Schranken der Polizeigeneralklausel bzw. des Notrechts entkoppelt. Die Lehre und die jüngere Praxis haben wohl hunderte Seiten gefüllt beim Versuch, diese – notabene selbst produzierten – Lücken mit eingehenden teleologischen Begründungen dogmatisch zu füllen: Dringlichkeit¹²²⁴ oder gar ein Notstand¹²²⁵ sei bei Art. 184 Abs. 3 BV eben doch vorauszusetzen, sofern in Grundrechte eingegriffen werde; Art. 185 Abs. 3 BV wiederum sei ein Anwendungsfall der polizeilichen Generalklausel, allerdings mit einem «erweiterten sachlichen Geltungsbereich»¹²²⁶ bzw. einem «weiteren Schutzbereich»¹²²⁷; und die Anwendungsvoraussetzungen der Polizeigeneralklausel gemäss Art. 36 Abs. 1 BV werden auch mal ausgedehnt auf die Wahrung der Landesinteressen, wenn es der Bundesrat unterlässt, Notrecht zu ergreifen und stattdessen sich eine untere Verwaltungsbehörde darauf beruft.¹²²⁸ All dies zeigt, dass die Doktrin und Praxis in diesem Bereich auf Irrwegen gehen.

Betrachtet man die verschiedenen Ausprägungen der Polizeigeneralklausel richtigerweise im Verbund – was sich nur schon aufgrund des Grundsatzes der Gleichrangigkeit aller Verfassungsbestimmungen («einerlei Verfassungsrecht») aufdrängt – ergänzen sie sich gegenseitig und dienen als hilfreiche Anhaltspunkte bei der Anwendung der während Jahrzehnten herausgebildeten *Polizeigeneralklausel i.w.S.* Das heisst, dass im Rahmen der Anwendung der Polizeigeneralklausel i.w.S. die jeweiligen bereichsspezifische Voraussetzungen und Schranken ganzheitlich zu betrachten sind. Das bedeutet insbesondere, dass neben der allgemeinen Zuständigkeitsordnung die besondere *Organkompetenz* des Bundesrates in den Bereich der auswärtigen Angelegenheiten sowie der Wahrung der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu berücksichtigen sind.¹²²⁹ Da jede «gesetzesvertretende» Massnahme definitionsgemäss das Legalitätsprinzip durchbricht,¹²³⁰ müssen die *grundrechtlichen* Schranken der *Polizeigeneralklausel* gemäss Art. 36 Abs. 1 BV zwingend und kumulativ berücksichtigt werden. Die nachfolgende Grafik (Abbildung 1) illustriert dies.

1223 In diesem Sinne bereits HUSMANN, Handlungsspielraum, 257; ähnlich zu Art. 185 Abs. 3 BV: SGB BV-SAXER, Art. 185 N 13 m.Hinw.

1224 BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 184 N 12.

1225 GÄCHTER, Demokratie und Dringlichkeit, 97 f.

1226 BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N 31.

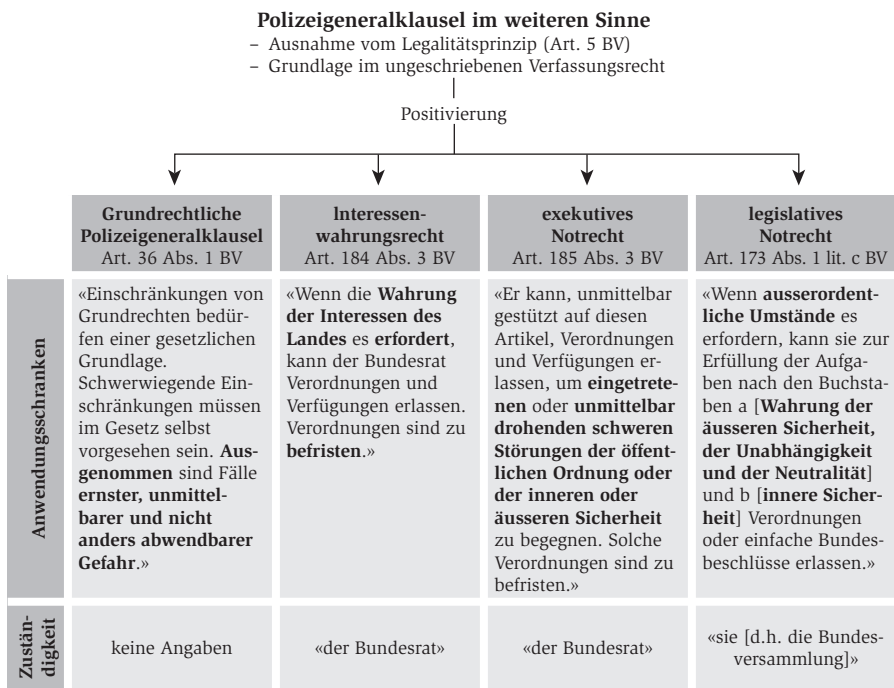
1227 SGK BV-SAXER, Art. 185 N 13.

1228 BGE 137 II 431, E. 3.2.1.

1229 Dazu auch BGE 137 II 431.

1230 S.a. SGB BV-SAXER, Art. 173, N 40 m.Hinw.: «Damit durchbricht Bst. c das Legalitätsprinzip».

Abbildung 1: Polizeigeneralklausel im weiteren Sinne



B. Form

Art. 184 Abs. 3 BV erwähnt als Instrumente sowohl die Verfügung (individuell-konkrete Anordnung) als auch die Verordnung (generell-abstrakte Anordnung).¹²³¹ Das Bundesgericht hat sich in BGE 132 I 229 eingehend mit der Abgrenzung von Verordnung und Verfügung im Kontext von Art. 184 Abs. 3 BV beschäftigt und festgehalten, dass Massnahmen zur Wahrung der Landesinteressen die Form von Verordnungen haben müssen, wenn sie Rechtssätze aufweisen und die Form von Verfügungen, wenn sie Einzelfälle betreffen.¹²³² Massnahmen, die generell-abstrakte Wirkung haben, etwa eine Vielzahl von Personen und verschiedene Güter betreffen, haben daher in Verordnungsform zu ergehen.¹²³³ In diesem Sinne hat das Bundesgericht eine gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV erlassene «Verfügung» des Bundesrates über die Blockierung von Vermögenswerten als Verordnung qualifiziert.¹²³⁴ Angesichts der rechtliche vorgesehenen Verordnungslösung erscheinen sog. Musterverfügung oder Pilotverfügungen als unzulässig.

¹²³¹ S.a. TRÜMLER, Notrecht, N 257.

¹²³² BGE 132 I 229, E. 4.3.

¹²³³ BGE 132 I 229, E. 4.3 f.; s.a. SK-NR, Bericht ausserordentliche Lagen 2010, BBl 2010 1563, 1585.

¹²³⁴ Vgl. BGE 132 I 229, E. 4.4; SK-NR, Bericht ausserordentliche Lagen 2010, 5.2.2010, BBl 2010 1563, 1585.

Die Frage der Abgrenzung von Verfügungen und Verordnungen ist namentlich für den Rechtsschutz von grosser Bedeutung (unten § 5.IV.).

C. Modalitäten wie Bedingungen und Auflagen

Kooperationsbewilligungen sind insbesondere unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips je nach Konstellation mit einschränkenden Modalitäten zu versehen. Diese können – neben der Befristung – insbesondere Form von Bedingung und/oder Auflage ergehen.¹²³⁵

D. Umfang und Wirkung der Kooperationsbewilligung

Gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV erlassene Massnahmen haben einen «gesetzesvertretenden» Charakter: Sie ergehen unmittelbar gestützt auf die Verfassungsbestimmungen (Art. 184 Abs. 3 BV), ohne dass formellgesetzliche Grundlagen bestehen. Das Bundesgericht hat festgehalten, dass die Massnahmen ein formelles Gesetz substituieren oder ergänzen können.¹²³⁶ Damit haben sie die Kraft von auf ordentlichen Gesetzen erlassenen Massnahmen (bzw. «Gesetzeskraft»¹²³⁷) und sie entfalten die entsprechenden Wirkungen, die aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht bekannt sind.

IV. Rechtsschutz

Der Rechtsschutz folgt grundsätzlich den bekannten Regeln im Rahmen von Art. 184 Abs. 3 BV. Kooperationsbewilligungen sind regelmässig als Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG zu qualifizieren.¹²³⁸ Damit gelangen grundsätzlich die Bestimmungen über das Verwaltungsverfahren des Bundes zur Anwendung (insbesondere VwVG). Entscheide des Bundesrates sind grundsätzlich der richterlichen Kontrolle entzogen (vgl. Art. 189 Abs. 4 BV).¹²³⁹ Zudem sieht das einschlägige Verfahrensrecht vor, dass Verfügungen auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten, nicht anfechtbar sind, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt (Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG; Art. 83 lit. a BGG). Dabei ist der Begriff der auswärtigen Angelegenheiten gemäss Bundesgericht eng zu verstehen und umfasst Anordnungen vorwiegend politischer

1235 S.a. MC GOUGH, Art. 271 StGB, N 409; vgl. ferner die Bedingungen in der Musterverfügung im Steuerstreit: EFD, Musterverfügung 2013, Dispositiv.

1236 BGE 141 I 20, E. 5.4: «se substituent à et/ou complètent la loi au sens formel»; BGE 131 III 652, E. 2: «se substituent en quelque sorte à des lois qui n'existent justement pas»; s.a. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 184 BV N 13; PC CF-MAHON, Art. 184 N 17; SGK BV-SCHWENDIMANN/TSCHAN-TRUONG/THÜRER, Art. 184 N 26.

1237 Es erscheint sinnvoll, diesen in der Schweizer Dogmatik kaum verwendeten Begriff einzuführen, vgl. zur Begriffsgeschichte insb. folgende Werke: BENJAMIN, Kritik der Gewalt; DERRIDA, Force de loi; AGAMBEN, Ausnahmezustand.

1238 Eine Ausnahme könnte lediglich bei Genehmigungen gelten, die nicht individuell-konkrete Rechte und/oder Pflichten tangieren, sondern ausschliesslich die völkerrechtlichen Beziehungen betreffen (sog. Akte der courtoise).

1239 BGE 137 II 431, E. 3.2.1, sowie die nicht publizierte E. 1.1.3 in BGer, 15.7.2011, 2C_127/2010.

Natur,¹²⁴⁰ ausserdem soll gemäss Bundesverwaltungsgericht ein völkerrechtlicher Anspruch etwa bei «Bankdaten» bestehen.¹²⁴¹ Wenn aber Kooperationsbewilligungen richtigerweise auf das verfassungsunmittelbare Interessenwahrungsrecht abgestützt werden, so besteht für Betroffene grundsätzlich immer die Gefahr eines Ausschlusses der Rechtsweggarantie. Die überwiegende Doktrin steht dieser Einschränkung des Rechtsweges zu Recht kritisch gegenüber und bezeichnet diesen als «defizitär».¹²⁴² Die Forderung von MC GOUGH, dass entsprechende Kooperationsbewilligungen von Gesetzes wegen einem gerichtlichen Rechtsschutz zugänglich sein müssen, erscheint berechtigt.¹²⁴³ Soweit Kooperationsbewilligungen ohne gesetzliche Grundlagen in individualrechtliche Positionen eingreifen, erscheint sodann im Lichte der Rechtsweggarantie sowie der völkerrechtlichen Vorgaben notwendig, dass sich das Bundesgericht von seiner selbstauferlegten Zurückhaltung in der Kognition löst, andernfalls der Rechtsschutz als blosses Feigenblatt erscheint. Sollen verfassungsunmittelbare Kooperationshandlungen ausnahmsweise (vgl. oben § 5. II.B.) durch *untere Verwaltungsbehörden* verfügt werden, so gilt die Einschränkung auch hier, dass Verfügungen auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten einer gerichtlichen Kontrolle entzogen sind, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt (vgl. Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG; Art. 83 lit. a BGG). Solche Verfügungen sind gemäss Art. 72 lit. a VwVG einzig beim Bundesrat anfechtbar, wobei auch in dieser Konstellation die Ausnahmeregelungen gemäss Rechtsprechung eng auszulegen sind.¹²⁴⁴ Einen solchen Ausschlussgrund hatte das Bundesgericht sogar im Fall UBS verneint, obwohl hier eine typische Konstellation nach Art. 184 Abs. 3 BV vorlag und letztlich die Polizeigeneralklausel bemüht wurde.¹²⁴⁵ Vor diesem Hintergrund darf davon ausgegangen werden, dass der Rechtsweg auch im Rahmen von Kooperationsbewilligungen unteren Verwaltungsbehörden in der Regel nicht verschlossen bleibt, was unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten unabdingbar erscheint (vgl. oben).

Ergeht die Kooperationsbewilligung in Form einer *Verordnung* ist zu berücksichtigen, dass Bundeserlasse keiner abstrakten Normenkontrolle unterliegen; mithin kann das Bundesgericht eine bundesrätliche Verordnung nur vorfrageweise im Rahmen einer inzidenten Normenkontrolle auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit hin prüfen.¹²⁴⁶ Eine solche Prüfung kann im Rahmen einer Beschwerde gegen eine sich auf eine verfassungsunmittelbare Verordnung abstützende Verfügung erfolgen.¹²⁴⁷ Problematisch ist in diesen

1240 BGE 137 II 431, (nicht publizierte E. 1.1.3); bereits im Urteil des Bundesgerichts zu BRB über die Beschränkung der Einfuhr von Waren aus Süd-Rhodesien vom 17.12.1965/10, hat das Bundesgericht sinngemäss festgehalten, dass für den «binnenrechtlichen Problemkreis» eines BRB über «auswärtige Angelegenheiten» die Einschränkung des Rechtsschutzes nicht gelten könne, vgl. ZBl 1974, 92 ff.; dazu auch KÄLIN, ZSR 1986, 359.

1241 BVerwGer, 9.11.2016, A-1683/2016, E. 2.1.4 m.Hinw. auf Art. 6 und 8 EMRK sowie EGMR, 22.12.2015, Nr. 28601/11, G.S.B./Schweiz.

1242 S. nur BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 184 N 14; UHLMANN/BIAGGINI, Rechtsschutzlücken, 49 ff.; BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N 50 ff.

1243 MC GOUGH, Art. 271 StGB, N 420.

1244 S. nur BVerwGer, 9.11.2016, A-1683/2016, E. 2.1.1.

1245 BGE 137 II 431 E. 3 f.

1246 Vgl. BGer, 15.4.2020, 2C_280/2020, E. 2.2; s.a. LEHNER, Notverordnungsrecht, 192.

1247 Vgl. BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N 51; BGE 141 I 20, E. 4.2.

Konstellationen, wenn Verordnungen derart konkret sind, dass sie wie ein individuell-konkreter Verwaltungsakt Wirkung entfalten; in diesen Fällen ist die Behörde gehalten, zusätzlich eine Verfügung i.S. von Art. 5 VwVG zu erlassen.¹²⁴⁸ Richtigerweise sollte eine Verfügung zwingend ergehen und nicht erst auf Ersuchen der Betroffenen.¹²⁴⁹

Folgt der Rechtsschutz den bekannten Regeln im Rahmen von Art. 184 Abs. 3 BV, kommt – entgegen der abzulehnenden Rechtsprechung des Bundesgerichts¹²⁵⁰ – auch einem von der Kooperationsbewilligung betroffenen Dritten grundsätzlich die Beschwerdelegitimation zu.¹²⁵¹ Er kann sich entweder direkt gegen die Kooperationsbewilligungen zur Wehr setzen oder aber bei generell-abstraktem Charakter des Erlasses diese immerhin vorfrageweise eine inzidenten Normenkontrolle verlangen.¹²⁵²

1248 S.a. BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N 52; vgl. die Konstellation in BGE 133 II 450, E. 2.1.

1249 Ähnlich LEHNER, Notverordnungsrecht, 193.

1250 BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016, E. 3.3; krit. auch Kommentar Amtshilfe-OESTERHELT/FRACHEBOUD, § 29 N 50

1251 BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016, E. 3.3.

1252 In BGer, 29.6.2018, 2C_1156/2016, E. 3.3 hat das Bundesgericht, ohne es zuzugeben, die «Bewilligung nach Art. 271 StGB» gegenüber dem betroffenen Dritten gewissermassen als Verordnung taxiert, gegen die der Rechtsweg nicht offensteht.

§ 6

Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse

Ausgangspunkt der vorangehenden Untersuchung der «Bewilligung nach Art. 271 StGB» ist der Tatbestand der verbotenen Handlung für einen fremden Staat. Diesem kommt heute im Resultat die Funktion einer Verbotsnorm zu, welche die Nichteinhaltung der Schranken des Amts- und Rechtshilferechts bzw. den damit verbundenen Eingriff in die staatliche Souveränität pönalisiert. Der Passus «ohne Bewilligung» innerhalb dieser Strafnorm stellt ein Tatbestandmerkmal dar, das Bezug nimmt auf verschiedene Erscheinungsformen von Genehmigungen bzw. Bewilligungen, die sich nach Form, Rechtsgrundlage, Rechtsgebiet oder dem Verfahren der Bewilligungserteilung systematisieren lassen (§§ 1–2).

Die sog. «Bewilligung nach Art. 271 StGB» nimmt innerhalb dieser Genehmigungen und Bewilligungen einen Sonderstatus ein, der sich dadurch kennzeichnet, dass sich die Bewilligung auf keine gesetzliche Grundlage abstützen kann und deshalb regelmässig auf Art. 271 StGB verweist («Bewilligung nach Art. 271 StGB»). Eine Darstellung der aktuellen Praxis zeigt, dass diese mit zahlreichen rechtsstaatlichen Prinzipien und verfassungsmässigen Grundsätzen konfligiert, wobei sämtliche Problembereiche im Wesentlichen auf das Fehlen einer rechtlichen Grundlage zur Bewilligungserteilung zurückzuführen sind. Eine Analyse der Genese der aktuellen Praxis zeigt, dass sich die Kompetenz zur Bewilligungserteilung aus der Interessenwahrungs- und Notrechtskompetenz des Bundesrates ableitet. Während die ältere Praxis sich an relativ enge Schranken hielt, hat sich die jüngere Praxis zunehmend von den ursprünglichen, verfassungsmässigen Grundlagen entfernt und ihren Ausnahmecharakter verloren: Sie geht deutlich über den Rahmen des klassischen verfassungsunmittelbaren Interessenwahrungsrechts gemäss Art. 184 Abs. 3 BV hinaus. Diese Entwicklung ist sowohl innerhalb der Bundesverwaltung als auch in der Doktrin auf scharfe und gewichtige Kritik gestossen. Eine Auslegung hat gezeigt, dass Art. 271 StGB (i.V.m. Art. 31 RVOV) auch im Lichte des vom Bundesgericht praktizierten «pragmatischen Methodenpluralismus» nicht die Grundlage für eine derartige Praxis darstellen kann (§ 3).

Eine Untersuchung des Zwecks und der Wirkung der «Bewilligung nach Art. 271 StGB» ergibt, dass diese sich nicht auf eine blossе staatliche Einwilligung in einen Eingriff in sein Souveränität und die Aufhebung der Geltung einer Strafnorm beschränkt, sondern darüber hinaus naturgemäss zur Bewilligung von hoheitlichem Handeln und im Resultat zur Schaffung von einzelfallweisem Amts- und Rechtshilferecht führt. Damit einher geht regelmässig ein Eingriff in rechtlich geschützte Positionen bzw. die Aufhebung gesetzlicher Normen, typischerweise sind auch Grund- und Menschenrechte sowie Verfahrensrechte tangiert. Eine solche Zielrichtung untersteht konkreten rechtsstaatlichen Anforderungen, insbesondere solchen des Legalitätsprinzips. Eine Relativierung des Legalitätsprinzips, wie sie im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten teilweise postuliert und praktiziert wurde, kann im Falle der «Bewilligung nach Art. 271 StGB» aufgrund der Zielrichtung und Art der Eingriffe nicht gelten. Eine Betrachtung möglicher Rechtsgrundlagen – unter Berücksichti-

gung des Gewohnheitsrechts – zeigt, dass im geltenden Recht für eine «Bewilligung nach Art. 271 StGB» sowohl aus formellen als auch aus materiellen Gründen einzig das verfassungsunmittelbare Interessenwahrungsrecht (und Notrecht) in Frage kommt (§ 4).

Aufgrund dieser Erkenntnisse ist der Begriff der «Bewilligung nach Art. 271 StGB» und die damit bezeichnete Praxis nicht haltbar. Eine solche Bewilligung hat sich in formeller und materieller Hinsicht an die Vorgaben und Schranken des verfassungsunmittelbaren Interessenwahrungsrechts in Art. 184 Abs. 3 BV zu halten. Es wird daher terminologischer Hinsicht vorgeschlagen, für diese Form der Bewilligung den Ausdruck der «*Kooperationsbewilligung gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV*» zu verwenden. Nebst der Darstellung der Vorgaben und Schranken beim Erteilen einer solchen Kooperationsbewilligung greift die vorliegende Arbeit damit verbundene Fragen auf. So kommt sie u.a. zum Schluss, dass im Rahmen von Kooperationsbewilligungen auch die Vorgaben von Art. 7c–e RVOG zu berücksichtigen sind; dass eine Delegation der Organkompetenz an untere Verwaltungsbehörden, wenngleich jahrzehntelang praktiziert, nicht angebracht ist und dass eine Fortführung der Praxis der Erteilung von Kooperationsbewilligungen nicht nur aufgrund der Vorgaben von Art. 184 Abs. 3 BV, sondern insbesondere auch im Lichte von Art. 164 BV nur in besonderen, nicht vorhersehbaren Ausnahmesituationen zulässig erscheint (§ 5).

§ 7

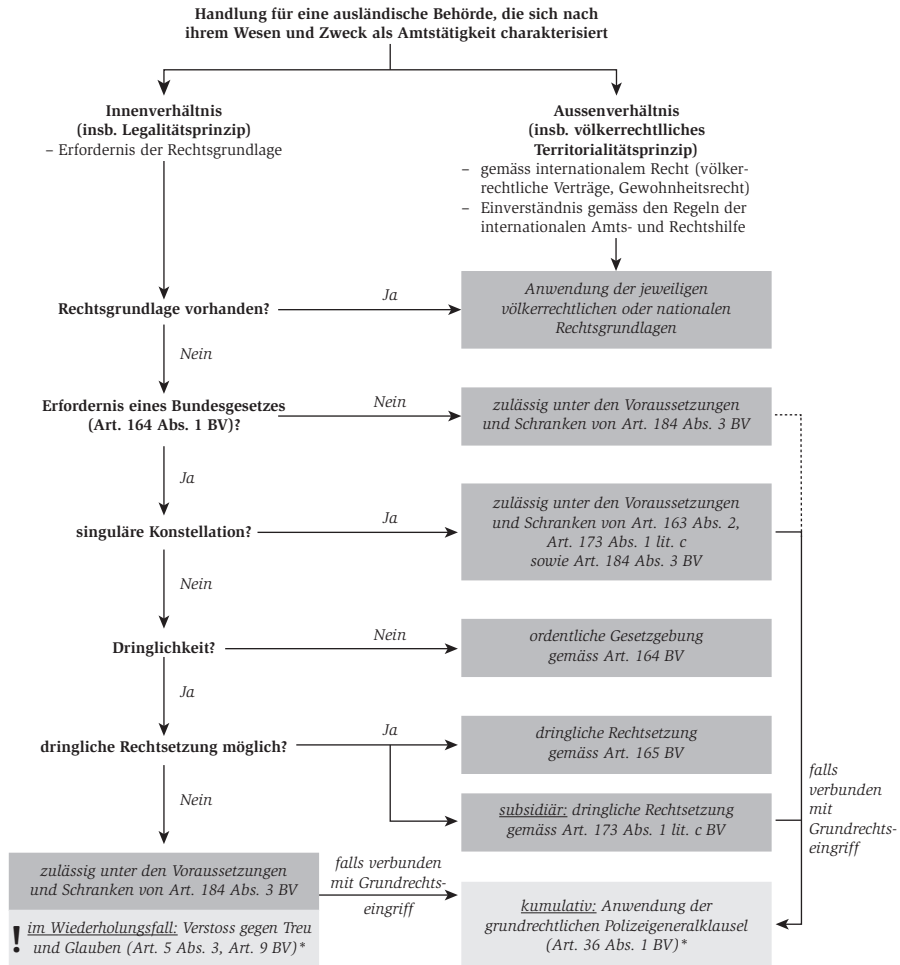
Konstellationen zur Erteilung einer Kooperationsbewilligung gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV

Gestützt auf die im Rahmen der Einleitung aufgezeigten Rechtsetzungstechniken zur Bewältigung der Anforderungen des Legalitätsprinzips (Einleitung, § 3.II.C.2.) sowie die im vorangehenden Teil II erlangten Erkenntnisse lassen sich nunmehr verschiedene Konstellationen zur Erteilung einer Kooperationsbewilligung gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV identifizieren und von anderen Formen der Genehmigung von grenzüberschreitenden Kooperationshandlungen abgrenzen. Diese lassen sich kursorisch wie folgt beschreiben (vgl. unten Abbildung 2):

Handlungen für eine ausländische Behörde, die sich ihrem Wesen und Zweck nach als Amtstätigkeit charakterisieren erfordern im *Aussenverhältnis* (insb. aufgrund des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips) eine Rechtsgrundlage im internationalen Recht (völkerrechtliche Verträge, Gewohnheitsrecht) oder immerhin das Einverständnis des betroffenen Staates gemäss den Regeln der nationalen Amts- und Rechtshilfe. Im *Innenverhältnis* besteht (aufgrund des Legalitätsprinzips) das Erfordernis der Rechtsgrundlage (Erfordernis des Rechtssatzes sowie das Erfordernis der genügenden Bestimmtheit). Fehlt eine solche Rechtsgrundlage, so ist zu prüfen, ob die vorzunehmende Kooperationshandlung dem Erfordernis der *Gesetzesform* unterliegt (Art. 164 Abs. 1 BV). Ist dies nicht der Fall, so erscheint nach hier vertretener Auffassung eine entsprechende Kooperationsbewilligung in den Schranken von Art. 184 Abs. 3 BV (Interessenwahrungsrecht) zulässig. Tangiert die Bewilligung demgegenüber einen «gesetzespflichtigen» Bereich, ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob eine *singuläre Konstellation* vorliegt. Liegt eine solche vor, so ist eine Kooperationsbewilligung grundsätzlich in den Schranken von Art. 163 Abs. 2 (Bundesbeschluss), Art. 173 Abs. 1 lit. c (legislatives Notrecht) sowie Art. 184 Abs. 3 BV (Interessenwahrungsrecht) zulässig. Liegt keine singuläre Konstellation vor, ist – soweit keine Dringlichkeit besteht – auf dem Weg der ordentlichen Gesetzgebung gemäss Art. 164 BV Recht zu setzen. Liegt demgegenüber eine *dringliche Konstellation* vor, so ist primär auf dem Weg der dringlichen Gesetzgebung gemäss Art. 165 BV, subsidiär mittels legislativen Notrechts gemäss Art. 173 Abs. 1 lit. c BV Recht zu setzen. Nur wo eine *dringliche Rechtsetzung ausgeschlossen* erscheint, ist der Erlass von Kooperationsbewilligungen in den Schranken von Art. 184 Abs. 3 BV zulässig. Wird in der Folge aber auf eine Gesetzgebung in diesem Bereich verzichtet, so erscheint eine wiederholte Berufung auf Art. 184 Abs. 3 BV als *rechtsmissbräuchlich* (Art. 5 Abs. 3, Art. 9 BV).

Schliesslich ist anzufügen, dass nach hier vertretener Ansicht *kumulativ* die Voraussetzungen und Schranken der *grundrechtlichen Polizeigeneralklausel* immer da zu berücksichtigen sind, wo Massnahmen ohne gesetzliche Grundlage in schwerwiegender Weise in Grundrechte eingreifen, auch im Rahmen von Art. 184 Abs. 3 BV.

Abbildung 2: Konstellationen zur Erteilung einer Kooperationsbewilligung



* hellgraue Kästen: Postulat des Verfassers (s.a. oben Teil II, § 5.III.A.5.)

Teil III:

Recht aus den Fugen

Wer von euch aber geblieben ist, nachdem er gesehen, wie wir die Rechtssachen schlichten und sonst die Stadt verwalten, von dem behaupten wir dann, dass er uns durch die Tat angelobt habe, was wir nur immer befehlen möchten, wolle er tun.

PLATON, Kriton¹²⁵³

§ 1

Die «Bewilligung nach Art. 271 StGB» als Abkehr von Art. 271 StGB

Während das Verhältnis Staat – Individuum im innerstaatlichen Verhältnis eine eingehende rechtliche Normierung erfahren hat und auf einer umfangreichen juristischen Dogmatik basiert, fehlt ein Äquivalent im Aussenverhältnis. Hier ist das Abwehrdispositiv wesentlich beschränkter: Das Individuum kann sich gegenüber der Gewaltausübung fremder Staaten mit Wirkung in der Schweiz zur Hauptsache auf das Regelwerk der Amts- und Rechtshilfe sowie auf völkerrechtliche Verträge berufen. Daneben geniessen Rechtsunterworfenen indirekten Schutz durch Staatsschutzbestimmungen wie Art. 271 StGB. Dieses Regelwerk bezweckt letztlich nicht weniger als den Schutz der schweizerischen Bevölkerung vor der Übermacht ausländischer Staaten.

Die vorangehenden Untersuchungen haben gezeigt, dass eine «Bewilligung nach Art. 271 StGB» ihre Rechtsgrundlage – trotz ihrer Benennung nach genau dieser Strafnorm – nicht in Art. 271 StGB finden kann. Art. 271 StGB ist eine Strafbestimmung – und ausschliesslich das. Auch Art. 31 RVOV kann keine Rechtsgrundlage zur Erteilung einer Bewilligung bilden. Diese Verordnungsbestimmung regelt einzig eine subsidiäre Organkompetenz im Zusammenhang mit Kooperationsbewilligungen. Andere gesetzliche Grundlagen sind im geltenden Recht nicht ersichtlich, weder im RVOG noch in einem anderen Gesetz.

Doch es bleibt nicht bei der Erkenntnis einer fehlenden gesetzlichen Grundlage zur Erteilung dieser Form von Kooperationsbewilligungen. Die Exekutive wendet sich mit der Erteilung einer «Bewilligung nach Art. 271 StGB» explizit vom geltenden Recht ab. Die Geltung einer Strafnorm zum Schutz des staatlichen Machtmonopols – Art. 271 StGB – wird aufgehoben und mit ihr letztlich zahllose weitere rechtliche Schutznormen: Amts- und Rechtshilferegeln, Strafbestimmungen betreffend die Souveränität und Gebietshoheit sowie den Geheimnis- und Datenschutz, Verfahrensrechte, Grund- und Menschenrechte etc. Absurderweise soll dies *contra legem* gerade aus dieser Strafnorm – Art. 271 StGB – selbst heraus geschehen. Das in Art. 271 StGB verbrieft Versprechen, dass hoheitliche Be-

1253 PLATON, Kriton, 54e.

fugnisse nur durch die dafür zuständigen Staatsorgane und nur in rechtmässiger Weise ausgeübt werden, wird gebrochen. Auch der Rechtsweg wird ausgeschlossen oder weitgehend erschwert. Bewilligungen nach Art. 271 StGB sind offenbar unfehlbar, ihnen soll ein Schein von Heiligkeit anhaften.

Die Exekutive tritt auf als Gesetzgeberin, ermächtigt hier zur Vornahme von verbotenen Amtshandlungen und hebt da gesetzliche Schutzbestimmungen auf. Die unüberwindbare Trennung von verschriftlichten Normen und ihrer praktischen Anwendung wird damit – in fast obszöner Weise – zur Schau gestellt. Indem sich die Exekutive *gegen* die Anwendung positiver Normen entscheidet, verlieren diese ihre Gesetzeskraft und bleiben als leere Worte zurück. In den Worten von AGAM BEN bedient sich der Souverän seiner Potenz, eine rechtliche Ordnung *nicht-durchzusetzen*¹²⁵⁴. Das Versprechen der Legalität erweist sich dann als Ver-Sprechen, als sprachliches Bekenntnis, das gebrochen und in sein Gegenteil verkehrt wird: Nicht weniger, als eine Entlarvung der Gesetze selbst. SCHMITT hatte dieses Momentum beschrieben mit dem berühmten Diktum: «Das Normale beweist nichts, die Ausnahme alles».¹²⁵⁵

1254 Vgl. AGAM BEN, Ausnahmezustand, 61.

1255 SCHMITT, Politische Theologie, 21.

§ 2

Recht aus den Fugen

I. Der staatlich bewilligte Mord

Die Praxis der «Bewilligung nach Art. 271 StGB» lässt keinen anderen Schluss zu, als dass das schweizerische Recht nach Ansicht der Exekutive grundsätzlich ausser Kraft gesetzt werden kann, wenn die jeweiligen Handlungen mit amtlichem Charakter nicht für die Schweiz, sondern für einen fremden Staat bestimmt sind. Im Resultat fungiert die schweizerische Exekutive damit als unberechenbarer Angelpunkt der Gewaltausübung fremder Staaten in der Schweiz. Wie weit würde sie gehen?¹²⁵⁶

Im Zusammenhang mit dem Aufhängen eines «Fahndungshinweises» der E.T.A., mit dem Zweck Informationen über eine von der Organisation zum Tode verurteilten («condamné à mort») Person zu erhalten, hat das Bundesgericht festgehalten: «Un tel acte ne peut émaner que d'une autorité disposant du pouvoir souverain que représente l'administration de la justice [...], sans quoi on parle d'homicide ou d'assassinat».¹²⁵⁷ Anders gewendet: Der Vollzug einer Todesstrafe sei eine Handlung, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen. Dementsprechend sei ein solcher Akt von Art. 271 StGB erfasst.¹²⁵⁸

Wäre die Schweiz bereit, eine Tötung oder gar einen Mord durch einen ausländischen Staat in der Schweiz durch eine «Bewilligung nach Art. 271 StGB» zu erlauben? Würde sie es allenfalls – analog zum im Fall der ersten Serie Bewilligungen im Steuerstreit¹²⁵⁹ – mit dem Hinweis tun, dass die zivilrechtlichen Risiken vom fremden Staat zu beurteilen und entsprechend abzuwägen sind? Oder würde sie – ganz wie im Rahmen der Musterverfügung im Steuerstreit¹²⁶⁰ – die Auflage erlassen, dass die Bewilligung nicht von der Einhaltung der übrigen Bestimmungen des schweizerischen Rechts entbinde? Würde sie – wie dort – eine Informationspflicht bzgl. eines Klagerechts bis 10 Tage vor Ausführung der verbotenen Handlung für einen fremden Staat vorsehen? Oder würde eine Bewilligung verweigert, weil das Verbot der Todesstrafe dem *ius cogens* zugerechnet werden kann?¹²⁶¹

Wir wissen es nicht.

1256 Zu dieser Frage auch NIGGLI, AJP 2012, 891: «Mit gleicher Argumentation könnte der Bundesrat wohl auch Diebstähle erlauben, oder Sexualdelikte, oder warum nicht Tötungen».

1257 BGer, 9.9.1977, E. 2a, SJ 1978, 359.

1258 S.a. BSK StGB⁴-HUSMANN, Art. 271 N 34; PC CP, Art. 271 N 6.

1259 Vgl. oben Teil I, § 3.III.

1260 Vgl. oben Teil I, § 3.V.

1261 Die Frage ist nicht abschliessend geklärt, statt vieler: BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 10 N 15.

II. Die Ausnahme im Normgefüge

Nun ist es nicht so, dass dem Recht bzw. dem Grundsatz der Legalität Ausnahmen fremd wären. Die Grenzen des Legalitätsprinzips sind bestens untersucht und beschrieben worden. Es hat sich eine reichhaltige Dogmatik dazu entwickelt (vgl. Einleitung, § 4.II.).

Die Polizeigeneralklausel sowie die verfassungsunmittelbaren Interessenwahrungs- und Notrechtskompetenzen in Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV erlauben unter besonderen Umständen gesetzesvertretende Massnahmen. Diesen Verfügungen bzw. Verordnungen kommt die Kraft von Gesetzen – «Gesetzeskraft» – zu. Der Gesetzesanwender, die Exekutive, wird mit dem Erlass gesetzesvertretender Verordnungen und Verfügungen zum Gesetzgeber, zur Legislative. Der Erlass von Gesetzen als Aufgabe der Legislative und die Anwendung von Gesetzen als Aufgabe der Exekutive sind dann keine zeitlich und funktional getrennten Vorgänge mehr, die «liert» werden müssen, sondern *ununterscheidbar*.

Ausnahmslos alle ausserordentlichen rechtlichen Kompetenzerteilungen, die vom Legalitätsprinzip abweichen, haben zwei Gemeinsamkeiten: Ihre Anwendung ist erstens immer subsidiär zur Gesetzgebung. Selbst wenn der Weg der Gesetzgebung aber ausgeschlossen erscheint, ist die Abweichung vom Legalitätsprinzip zweitens nur zum Schutz besonders gewichtiger Interessen – fundamentale Polizeigüter bzw. gewichtige Landesinteressen – erlaubt.¹²⁶²

Die vorliegende Untersuchung hat aufgezeigt, dass in der heutigen international vernetzten Welt grenzüberschreitende Informationsinteressen und damit einhergehende Kooperationsbedürfnisse nicht mehr als ausserordentliches oder unvorhersehbares Phänomen bezeichnet werden können. Der Bedarf an Regeln und Schranken zur internationalen Kooperation ist weder singulär noch unvorhersehbar und steht somit der Gesetzgebung und der völkerrechtlichen Rechtsetzung offen. Sodann gestaltet sich die konkrete Interessenlage kaum je so, dass der Schutz fundamentaler Polizeigüter bzw. gewichtiger Landesinteressen eine aussergesetzliche Kooperation erfordern würde – typischerweise ist gerade das Gegenteil der Fall und Bewohner der Schweiz zählen auf den Schutz vor der Ausübung fremder Staatsgewalt durch Art. 271 StGB.

Die Erteilung einer Kooperationsbewilligung kann daher nicht per se als verfassungsunmittelbare Kompetenz der Exekutiven gelten. Vielmehr erscheint die Erteilung einer solchen Kooperationsbewilligung nur ausnahmsweise in den eng zu verstehenden Schranken von Art. 184 Abs. 3 BV (sowie Art. 185 Abs. 3 BV) zulässig, unter Berücksichtigung der grundrechtlichen Schranken der Polizeigeneralklausel.

Die aktuelle Praxis der «Bewilligung nach Art. 271 StGB» setzt sich deutlich über die Voraussetzungen des Interessenwahrungs- oder Notrechts hinweg. Während sich die ältere Praxis immerhin noch an den Schranken dieser verfassungsunmittelbaren Instrumente orientierte, hat sich die jüngere Praxis vollständig davon abgelöst. Es erfolgt weder eine explizite Prüfung der entsprechenden Voraussetzungen noch ein sinngemässe. Mit der Referenz auf Art. 271 StGB als gesetzliche Grundlage der Bewilligungen wurden jegliche Schranken niedergerissen. Im Ergebnis wird damit nicht weniger als die Anwendbarkeit der Schranken des Interessenwahrungs- oder Notrechts dementiert. Dies ist durchaus wörtlich zu verstehen, im Sinne einer Sprachplanung.¹²⁶³

1262 Zum Ganzen oben Einleitung, § 3.II.D.

1263 Für eine Extremform der Sprachplanung vgl. das sog. *Newspeak* bei ORWELLS 1984, passim, insb. 376 (Anhang: The principles of Newspeak).

§ 3

Handeln jenseits des Rechts

Wenn die Exekutive nicht nur ausserhalb der gesetzlichen und rechtlichen Vorschriften, sondern zugleich auch ausserhalb der Schranken des Interessenwahrungs- und Notrechts handelt, so findet dieses Handeln keine Entsprechung im geltenden Rechtssystem. Ausgerechnet die *letzten Hürden am äussersten Rande des Verfassungsrechts* werden ignoriert. Wollte dieses Handeln für sich beanspruchen, Recht zu sein, bliebe nur eine Qualifizierung als sog. «extrakonstitutionelles Notrecht», mithin die Berufung auf den Ausnahmezustand. Eine Kategorisierung als extrakonstitutionelles Notrecht scheitert indes a priori daran, dass sich der Staat im Rahmen der Bewilligungserteilungen gerade nicht in einer existentiellen Notlage befindet, sondern diese Konstellationen mittlerweile zum «Alltagsgeschäft» zu gehören scheinen.

Eine konturen- und schrankenlose Praxis der «Bewilligung nach Art. 271 StGB» findet keinen Anschluss an bestehenden Rechtsnormen. Sie unterscheidet sich vom Gewohnheitsrecht essenziell darin, dass sie nicht vorhersehbar ist, dass sie nicht auf generell-abstrakten Normen fusst. Sie steht ausserhalb der Rechtsordnung und ist geeignet, das Vertrauen in den schweizerischen Rechtsstaat nachhaltig zu erschüttern. Ein solches exekutives Handeln, das sich keiner bekannten Kategorie fügt, ist eine *creatio ex nihilo*,¹²⁶⁴ zuweilen euphemistisch bezeichnet als Handeln *sui generis*,¹²⁶⁵ – aber gewiss kein Recht. Ein «permanenter Ausnahmezustand» gewissermassen.¹²⁶⁶

Es ist daher unabdingbar, dass diese Praxis ein Ende findet und in die dogmatischen Schranken zurückverwiesen wird. Gerade im vorliegenden Kontext der internationalen Kooperation wäre zu erwarten, dass der Rechtsstaat – will er das in ihn gesetzte Vertrauen bewahren – sich an seinen elementaren Grundpfeilern orientiert.

Allen voran ist dem Legalitätsprinzip Nachachtung zu verschaffen. Wo immer eine internationale Kooperation in Betracht gezogen wird, sind demokratisch legitimierte, generell-abstrakte Normen zu schaffen, welche die Zusammenarbeit unter Berücksichtigung der im Spiel stehenden Interessen moderieren. Nur in singulären Konstellationen, wo eine Gesetzgebung ausnahmsweise nicht möglich erscheint, ist die Erteilung einer Kooperationsbewilligung gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV und/oder Art. 185 Abs. 3 BV überhaupt denkbar. Dann aber sind die Voraussetzungen und Schranken dieser Bestimmungen zwingend zu berücksichtigen.

Dass im Ausnahmefall Rechtsetzung und Rechtsanwendung ununterscheidbar sind, ein Recht *aus der Fuge von Norm und Anwendung selbst* geschaffen wird, mag in den Grenzen

1264 Ähnlich bereits im Zusammenhang mit dem Vollmachtenbeschluss im 2. Weltkrieg: ZIHL-MANN, Notrecht, 86.

1265 Vgl. zur Verwendung dieses Begriffs im Zusammenhang mit dem Vollmachtenbeschluss: Sten. Bull. SR 1939, 544 ff., Sten. Bull. NR 1939, 521 ff.

1266 Vgl. die treffende Beschreibung des klassischen Bildes der Aussenpolitik bei KÄLIN, ZSR 1986, 269.

der Verfassung tolerierbar, möglicherweise sogar unabdingbar sein. Dass aber eine Praxis entwickelt wird, welche die Ausnahme vom Legalitätsprinzip zur Regel macht, kann rechtsstaatlich nicht hingenommen werden.

Schlussbetrachtung

Ein Plädoyer für eine verstärkte, gesetzlich regulierte internationale Kooperation zum Schluss?

Wer den vorangehenden Ausführungen bis zu dieser Schlussbetrachtung gefolgt ist, mag erwarten, dass abschliessend ein Vorschlag zur Lösung der aufgezeigten Problematik skizziert würde, besser noch: ein Plädoyer für eine verstärkte und gesetzlich geregelte Zusammenarbeit vorgebracht würde. Ich kann Sie nur enttäuschen, erlaube mir aber Ihnen – im Sinne eines kurzen Schlusswortes – immerhin meine Motive zu unterbreiten:

Es erschliesst sich nicht, warum die Rechtswissenschaften darum bemüht sein sollen, ein staatliches Handeln, das dem Legalitätsprinzip widerstrebt, auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen. Aus einer kritischen rechtswissenschaftlichen Perspektive kann die Reaktion auf die Konstatierung einer fehlenden Gesetzesgrundlage für eine Praxis der «Bewilligung nach Art. 271 StGB» nur eine sein: Den eklatanten Widerspruch zum rechtsstaatlichen Versprechen der Legalität aufzeigen.

Wollte man stattdessen darum bemüht sein, diese Praxis einer rechtsstaatlich einwandfreien Lösung zuführen, würde dies vorweg über die entscheidenden Fragen hinwegtäuschen: Warum hat sich diese Praxis entwickelt und warum ist sie mit dem Legalitätsprinzip nicht vereinbar? Die Beantwortung dieser Fragen nämlich führt zum Resultat, dass die Praxis – namentlich in jüngerer Zeit – konturenlos, ja geradezu willkürlich entwickelt wurde. Eine solche Praxis lässt sich schon technisch nicht ins Recht fassen. Sie steht quer zu zentralsten Postulaten des Legalitätsprinzips: Der Rechtsgleichheit, der Berechenbarkeit, der Vorhersehbarkeit und der Steuerung der Machtausübung durch die gesetzgebende Gewalt. Es erstaunt denn nicht, dass ein gesetzgeberischer Vorschlag, der den Einwand der fehlenden Gesetzesgrundlage ausräumen sollte – der Entwurf eines Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetzes (ZSSG) – und sich im Wesentlichen mit der Positivierung dieser Willkür begnügte, schliesslich just an der Kritik daran scheiterte.

Dies erhellt, dass aus rechtsstaatlicher Sicht vorerst die Motive für eine derart weitgehende Praxis offengelegt werden müssten. Unbestritten dürfte sein, dass ein Interesse an internationaler Kooperation besteht. Zu diesem Zwecke besteht aber bereits ein weites Regelwerk im Bereich der zivilrechtlichen, der strafrechtlichen und der öffentlichrechtlichen (insbesondere auch der steuerrechtlichen) Amts- und Rechtshilfe. Diese Regeln haben sich grundsätzlich bewährt und fügen sich – mit einige Besonderheiten – in die rechtsstaatliche Struktur ein. Sie moderieren – demokratisch legitimiert – die operative Ausübung ausländischer Interessen mit Wirkung auf schweizerischem Territorium. In ihnen kann richtigerweise kein zulässiger Grund erblickt werden, «Bewilligungen nach Art. 271 StGB» zu erteilen.

Die Ursache für die Umgehung von Amts- und Rechtshilferegeln liegt vielmehr und fast ausnahmslos in Konstellationen, in denen ausländische Akteure das bestehende völkerrechtliche oder nationale Regelwerk nicht beachten wollen. Ein solches Verhalten aber verdient nicht Respekt und Belohnung. Es wird ein fatales Signal für den Rechtsstaat Schweiz ausgesendet, wenn der Bundesrat im Einzelfall ohne gesetzliche Grundlage schwere Eingriffe in rechtlich geschützte Positionen seiner Bewohner nicht nur toleriert, sondern überhaupt erst ermöglicht. Der Bundesrat verwechselt damit seine aussenpolitische Kompetenz und Repräsentationsfunktion mit einer Eingriffskompetenz im Innern. Das soll nicht heissen, dass aktuell keine Lücken im Amts- und Rechtshilferecht bestehen. Ob aber solche bestehen, sollte nicht an den Begehrlichkeiten fremder Staaten gemessen

werden, sondern primär an den Interessen, die zu schützen sich der Schweizer Staat verpflichtet hat. Im Kanon dieser Interessen steht zwar auch die Pflege der Beziehung zu anderen Staaten, die Aussenpolitik. Sie verfügt aber nicht über einen Primat gegenüber anderen von der Rechtsordnung geschützten Interessen. Vielmehr sind die verschiedenen Interessen Verhandlungsgegenstand des politischen Diskurses. Ergibt sich dabei ein Anpassungsbedarf, liegt es am zuständigen Organ – in aller Regel der Legislative – themenspezifisch generell-abstrakte Lösungen zu entwickeln und bei Bedarf ergänzende Auffangregelungen zu schaffen. Sind diese in Kraft gesetzt – und erst dann – kann gestützt darauf eine Kooperation erlaubt werden.

Ein staatliches Handeln bei fehlender rechtlicher Grundlage wird damit nicht gänzlich ausgeschlossen. In internationalen Sachverhalten, wo unter Umständen die geballte Macht eines anderen souveränen Staates auf die Schweiz trifft, kann es sich im Einzelfall aufdrängen, dass sofort und unvorhersehbar Massnahmen getroffen werden, um fundamentale Rechtsgüter zu schützen. Dies mag angesichts eines drohenden Zusammenbruchs des Finanzsystems im Rahmen der UBS-Kundendatenübermittlung an die USA im Jahr 2009 der Fall gewesen sein, doch selbst dort war dies höchst umstritten.¹²⁶⁷ Es ist aber mit Sicherheit nicht der Fall, nur weil das Amts- und Rechtshilferecht für gewisse ausländische Begehrlichkeiten keine Lösung bietet.

Wird in diesen Fällen dennoch auf das Interessenwahrungs- oder Notrecht zurückgegriffen, das für solche Fälle gerade *nicht* vorgesehen ist, wird damit die Verfassung ausgehebelt. Es werden diejenigen Bestimmungen für ausserordentliche Situationen aus den Angeln gehoben, die ihrerseits bereits den äussersten Rand des Verfassungsrechts bilden. Funktional unterscheidet sich ein solches Vorgehen nicht von der Ausrufung eines permanenten Ausnahmezustandes im Bereich der internationalen Kooperation. Dass dies rechtsstaatlich nicht hingenommen werden kann, dürfte der Exekutive bewusst sein: Sie weigert sich bis heute, die tatsächlichen rechtlichen Grundlagen für ihr Handeln zu nennen. Das zu ändern, ist Ziel der vorliegenden Arbeit.

1267 Vgl. oben Teil I, § 3.II.A.

Anhang

Bundesratsbeschlusses vom 7.7.1971 über die Ermächtigung der Departemente und der Bundeskanzlei zum selbständigen Entscheid über die Bewilligungen nach Art. 271 Ziff. 1 (AS 1971 1053 f.)

Bern, den 16. Juli 1971

Nr. 29

1053

Sammlung der eidgenössischen Gesetze

Erscheint nach Bedarf. Preis: Inland Fr. 14.– im Jahr, Fr. 9.– im Halbjahr, Ausland Fr. 22.– im Jahr, zuzüglich Nachnahme- und Postzustellungsgebühr

INHALT: Ermächtigung der Departemente und der Bundeskanzlei zum selbständigen Entscheid über Bewilligungen (S. 1053) – Meteorologische Zentralanstalt (S. 1055) – Instruktionenordnung (S. 1060) – Verordnung über die Requisition (S. 1066) – Medizinalprüfungen (S. 1068) – Walliser Aprikosen (S. 1069 und 1071) – Verwertung der inländischen Schafwolle (S. 1073) – Reiseausweise an Flüchtlinge* (S. 1075) – Europäische Freihandelsassoziation (S. 1076)

Bundesratsbeschluss über die Ermächtigung der Departemente und der Bundeskanzlei zum selbständigen Entscheid über Bewilligungen nach Artikel 271 Ziffer 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches

(Vom 7. Juli 1971)

Der Schweizerische Bundesrat,

gestützt auf Artikel 102 Ziffern 8–10 der Bundesverfassung
und Artikel 23 Absätze 3 und 4 des Bundesgesetzes vom 26. März 1914¹⁾
über die Organisation der Bundesverwaltung,

beschliesst:

Art. 1

¹ Die Departemente und die Bundeskanzlei sind in ihrem Aufgabenbereich zum selbständigen Entscheid über Bewilligungen zur Vornahme von Handlungen für einen fremden Staat, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen (Art. 271 Ziff. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches), ermächtigt.

² Fälle von politischer oder sonst grundsätzlicher Bedeutung sind von den Departementen dem Bundesrat zu unterbreiten.

³ Die Departemente können ihre Befugnis im Einzelfall oder generell ihren Abteilungen oder dem Departementssekretariat übertragen.

¹⁾ BS I 262

Art. 2

¹ Die Bewilligungsgesuche sind vor dem Entscheid dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement zur Stellungnahme vorzulegen. Dieses unterbreitet Fälle, die aussenpolitische Probleme aufwerfen, dem Politischen Departement.

² Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen zwei Departementen legt das in der Sache zuständige Departement den Fall dem Bundesrat zum Entscheid vor.

Art. 3

¹ Alle Entscheide über Bewilligungsgesuche sind dem Politischen Departement und dem Justiz- und Polizeidepartement mitzuteilen.

² Wird eine Bewilligung erteilt, so ist vor Eröffnung des Entscheides an den Gesuchsteller der Bundesanwaltschaft unter Mitteilung der Umstände und allfälliger Auflagen Kenntnis zu geben.

Art. 4

Dieser Beschluss tritt am 1. August 1971 in Kraft.

Bern, den 7. Juli 1971

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident:

Gnägi

Der Bundeskanzler:

Huber

EFD, Wegleitung zur schweizerischen Musterverfügung vom 3. Juli 2013



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD

Wegleitung zur schweizerischen Musterverfügung vom 3. Juli 2013

Herausgegeben vom Eidg. Finanzdepartement am 3. Juli 2013 und einzeln an diejenigen schweizerischen Banken abzugeben, die um eine Bewilligung im Sinne von Artikel 271 StGB ersuchen. Der Zweck dieser Wegleitung ist es, wesentliche Elemente der Musterverfügung hervorzuheben.

I. Allgemeine Bemerkungen

Die schweizerische Musterverfügung bezweckt, schweizerische Banken zu ermächtigen, mit dem US-Justizdepartement (DOJ) zusammenzuarbeiten und insbesondere am freiwilligen Programm des DOJ teilzunehmen, das für schweizerische Banken, gegen die gegenwärtig keine von der Steuerabteilung des DOJ bewilligte strafrechtliche Untersuchung im Gang ist, einen Weg zur Verfügung stellt, um Unsicherheiten in Bezug auf deren Status im Zusammenhang mit laufenden Untersuchungen zu beseitigen und das DOJ bei seinen Bestrebungen zum Gesetzesvollzug zu unterstützen.

Die von der schweizerischen Regierung einer schweizerischen Bank erteilte Bewilligung im Sinne von Artikel 271 StGB ermöglicht es dieser Bank, mit dem DOJ im Rahmen der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen zusammenzuarbeiten und damit tatsächlich am Programm des DOJ teilzunehmen.

Es besteht Einverständnis darüber, dass allein durch die Teilnahme schweizerischer Banken am Programm des DOJ die Entscheide des DOJ nicht beeinflusst werden.

Diese Wegleitung gilt *mutatis mutandis* auch für Bewilligungen an Banken, gegen die bereits eine vom DOJ bewilligte strafrechtliche Untersuchung läuft.

II. Spezifische Bemerkungen

1. In Bezug auf Ziffer 1.1 der Musterverfügung:

- a) Es besteht Einverständnis darüber, dass der Ausdruck „generelle Angaben und Dokumentationen“ alle in Absatz II.D.1 des Programms des DOJ verlangten erheblichen Informationen einschliesst.
- b) Es besteht Einverständnis darüber, dass der in diesem Absatz verwendete Ausdruck „US-Person“ auch juristische Personen (Gesellschaften, Personengesellschaften, Trusts) einschliesst.

2. In Bezug auf Ziffer 1.2 der Musterverfügung:

Es besteht Einverständnis darüber, dass der Ausdruck „Bankkundendaten“ nur persönliche Identifikationsmerkmale des Bankkunden (Name, Adresse, Sozialversicherungsnummer, Kontonummer) umfasst.

3. In Bezug auf Ziffer 1.3 der Musterverfügung:

Es besteht Einvernehmen darüber, dass der Ausdruck „Leaver-Listen“ alle in Absatz II.D.2 des Programms des DOJ verlangten erheblichen Informationen einschliesst.

4. In Bezug auf Ziffer 1.5 der Musterverfügung:

Am 29. Mai 2013 wurde eine Vereinbarung zwischen dem Schweizerischen Bankpersonalverband, dem Arbeitgeberverband der Banken in der Schweiz und der Schweizerischen Bankiersvereinigung unterzeichnet. Sie tritt am Tage der Bekanntgabe des Programms in Kraft. Damit ist die in Ziffer 1.5 festgehaltene Bedingung erfüllt.¹

¹ Materiell verlangt diese Bestimmung, dass sich die Bewilligungsträger an die Bestimmungen in der Vereinbarung tatsächlich halten.

EFD, Musterverfügung (Anhang zur Wegleitung zur schweizerischen Musterverfügung vom 3. Juli 2013)



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Der Bundesrat

Verfügung des Bundesrates

in Sachen

XY,

Gesuchstellerin

vertreten durch [],

betreffend

Gesuch vom [] um Bewilligung gemäss Art. 271 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0)

I. Sachverhalt

1. Variante 1: Die Gesuchstellerin steht aufgrund ihrer Geschäftstätigkeit mit in den Vereinigten Staaten von Amerika steuerpflichtigen Personen wegen möglicher Verletzung amerikanischen Rechts seit [...] in einem Strafverfahren der US-Behörden. Sie hat bis heute noch um keine Bewilligung nach Art. 271 StGB ersucht. / Sie hat bereits am 4. April 2012 eine Bewilligung nach Art. 271 StGB erhalten, die durch die vorliegende Bewilligung ersetzt werden soll.

Variante 2: Die Gesuchstellerin beabsichtigt, am Programm des Department of Justice (DoJ) zur Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten von Amerika teilzunehmen und ersucht in diesem Zusammenhang um eine Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB.

2. [Gesuchsinhalt]

II. Rechtliches

3. Gemäss Art. 31 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV; SR 172.010.1) entscheiden die Departemente und die Bundeskanzlei in ihren Bereichen über Bewilligungen nach Art. 271 Ziffer 1 StGB zur Vornahme von Handlungen für einen fremden Staat. Fälle von politischer oder anderer grundsätzlicher Bedeutung sind gemäss Art. 31 Abs. 2 RVOV dem Bundesrat zu unterbreiten.
4. Nach 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 (Abs. 1). Ferner wird bestraft, wer solche Handlungen für eine ausländische Partei oder eine andere Organisation des Auslandes vornimmt (Abs. 2) und wer solchen Handlungen Vorschub leistet (Abs. 3). Damit eine Tätigkeit als „Handlung für einen fremden Staat“ i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 StGB qualifiziert, genügt es, dass sie im Interesse des fremden Staates geschieht und für ihn bestimmt ist (MARKUS HUSMANN, in: Basler Kommentar Strafrecht II, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 271 N 43). Die Anwendung von Art. 271 Ziff. 1 StGB setzt zudem voraus, dass die Handlung nach schweizerischer Rechtsauffassung ihrem Wesen oder Zweck nach als Amtshandlung zu charakterisieren ist (Urteil des Bundesgerichts 6B 402/2008, E.2.3.2; BGE 114 IV 130).
5. Die vorliegend zu beurteilenden Handlungen auf schweizerischem Gebiet bestehen im Wesentlichen in der Erhebung, Aufbereitung und Übermittlung von Informationen und Unterlagen an das Department of Justice (DoJ). Dadurch soll erreicht werden, dass die amerikanischen Behörden im Hinblick auf eine Bereinigung ohne Anklageerhebung in den Besitz der von ihnen verlangten Informationen und Unterlagen gelangen. Die zu beurteilenden Handlungen der Gesuchstellerin erfolgen für das ausländische Verfahren und damit im Interesse einer ausländischen Behörde. Im Ergebnis liegen Handlungen für einen fremden Staat vor, denen amtlicher Charakter zukommt.
6. Art. 271 Ziff. 1 StGB enthält keine Anhaltspunkte oder Vorgaben für den Entscheid, unter welchen Bedingungen eine Bewilligung zu erteilen ist. Es ist das Interesse an der Wahrung der schweizerischen Gebietshoheit und Souveränität einerseits und das Interesse an der Kooperation mit ausländischen Behörden andererseits zu gewichten und dabei das Interesse der betroffenen Privaten in die Abwägung einzubeziehen.
7. Die Erhebung und Übermittlung von Informationen an die amerikanischen Behörden aufgrund der Geschäftstätigkeit der Gesuchstellerin mit in den Vereinigten Staaten von Amerika steuerpflichtigen Personen wegen möglicher Verletzung amerikanischen

Rechts stellen keine übermässig schweren Eingriffe in die Souveränität der Schweiz dar. Auf der anderen Seite besteht ein erhebliches Interesse der Gesuchstellerin an der Kooperation mit den amerikanischen Behörden. Der Verwendungszweck der zu erhebenden und zu übermittelnden Informationen besteht schlussendlich in der Vermeidung einer Anklage durch das DoJ gegen die Gesuchstellerin. Eine Anklageerhebung hätte für die Gesuchstellerin einschneidende Konsequenzen im wirtschaftlichen Verkehr mit den USA. Die Gesuchstellerin droht von Transaktionen in US-Dollar abgeschnitten zu werden. Die daraus resultierenden operativen und finanziellen Einschränkungen könnten die Gesuchstellerin erheblich schädigen oder gar in ihrer Existenz bedrohen.

8. Mit einer Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB ist nur eine Strafbarkeit nach dieser Bestimmung ausgeschlossen. Die Bewilligung entbindet aber nicht von der Einhaltung der übrigen Bestimmungen des schweizerischen Rechts, insbesondere nicht von der Beachtung bestehender Geschäfts- und Bankkundenheimnisse, der Bestimmungen über den Datenschutz und der Verpflichtungen als Arbeitgeberin. Die vorliegende Bewilligung erlaubt deshalb eine Kooperation mit den US-Behörden nur im Rahmen der schweizerischen Gesetzgebung.
9. Im Rahmen der Interessenabwägung ist den Persönlichkeitsrechten potentiell betroffener gegenwärtiger und ehemaliger Mitarbeitenden der Gesuchstellerin sowie betroffener Dritter durch Informationspflichten und Auskunftsrechte Rechnung zu tragen. Für die gegenwärtigen und ehemaligen Mitarbeitenden sind zudem weitergehende Fürsorgepflichten und ein angemessener Diskriminierungsschutz vorzusehen. Von den betroffenen Dritten miteingefasst sind auch die in den Leaver-Listen aufgeführten Empfängerbanken. Als Leaver-Listen gelten Listen, die nicht-personalisierte Daten im Zusammenhang mit der Schliessung von Konten und dem damit verbundenen Transfer von Geldern auf eine andere Bank im In- oder Ausland enthalten.
10. Kundendaten sind von der vorliegenden Bewilligung nicht erfasst. Diese dürfen nur im Rahmen der bestehenden Abkommen mit den USA im Bereich der Doppelbesteuerung auf dem Weg der Amtshilfe übermittelt werden. Unter diesen Bedingungen sind keine überwiegenden Interessen Dritter ersichtlich, welche einer Bewilligungserteilung entgegenstehen.
11. Bewilligungen nach Art. 271 Ziff. 1 StGB sind zu befristen. Vorliegend wird die Bewilligung für ein Jahr erteilt. Eine Verlängerung ist auf begründetes Gesuch hin möglich. Zudem kann die Bewilligung widerrufen werden, wenn Auflagen oder Bedingungen verletzt werden.
12. Gemäss Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Gebührenverordnung (AllgGebV) vom 8. September 2004 (SR 172.041.1) hat eine Gebühr zu bezahlen, wer eine Verfügung veranlasst oder eine Dienstleistung beansprucht. Die Gebühr wird vorliegend auf CHF [..] festgelegt.

Gestützt darauf wird verfügt:

1. Der Gesuchstellerin und den tatsächlich für sie handelnden natürlichen Personen wird im Zusammenhang mit der Bereinigung ihrer rechtlichen Situation mit den USA gestützt auf Artikel 271 Ziffer 1 StGB bewilligt, mit den zuständigen US-Behörden im Rahmen der schweizerischen Gesetzgebung zu kooperieren. Die Bewilligung wird für folgende Bereiche und unter nachfolgenden Bedingungen erteilt:

1.1 Relevante Daten

Die Bewilligung erfasst generelle Angaben und Dokumentationen zum Geschäftsgebarren der Gesuchstellerin sowie Informationen zu Geschäftsbeziehungen, die einen Bezug zu einer US-Person gemäss Artikel 2 Absatz 1 Ziffer 26 des Abkommens vom 14. Februar 2013¹ zwischen der Schweiz und den USA über die Zusammenarbeit für eine erleichterte Umsetzung von FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act) haben.

1.2 Bankkundendaten

Die Bewilligung erstreckt sich nicht auf Bankkundendaten. Diese dürfen nur gestützt auf ein Ersuchen gemäss Artikel 26 des Abkommens vom 2. Oktober 1996² zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und dem Protokoll vom 23. September 2009³ zur Änderung des Abkommens an die US-Behörden übermittelt werden.

1.3 Leaver-Listen

- a. Als Leaver-Listen gelten Listen, die nicht-personalisierte Daten im Zusammenhang mit der Schliessung von Konten und dem damit verbundenen Transfer von Geldern auf eine andere Bank im In- oder Ausland enthalten.
- b. Banken mit Sitz in der Schweiz, die auf solchen Listen erscheinen, sind mindestens 20 Tage vor der geplanten Herausgabe an die US-Behörden über die sie betreffenden Daten zu informieren. Eine Kopie des Informationsschreibens ist der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA zuzustellen.
- c. Leaver-Listen, die an die US-Behörden herausgegeben werden, dürfen keine Informationen enthalten, welche die Identität von Bankkunden offenlegen.
- d. Enthalten Leaver-Listen Informationen, welche die Identität von (ehemaligen und gegenwärtigen) Mitarbeitenden oder von Dritten offenlegen, sind Ziffer 1.4 und 1.5 einzuhalten.

1.4 Personendaten von Mitarbeitenden und Dritten:

- a. Es dürfen nur Personendaten von (ehemaligen und gegenwärtigen) Mitarbeitenden herausgegeben werden, die innerhalb der Bank Geschäftsbeziehungen nach Ziffer 1.1 organisiert, betreut oder überwacht haben, sowie von Dritten, die für solche Geschäftsbeziehungen in ähnlicher Weise tätig waren.
- b. Personendaten von (ehemaligen und gegenwärtigen) Mitarbeitenden und Dritten dürfen nur herausgegeben werden, 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 die Daten stammen, informiert werden.

¹ BEI 2013 3243

² SR 0.672.933.61

³ BEI 2010 247; von der Schweiz ratifiziert, aber noch nicht in Kraft

- c. Sollen Daten entgegen dem Willen einer betroffenen Person herausgegeben werden, weist die Gesuchstellerin die Person auf ihr Klagerecht nach Artikel 15 Datenschutzgesetz hin. Sie übermittelt Personendaten, welche diese Person betreffen, frühestens zehn Tage nach erfolgter Mitteilung, wenn keine Klage betreffend Verbot der Datenbekanntgabe anhängig gemacht wird, oder nachdem die Klage rechtskräftig abgewiesen wurde.

1.5 Vereinbarung mit Personalverbänden

Vor Übermittlung von Daten über (ehemalige und gegenwärtige) Mitarbeitende muss für deren höchstmöglichen Schutz mit den Personalverbänden eine Vereinbarung abgeschlossen werden. Eine solche Vereinbarung muss:

- a. die arbeitsvertragsrechtlichen Fürsorgepflichten näher darlegen und namentlich die Übernahme der Anwaltskosten zur Wahrung der Interessen der Mitarbeitenden vorsehen;
 - b. eine Härtefallregelung für Mitarbeitende vorsehen, die durch die Übermittlung ihrer Daten in eine persönlich, finanziell oder wirtschaftlich schwierige Situation geraten;
 - c. einen Schutz vor Diskriminierung vorsehen, nach welchem Banken namentlich darauf verzichten, Stellenbewerbern Fragen zur Betroffenheit durch Datenlieferungen an die amerikanischen Behörden zu stellen;
 - d. einen Schutz vor Entlassung vorsehen, wenn eine Mitarbeitende oder ein Mitarbeitender im Zusammenhang mit einer Geschäftsbeziehung zu einer US-Person eine Diskriminierung glaubhaft macht.
2. Die Bewilligung ist auf ein Jahr befristet. Eine Fristverlängerung ist auf begründetes Gesuch hin möglich. Die Bewilligung kann widerrufen werden, wenn Bedingungen nach Ziffer 1 nicht eingehalten werden.
 3. *[Die vorliegende Bewilligung ersetzt die Bewilligung des Bundesrats vom 4. April 2012.]*
 4. Die Strafbarkeit nach Art. 271 StGB entfällt im Rahmen der vorliegenden Bewilligung bei Einhaltung der Bedingungen nach Ziffer 1, entbindet die Gesuchstellerin aber nicht von der Beachtung anderer nach Schweizer Recht auf den Sachverhalt anwendbarer Bestimmungen. Die Missachtung der Bedingungen nach Ziffer 1 kann zudem gestützt auf Art. 292 StGB mit Busse bestraft werden.
 5. Die Gebühr für die vorliegende Verfügung in der Höhe von CHF [..] wird der Gesuchstellerin auferlegt. Sie ist innert 30 Tagen zu überweisen und wird separat in Rechnung gestellt.

3003 Bern,

Im Auftrag des Schweizerischen Bundesrates

Zu eröffnen an:

☐ die Gesuchstellerin, über ihren Rechtsvertreter (Einschreiben)

Kopie an:

☐ Bundesanwaltschaft, Taubenstrasse 16, 3003 Bern

Zu dieser Reihe:

Grundlagenforschung erscheint heute wichtiger denn je. So notwendig gerade auch juristische Grundlagenforschung erscheint, so stiefmütterlich aber wird sie behandelt. Die vorliegende Reihe entspringt (wie alles in der Gesellschaft) einem Bedürfnis: «Grundlegendes Recht» (GrundR) schafft ein bisher in dieser Form fehlendes Forum für all jene, die über die gesellschaftstheoretischen und soziologischen Dimensionen unseres Rechts – über dieses seltsame «entre-deux» zwischen Law & Society – sinnieren. GrundR ist weder thematisch, wissenschaftlich noch sprachlich beschränkt. Arbeiten aus allen «Rechts»-Bereichen und aus allen Fakultäten werden aufgenommen, sofern sie in hervorragender Weise zur Erschliessung des «Grundes» des Rechts beitragen.

In jüngerer Zeit haben der Bundesrat und die Bundesverwaltung eine Praxis etabliert, grenzüberschreitende Amts- und Rechtshilfehandlungen ausserhalb des gesetzlichen und völkerrechtlichen Regelwerkes in Form einer «Bewilligung nach Artikel 271 StGB» zu erlauben. Art. 271 StGB ist eine Verbotsnorm, die Eingriffe in die staatliche Souveränität, etwa durch die Nichteinhaltung der Schranken des Amts- und Rechtshilferechts, pönalisiert. Wie nun kann es sein, dass die Exekutive just darin eine Ermächtigung erblickt, solche Handlungen zu erlauben? Die Untersuchung zeigt, dass nicht eine Strafnorm, sondern – neben dem Notrecht – einzig das verfassungsunmittelbare Interessenwahrungsrecht (Art. 184 Abs. 3 BV) eine Rechtsgrundlage für solche Bewilligungen bilden kann. Die Dissertation enthält eine umfassende Darstellung der Vorgaben und Schranken beim Erteilen einer solchen Bewilligung nach Massgabe von Art. 184 Abs. 3 BV. An diesen Rahmen hält sich die aktuelle Praxis nicht, wodurch letztlich ein «permanenter Ausnahmezustand» im Bereich der internationalen Kooperation geschaffen wird. Vor diesem Hintergrund plädiert der Autor dafür, dass die Bewilligungspraxis in die dogmatischen Schranken zurückverwiesen wird.

ISBN 978-3-7190-4460-2

