

Institut für Rechtswissenschaft
und Rechtspraxis



Universität St. Gallen

Prof. Dr. Peter Nobel
(Herausgeber)

St. Galler Bankrechtstag 2009

Institutionengefüge zum Finanzmarkt



Stämpfli Verlag AG Bern

Banken zwischen internationaler Amts- und Rechtshilfe

Die Aushöhlung des schweizerischen Bankgeheimnisses: ein langer Marsch

PAOLO BERNASCONI

Inhalt

Einleitung	251
I. Nicht zu bremsende internationale Rechtshilfe.....	251
1. Aschenputtel wird Prinzessin	251
2. Von Skepsis zu Äquivalenz	252
3. In dubio pro rogatoria	253
II. Zusammenspiel zwischen internationaler Rechtshilfe und Geldwäschereiabwehr: Eine heilige Allianz?	255
1. Geldwäschereiabwehr erhöht Rechtshilfequalität	255
2. Aushöhlung des Grundsatzes der doppelten Strafbarkeit zu Gunsten grenzüberschreitender Untersuchungen gegen Geldwäscherei	256
III. Internationale Rechtshilfe zur Verfolgung ausländischer Steuerdelikte	258
1. Internationale Rechtshilfe auch betreffend Steuerhinterziehung	258
2. Vollständige internationale Rechtshilfe auch betreffend organisiertem Abgabebetrug und bei Geldwäscherei	258
3. Ausländische Kriminalisierung von Steuerdelikten	259
IV. Internationale Amts- und Rechtshilfe: Folgen einer Klonation	260
1. Schliessung von Verfahrenslücken.....	260
2. Plädoyer für ein Bundesgesetz über internationale Amtshilfe in Verwaltungs- bzw. Steuersachen.....	261
3. Gegenstand eines neuen Bundesgesetzes	262

Beilagen

Anhang 1	Bankgeheimnis: Ausnahmen zugunsten ausländischer Verfahren bei Steuerbetrug und -hinterziehung.....	264
Anhang 2	Lüftung des schweizerischen Bankgeheimnisses in Bezug auf die Fiskalität mit der Europäischen Union.....	265
Anhang 3	“Acquis Suisse“ im Bereich des internationalen Rechts- hilferechts (ein Ausblick).....	266

Anhang 4	“Acquis Suisse“ gemäss dem zweiten Zusatzprotokoll zum Übereinkommen des Europarates über die Rechtshilfe in Strafsachen	267
Anhang 5	Unterschiede zwischen internationaler Amts- und Rechts- hilfe	268

Einleitung

Internationale Amts- und Rechtshilfe wurde von den Schweizer Banken und anderen Finanzintermediären als ein trojanisches Pferd der ausländischen Behörden zu steuerlichen Zwecken bezichtigt und deswegen gefürchtet und bekämpft. Unbestreitbar handelt es sich um den wichtigsten und sensibelsten Bereich derjenigen Ausnahmen des Schutzes des Bankgeheimnisses, die gemäss dem letzten Absatz von Art. 47 BankG erlaubt sind. Zur Auslegung der geltenden und zum Verständnis der bevorstehenden Normen hilft die Beobachtung der verschiedenen sich stetig entwickelnden Tendenzen. Die zahlreichen Enthüllungen von Mafiageldern und Potentatenschätzen während den Siebziger bis hin zu den Neunziger Jahren brachten das Schweizer Parlament und den Bundesrat nach trölerischem Hin und Her zur Annahme der 40 FATF Empfehlungen zur Abwehr der Geldwäscherei, was durch das Rechtshilfe-recht auch zu unvorhergesehenen neuen Rissen im Damm des Bankgeheim-nisschutzes führte. Nun wackelt sogar das ganze historische Gebäude zum Schutz der persönlichen Geheimsphäre. Seit Jahren (als *vox clamans in deser-to*) warnen wir, dass die gefährlichsten Feinde des schweizerischen Bankgeheimnisses diejenigen sind, die es missbrauchen: Nach jahrelang akribisch geführten, verdeckten Ermittlungen drängte die US Regierung die UBS und sogar die schweizerische Regierung in die auswegloseste Ecke. Die UBS und die anderen nicht weniger verwickelten schweizerischen Finanzintermediäre, die die Verletzung des *Qualified Intermediary Agreement* und des so genannten *UE-Quellensteuerübereinkommens* durch deren Kunden als US- und EU-Steuerpflichtige systematisch unterstützten, haben es geschafft: Zusammen mit dem Bankgeheimnis wackelt auch die Rechtssicherheit, wie die jüngsten Ereignisse im Bereich der internationalen Amts- und Rechtshilfe mit dem *US Internal Revenue Service* beweisen.

I. Nicht zu bremsende internationale Rechtshilfe

1. *Aschenputtel wird Prinzessin*

Nachdem während Jahrzehnten die internationale Rechtshilfe durch die er-suchten schweizerischen Straf- und Verwaltungsbehörde als Aschenputtel behandelt worden war, wurde sie allmählich und immer entschiedener als allmächtigste Prinzessin gepriesen. Ob diese Weichenstellung der Überzeu-gung entsprang, gemäss welcher die Kriminalität nur grenzüberschreitend wirksam verhütet werden kann, oder aus dem ausländischen politischen Druck erzeugt wurde, bleibt heute nur eine Frage für Geschichtsschreiber.

2. *Von Skepsis zu Äquivalenz*

Solange die ausländischen Rechtshilfeersuchen als ein lästiges Übel galten, wurde ihre Behandlung nicht nur in die Länge geschoben, sondern auch *de facto* dadurch torpediert, so dass die vom schweizerischen Strafprozessrecht vorgesehene Zwangs- und Ermittlungsmassnahmen nicht oder nur tröpfchenweise zur Anwendung kamen. Ein bekanntes unrühmliches Beispiel: Ersuchte die ausländische Strafbehörde einen bestimmten Deliktserlös durch Beschlagnahme eines bestimmten Bankkontos ausfindig zu machen, kriegte sie als Antwort, dass dieser Erlös aus dem Konto schon zu Gunsten eines anderen Bankkontos überwiesen worden war, ohne dass an die ausländische Behörde Angaben betreffend das kreditierte Konto geliefert wurden. Infolgedessen zwang man die ausländische Behörde, noch ein zweites Ersuchen zu erstatten, währenddessen der Inhaber des zweiten Kontos über genügend Zeit verfügte, den Deliktserlös endgültig anderswo verschwinden zu lassen.

Das altbewährte Muster des Übermassverbotes wurde nur dank der Einführung des bundesgerichtlichen Begriffes der „utilité potentielle“ aufgehoben, was unter dem Gesichtspunkt der wirksameren Bekämpfung der Geldwäscherei nur zu begrüßen war. Das führte aber allmählich zur faktischen Aushöhlung des Schutzes der Privatsphäre, weil es auch betreffend Bankbelege unmöglich wurde, die zu hoch angesetzte Schwelle zu überwinden. In der Tat verlangt diese *Maxime*¹, dass ausschliesslich diejenigen Beweismittel nicht übermittelt werden, deren Nützlichkeit für das ausländische Strafverfahren mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann. Demzufolge trauen heutzutage damalige ausländische Staatsanwälte ihren Augen nicht: Das Äquivalenzprinzip² herrscht auf der ganzen Linie in dem Sinne, als dass die ersuchte schweizerische Behörde im Interesse der wirksamen Ausführung ausländischer Rechtshilfeersuchen dieselben strafprozessualen Mittel einsetzt, wie sie sie im Interesse eines inländischen Strafverfahrens einsetzen würde. Einige Mittel, wie zum Beispiel die Bankkontenüberwachung³, wurden sogar früher und leichter zu Gunsten von Rechtshilfeverfahren als zu Gunsten schweizerischer Strafverfahren angewandt. Demnach stimmt der breit und wirksam gewordene „*Acquis suisse*“ im Rechtshilferecht mit demjenigen des zweiten Zusatzprotokolls zum Übereinkommen des Europarates über die Rechtshilfe in Strafsachen überein (vgl. Anhang 4).

¹ BGE 122 II 367 E. 2c

² Auch wenn es das erste Mal explizit nur anlässlich der Verabschiedung des EU-Steuerbetrugsabkommens erwähnt worden ist.

³ Vom Art. 284 der am 5. Oktober 2007 verabschiedeten Schweizerischen Strafprozessordnung (siehe Praxiskommentar von NIKLAUS SCHMID, Zürich 2009, S. 538 ff.) vorgesehen.

3. *In dubio pro rogatoria*

Durch die am 1. Februar 1997 in Kraft getretene einschneidende Revision des Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG) beabsichtigte der Gesetzgeber die Aufhebung der auffallendsten Mängel des schweizerischen Rechtshilferechts. Auf die gleiche Weise entwickelte sich demzufolge auch die Praxis der ersuchten schweizerischen Straf- und Verwaltungsbehörde, die in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stets starke Rückendeckung fand. Im Folgenden werden einige Beispiele aufgelistet, dank deren Anwendung die Zahl der an die ausländischen Strafbehörden übermittelten Bankbelege enorm zunahm:

- a) Wenn ein Bankgeheimnisträger, d.h. Bankbeamter oder -angestellter bzw. ein Geschäftsgeheimnisträger, oder irgend ein anderer Finanzintermediär, als Zeuge in Ausführung eines ausländischen Rechtshilfeersuchens verhört wird, steht ihm in der Regel die Legitimation nicht zu, sich gegen den Beschluss der ersuchten schweizerischen Behörde, sein Protokoll bzw. die seinerseits anlässlich seiner Verhörnahme angelieferten Belege an die ersuchende ausländische Behörde weiter zu übermitteln, zu beschweren.
- b) Werden Beweismittel, z.B. Bank- oder Buchhaltungsbelege sowie Hard- oder Software, rechtshilfeweise im Interesse eines ausländischen Strafverfahrens beschlagnahmt, wird als beschwerdelegitimiert nur derjenige anerkannt, der zu den Räumen, wo sie aufbewahrt worden waren, zugangsberechtigt ist. Als Folge dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann der Kunde von Banken oder anderen Finanzintermediären gegenüber den ausländischen Begehren sein Recht auf das Bankkunden- oder Geschäftsgeheimnis nicht geltend machen.⁴
- c) Die ersuchende ausländische Behörde ist gemäss Art. 65a IRSG befugt, an der Prüfung der in der Schweiz beschlagnahmten Bankbelege teilzunehmen, sogar bevor diese Belege formell an die ersuchende ausländische Behörde übermittelt werden. Die Mehrheit der Beschwerden gegen Beschlüsse dieser Natur wird vom Bundesgericht bzw. vom Bundesstrafgericht systematisch abgewiesen, und zwar gestützt auf die in Wirklichkeit ständig widerlegte Meinung, die teilnehmenden Vertreter ausländischer Behörden würden ihr Diskretionsversprechen in Bezug auf die wäh-

⁴ Und dies sogar, wenn der Berechtigte an den Lagerräumlichkeiten untätig bleibt oder wenn ihm die Beschwerdelegitimation wegen ungenügender schutzwürdiger Eigeninteresse streitig gemacht wird. BStGer 2007, 136. E. 3.3, 3.4.

rend der – manchmal in Abwesenheit der Vertreter der Schweizer Behörden – durchgeführten Aussortierung von Bankbelegen erhaltenen Auskünfte strikte einhalten, d.h. dass sie diese bis zum endgültigen Bewilligungsentscheid der schweizerischen Behörde nicht verwenden werden.

- d) In Ausführung ausländischer Rechtshilfeersuchen kann die schweizerische Behörde den Inhalt des Dossiers eines schweizerischen Strafverfahrens völlig oder teilweise an die ersuchende ausländische Behörde übermitteln, inbegriffen Bankbelege und Protokolle von Bankgeheimnisträgern, die im Rahmen der Untersuchung eines schweizerischen Strafverfahrens eingeholt wurden. Gegen einen solchen Beschluss besteht keine Möglichkeit, sich vor einer oberen Instanz zu beschweren, da gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein solcher Beschluss keine Zwangsmassnahme durch die ersuchte schweizerische Behörde voraussetzt⁵. Eine solche Praxis verletzt aber die Schutzwürdigkeit des Vertrauens jeder einvernommenen Person auf die Nichtherausgabe ihrer Einvernahmeprotokolle an das Ausland, ausser sie würde im Voraus darüber benachrichtigt und ihre Zustimmung würde formell eingeholt.⁶
- e) Die sog. „Fishing Expedition“, d.h. die Beweisausforschung bei einer oder mehreren Banken in Ausführung eines ausländischen Rechtshilfeersuchens, wird von der Doktrin und Rechtsprechung verpönt. In der Praxis kommt sie jedoch fast nie zur Anwendung. Beweis dafür sei, dass wenige bundesgerichtliche Urteile bekannt sind⁷, die das Vorhandensein einer verpönten Fishing Expedition im Rahmen der Ausführung eines ausländischen Rechtshilfeersuchens anerkannt haben.
- f) Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung werden die Beschwerden, die gegen eine Zwischenverfügung zur vorläufigen Bankkontenbeschlagnahme in Ausführung ausländischer Rechtshilfeersuchen ergehen, systematisch abgewiesen.⁸
- g) Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung werden in Anwendung des Grundsatzes der "potentiellen Benutzbarkeit", "utilité

⁵ BGer E. 1A.123/2006 vom 28. August 2006 E. 1.3.

⁶ Die Frage des Gutglaubensschutzes wird im Urteil BStGer 2007.79, E. 1.6.3 behandelt.

⁷ RR 2007.64 vom 3. September 2007, E. 3.2 – 3.4; RR 2007.166 vom 15. April 2008, E. 2.6

⁸ Siehe als Beispiel RR 2007.126 vom 26. September 2007, E.2.

potentielle"⁹, systematisch Beschwerden abgewiesen, die gegen den Beschluss der ersuchten schweizerischen Behörde gerichtet sind, Bankbelege oder andere Beweismittel an die ausländischen ersuchenden Behörden zu übermitteln, mit Ausnahme derjenigen Belege und Beweismittel, für welche mit absoluter Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass sie im Interesse des ausländischen Strafverfahrens nützlich sein könnten.

II. Zusammenspiel zwischen internationaler Rechtshilfe und Geldwäschereiabwehr: Eine heilige Allianz?

1. *Geldwäschereiabwehr erhöht Rechtshilfequalität*

Das schweizerische System der Geldwäschereiabwehr verfolgte unter anderem das Ziel, nicht nur bessere Transparenz betreffend die Herkunft der Vermögenswerte, sondern auch betreffend deren Bestimmung und die Identität der damit als Bankkunden und Finanzintermediäre involvierten Personen zu schaffen. Als Korollar dieser Transparenz spielte auch die Verpflichtung eine Rolle, zu Lasten aller in der Schweiz tätigen Finanzintermediäre die im Zeichen der Transparenz eingeholten Angaben stetig aktenkundig zu machen. Das gilt nicht nur für die Identität des wirtschaftlich Berechtigten hinsichtlich der betreffenden Vermögenswerte, sondern auch für die so genannten Persönlichkeitsprofile der Kundschaft sowie für die Anlageprofile, den Inhalt der Besuchsprotokolle und die Ergebnisse der so genannten besonderen Abklärung gemäss Art. 6 GwG. Es ist genau dies der Zweck, solche Angaben einzuholen, um den Finanzintermediären ein möglichst komplettes Bild über die Kundschaft, inbegriffen ihre Privatsphäre, zur Verfügung zu stellen. Das gilt aber auch für diejenigen Straf- und Verwaltungsbehörden, die dafür zuständig sind, Daten und Beweismittel nicht nur im Interesse inländischer, sondern auch ausländischer Verfahren einzuholen. Deswegen hat sich die Qualität der Angaben wesentlich erhöht, die somit auch zu Gunsten ausländischer Strafverfahren zur Verfügung stehen. Aus dem Gesichtswinkel der Kundschaft scheint diese Tatsache aber fragwürdig: Ohne dass der Kunde davon Kenntnis nehmen kann, verfassen Finanzintermediäre den Inhalt solcher Bankbelege einseitig und – was noch gravierendere Folgen haben könnte – ohne irgendwelche Kontrolle und Berichtigungsmöglichkeit seitens der Kundschaft. Das führt dazu, dass die Bankkunden im Rahmen eines Amts- oder Rechtshilfe-

⁹ ZIMMERMANN ROBERT, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Berne 2009, Kapitel 282, S. 263.

verfahrens oder im Rahmen eines in ihrem Land geführten Strafverfahrens über den Inhalt von Belegen, die in ihrem Unwissen aktenkundig gemacht worden sind, befragt werden können. Über das Bestehen solcher Auskünfte persönlicher und wirtschaftsrelevanter Art kann die im Ausland für die Strafverfolgung zuständige Behörde Kenntnis bekommen, wenn das durch diese ausländische Behörde geführte Strafverfahren genügend mediatisches Echo verursacht. In der Tat müssen die Schweizer Finanzintermediäre in solchen Fällen eine Pflichtmeldung an die Meldestelle erstatten, die durch die Schweizer Strafbehörde durch die von Art. 65a IRSG vorgesehene spontane internationale Rechtshilfe gerade auf dem Schreibtisch der oben genannten ausländischen Strafbehörde landen kann.¹⁰

2. *Aushöhlung des Grundsatzes der doppelten Strafbarkeit zu Gunsten grenzüberschreitender Untersuchungen gegen Geldwäscherei*

Der schweizerische Gesetzgeber mass der klaren Trennung zwischen Geldwäscherei einerseits und Steuerdelikten andererseits immer wesentliche Bedeutung bei. Gerade das Gegenteil geschah im Ausland, wo der Gesetzgeber diese Trennung immer schmälerte, wenn nicht völlig verkannte, und wo die Steuerbehörden wussten, dass die Qualifizierung eines steuerlichen Tatbestandes als Geldwäscherei die Tore der Schweizer Banken wie mit einem Passepartoutschlüssel öffnete. Trotzdem wurde bundesgerichtlich stets entschieden, dass das Rechtshilfeersuchen nicht notwendigerweise zu präzisieren hat, worum es sich bei der Haupttat handelt, sondern sich darauf beschränken kann, lediglich das Bestehen der verdächtigen Transaktionen zu erwähnen¹¹.

¹⁰ Siehe detaillierte Beschreibung bei BERNASCONI PAOLO, Legal and Reputational Risk in Private Banking, in: Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz, Festschrift 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen (HSG), Rechtswissenschaftliche Abteilung der Universität St. Gallen (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2007, S. 317-334.

¹¹ Es folgt die vollständige freie Übersetzung der auf italienisch verfassten Erwägung 2.5 des Bundesgerichtsurteils Nr. 1A.36/2005 vom 29. April 2005: "2.5 Auch die Rüge des Mangels an Begründung betreffend das Nichtvorhandensein von Erwägungen bezüglich der Erfüllung der objektiven und subjektiven Voraussetzungen für die Straftat der Geldwäscherei und derjenigen, die dieser vorangehen muss (Vortat), hält nicht Stand. In der Tat erkennt die Beschwerdeführerin, dass das Rechtshilfeersuchen laut Rechtsprechung nicht notwendigerweise zu präzisieren hat, worum es sich bei der Haupttat handelt, sondern sich darauf beschränken kann, lediglich das Bestehen der verdächtigen Transaktionen zu erwähnen. Es geschieht nämlich nicht selten, dass eine strafbare Tätigkeit indirekt aufgedeckt wird, und zwar durch das Aufspüren von unerlaubten Gewinnen, und dass die Rechtshilfe eben genau in dieser Absicht verlangt wird, was dem Rechtsbegriff der "so weitgehend als möglichen"

Diese Auffassung verkennt, dass sich der wesentliche Grundsatz der doppelten Strafbarkeit im Rechtshilferecht auf alle Tatbestandsmerkmale stützt, welche die im Rechtshilfeersuchen beschriebene Straftat charakterisieren, d.h. auch auf die Qualifizierung als Verbrechen der Geldwäscherei-haupttat. Trotzdem setzte sich die Ausdehnung dieser Rechtsprechung fort.¹²

Somit wurde die folgende Rechtsnorm angewandt, auch wenn sie für die Schweiz noch nicht in Kraft getreten war:

"Each Party shall ensure that a conviction for money laundering under this article is possible where it is proved that the property, the object of paragraph 1.a or b of this article, originated from a predicate offence, without it being necessary to establish precisely which offence."
(Art. 9 Ziffer 6 der Konvention N. 198 des Europarates vom 16. Mai 2005 über Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten).

Rechtshilfe entspricht, wovon nicht nur in Art. 1 Abs. 1 EUeR die Rede ist, sondern auch in den Art. 7 Abs. 1 und 8 Abs. 1 GwUe. Gemäss Art. 27 Abs. 1 lit. c GwUe muss jegliches Hilfeersuchen, das sich auf das besagte Übereinkommen stützt, das Datum sowie Ort und Umstände der "Straftat" enthalten. Entgegen dem im Rekurs enthaltenen Standpunkt bezieht sich dieser letztere Begriff lediglich auf die Straftat der Geldwäscherei, welche in Art. 6 GwUe definiert ist, und nicht auf die Straftaten, die ihr vorangegangen sind; diese werden nämlich in Art. 1 lit. e GwUe mit der spezifischen Benennung "Haupttat" definiert. Aus diesem Grunde ist es so, dass wenn die ersuchende Behörde den Verdacht auf Geldwäscherei hegt und zu diesem Zweck Rechtshilfe verlangt, sie nicht notwendigerweise angeben muss, worum es sich bei der Haupttat handelt. Die Schweiz kann demnach die Rechtshilfe auch dann gewähren, wenn der Verdacht auf Geldwäscherei, wie im vorliegenden Fall, ausschliesslich auf dem Vorliegen von verdächtigen Transaktionen gründet (BGE 129 II 97 Erw. 3; Zimmermann Robert, *L'entraide judiciaire internationale en matière pénale*, Bern 2003, Nr. 367)". Siehe auch RR.2008.221 vom 9. Juli 2009 E. 9.

¹² Bundesgerichtsurteil 1A.111/2004 vom 29. Juni 2004 und BGE 121 II 241, Erw. 3c: *"Lorsque la demande vise à éclaircir le cheminement de fonds d'origine délictueuse, il convient d'informer l'Etat requérant de toutes les transactions opérées au nom des sociétés et des comptes impliquées dans l'affaire"*

BGE 129 II 97 Erw. 3.3, Seite 100: *"(...) l'ampleur des transactions mentionnées dans la demande, dénuées de justifications apparentes, l'utilisation de très nombreuses sociétés réparties dans le monde entier, (...) pouvaient légitimement susciter des soupçons"*.

Bundesgerichtsurteil 1A.209/2005 vom 29. Januar 2007, Erw. 3.6, betreffend Ausführung eines Rechtshilfeersuchens der Staatsanwaltschaft von Mailand wegen Vermögensdelikten, Steuerhinterziehung und Geldwäscherei (*Es folgt eine Übersetzung aus dem italienischen Originaltext des 2. und 3. Satzes der Erwägung 3.6*): *"Die Notwendigkeit, dass über alle beschlagnahmten Dokumente verfügt werden kann, um auf umfassende Art und Weise die komplexen Finanzierungsströme, welche Gegenstand der Untersuchung sind, rekonstruieren und eventuelle weitere verdächtige Transaktionen auffinden zu können, ist offensichtlich. Die Übergabe aller Bankinformationen ist klar angebracht und zweckmässig, um die Untersuchungen fortschreiten zu lassen (BGE 126 II 285 Erw. 9c)."*

Davon profitierten auch ausländische Rechtshilfeersuchen im Interesse ausländischer Strafverfahren, in deren Rahmen Steuerdelikte verfolgt wurden.

III. Internationale Rechtshilfe zur Verfolgung ausländischer Steuerdelikte

1. *Internationale Rechtshilfe auch betreffend Steuerhinterziehung*

Am 13. März 2009 hatte der Bundesrat beschlossen, die internationale Zusammenarbeit bei Fiskaldelikten zu verstärken und künftig bei der Amtshilfe in Steuersachen den Standard gemäss Artikel 26 des Musterabkommens der OECD zu übernehmen. Damit wird die Schweiz künftig auch in Fällen von blosser Steuerhinterziehung Amtshilfe leisten, in denen jedoch gemäss geltendem Recht keine Rechtshilfe möglich ist. Um Lücken und Widersprüche zu vermeiden, will der Bundesrat deshalb auch das Rechtshilferecht an die neuen Grundsätze der internationalen Zusammenarbeit bei Fiskaldelikten anpassen.

Der Bundesrat beantragte am 20. Mai 2009 die Ablehnung der Motion 09.3295¹³, welche die schlichte Streichung des ersten Satzes von Art. 3 Abs. 3 IRSG forderte. Gleichzeitig beantragte er die Annahme der Motion 09.3326¹⁴, welche eine Revision des IRSG vorschlägt, wonach Rechtshilfe für Fiskaldelikte nur in Ausnahmefällen zulässig sein soll und ein automatischer Informationsaustausch ausgeschlossen werden soll. Zudem beschloss der Bundesrat am 29. Mai 2009 konsequenterweise, die Rechtshilfe auch auf die Steuerhinterziehung auszudehnen.¹⁵

2. *Vollständige internationale Rechtshilfe auch betreffend organisiertem Abgabebetrug und bei Geldwäscherei*

Die von den Behörden der OECD und der EU-Mitgliedstaaten erwünschte Quadratur des Zirkels wurde durch die 40 FATF/GAFI Empfehlungen gegen Geldwäscherei und Terrorismus erzielt, so dass auch im schweizerischen Recht die traditionelle klare Trennung zwischen Geldwäscherei einerseits und Steuerdelikten andererseits wenigstens teilweise aufgehoben worden ist. Tat-

¹³ <www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20093295>.

¹⁴ <www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20093326>.

¹⁵ Siehe Pressemitteilung vom 29. Mai 2009:

<www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=27170>.

sächlich wurde der Abgabebetrug im Bereich der indirekten Steuern als Verbrechen qualifiziert, so dass deren Erlöse Gegenstand der gemäss Art. 305bis StGB strafbaren Geldwäscherei geworden sind. Diese historische Wende fand am 1. Februar 2009 statt, d.h. durch das Inkrafttreten von Art. 14 Abs. 4 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht, der wie folgt lautet:

“Zielt eine Handlung nach Absatz 1 oder 2 bei der Ein-, Aus- und Durchfuhr von Waren auf erhebliche Gewinne und handelt der Täter als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Verübung von Leistungs- oder Abgabebetrug (qualifizierter Abgabebetrug) zusammengefunden hat, so wird er mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft. Mit der Freiheitsstrafe ist eine Geldstrafe zu verbinden.“

Demzufolge trat am selben Tag auch die neue Version von Art. 3 Abs. 3 lit. b IRSG in Kraft:

“... Es kann jedoch entsprochen werden:

- a. einem Ersuchen um Rechtshilfe nach dem dritten Teil dieses Gesetzes, wenn ein Abgabebetrug Gegenstand des Verfahrens ist;*
- b. einem Ersuchen nach allen Teilen dieses Gesetzes, wenn ein qualifizierter Abgabebetrug im Sinne von Artikel 14 Absatz 4 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht Gegenstand des Verfahrens ist.“*

Dem Schweizer Gesetzgeber war der Schritt noch zu gewagt, dieselbe Regel gleichzeitig konsequenterweise auch im Interesse ausländischer Strafverfahren wegen Abgabebetrugs im Rahmen der direkten Steuern einzuführen. Dies ergibt, dass im Rahmen der direkten Steuern Rechtshilfe nur in der Form der Übermittlung der ersuchten Beweismittel geleistet werden kann (vgl. Anhang 1). Indessen kann im Bereich der indirekten Steuern die Rechtshilfe auch in der Form der Personenauslieferung sowie der Herausgabe von Deliktserlösen geleistet werden. Effektiv stellt Art. 3 Abs. 3 lit. b. IRSG, keine wahre Neuheit dar, weil eine ähnliche Rechtshilfemöglichkeit bereits durch das zwischen der EU und der Schweiz am 26. Oktober 2004 unterzeichnete Betrugsbekämpfungsabkommen vorgesehen war (vgl. Anhang 2)¹⁶.

3. *Ausländische Kriminalisierung von Steuerdelikten*

Um im Interesse ausländischer Strafverfahren wegen Steuerdelikten Beweismittel einzuholen, warteten ausländische Strafbehörden nicht auf die oben

¹⁶ Das Betrugsbekämpfungsabkommen begann für bestimmte EU-Mitgliedstaaten und für die Schweiz schrittweise seit April 2009 in Kraft zu treten.

genannten Erneuerungen im schweizerischen Recht: Sie versuchten vielmehr seit Jahren, über andere Wege ihr Ziel zu erreichen. Einerseits wurde als Haupt- bzw. Vortat der Geldwäscherei oder Beteiligung an einer kriminellen Organisation im ausländischen Recht auch der Abgabe- bzw. Steuerbetrug eingeführt.

Andererseits wurde die Anhäufung von Vermögenswerten im Ausland durch Über- oder Unterfakturierungssysteme – um Gewinne der im Ausland gehandelten Erzeugnisse von Unternehmen nicht gesetzmässig versteuern zu müssen – als Vermögensdelikt¹⁷ qualifiziert. Folglich konnte die Schweiz auch wegen Geldwäscherei an den Erlösen solcher Vermögensdelikte um Rechtshilfe ersucht werden.

In der Tat werden dadurch Vermögenswerte beiseite geschafft, und zwar des öfteren zu Gunsten von in internationalen Finanzzentren eröffneten Bankkonten, die auf den Namen von Offshore Sitzgesellschaften lauten und deren wirtschaftlich Berechtigte die Aktionäre der betreffenden ausländischen Unternehmen sind. Einige Staatsanwaltschaften argumentieren auch, dass durch solche Systeme Vermögenswerte weggeschafft werden, die wirtschaftlich und buchhalterisch den Unternehmen selber gehören.

IV. Internationale Amts- und Rechtshilfe: Folgen einer Klonation

1. *Schliessung von Verfahrenslücken*

Über Unterschiede und Ähnlichkeiten zwischen Amts- und Rechtshilfe besteht in der Doktrin eine breite Auseinandersetzung, die für die Lösung der sich überstürzenden Rechtsfragen des Alltags selten hilfreich ist. Da die internationale Rechtshilfe seit Jahrzehnten einen riesigen Aufschwung kennt, besteht auch eine entsprechende Vertiefung in der Doktrin und Rechtsprechung. Daher neigt die Praxis der Verwaltungsbehörden dazu, die Lücken im Amtshilfeverfahren durch Anlehnung an die Grundsätze und Praxis¹⁸ des Rechtshilferechts zu schliessen, trotz der unterschiedlichen Rechtsgrundlagen und –zwecken, was manchmal auch zu rechtsstaatlich fragwürdigen Ergeb-

¹⁷ Als *Untreue* seitens Deutscher Strafbehörden; als *abus des biens sociaux* seitens Französischer Behörden; als *appropriazione indebita* seitens Italienischer Strafbehörden.

¹⁸ Pro multis BERNASCONI PAOLO, Internationale Amts- und Rechtshilfe bei Einziehung, organisiertem Verbrechen und Geldwäscherei, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung - Organisiertes Verbrechen - Geldwäscherei, Band II, Zürich 2002, Nr. 17, S. 164.

nissen führen kann.¹⁹ Folge davon ist insbesondere die Migration des ganzen Arsenal von Ermittlungs- und Zwangsmassnahmen zu Gunsten des Amtshilfefahrens, die im Rechtshilfewesen jahrelang sorgfältig entwickelt und angewandt worden waren (vgl. Anhang 3, 4), ohne irgendwelche Anpassung dieser rechtlichen Bereiche an die verschiedenen Bedürfnisse vorzunehmen, d.h. die Bekämpfung der internationalen organisierten Kriminalität einerseits und die Bekämpfung des Steuerbetrugs und der Steuerhinterziehung andererseits.

2. *Plädoyer für ein Bundesgesetz über internationale Amtshilfe in Verwaltungs- bzw. Steuersachen*

Der Schweizer Finanzplatz verdankt unter anderem den historischen Bundesratsbeschluss vom 13. März 2009, die OECD Standards über den Austausch von Beweismitteln in Steuersachen anzuwenden - und die dadurch ausgelöste Welle der Revisionen von Art. 26 im Rahmen der Doppelbesteuerungsabkommen - dem US-Verfahren gegen UBS-Kader²⁰ wegen systematischer Beteiligung an Steuerbetrügereien ihrer US-Kunden. Unter Vorbehalt einer tiefgreifenden Restrukturation und gezielter Ausrüstung der zuständigen ausländischen Steuerbehörde ist wenigstens kurz- und mittelfristig eine Lawine von neuen ausländischen Ersuchen wegen Steuerhinterziehung nicht zu erwarten. Beweis dafür ist die geringe Zahl von Ersuchen wegen Steuerbetrügereien gemäss den schon seit Jahren bestehenden völkerrechtlichen Instrumenten, um solche Auskünfte und Belege von der Schweiz zu erlangen. Trotzdem scheint es vor allem rechtsstaatlich unbefriedigend, einen so wichtigen Rechtsbereich nicht spezifisch zu regeln und sich mit einer Lückenfüllung *per analogiam* zu begnügen. Der Vorentwurf eines solchen Bundesgesetzes bestand schon im 2004, wurde jedoch aus unerklärlichen Gründen schublad-

¹⁹ So handelte z.B. das SECO, um den Knäuel der ausländischen Ersuchen betreffend den Fall *Oil-for-Food* zu lösen. Vgl. EBK Bericht „Oil-for-Food“ vom 27. Oktober 2005: <www.finma.ch/archiv/ebk/d/archiv/2005/20051027/051027_02_d.pdf>; und Medienmitteilungen der Bundesanwaltschaft vom 23. November 2007: <www.ba.admin.ch/ba/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/2007/2007-11-230.html>.

²⁰ Vgl. u.a.: BIRKENFELD Indictment vom 10. April 2008: <www.fraudsandscams.com/USA-v-UBS/Birkenfeld-Indictment.pdf>; Deferred Prosecution Agreement zwischen USA und UBS vom 18. Februar 2009: <www.usdoj.gov/tax/UBS_Signed_Deferred_Prosecution_Agreement.pdf>; United States Senate, Permanent Subcommittee on Investigations, Committee on Homeland Security and Governmental Affairs, "Dividend Tax Abuse: How Offshore Entities Dodge Taxes on U.S. Stock Dividends", Staff Report, Permanent Subcommittee on Investigations, United States Senate, Released in conjunction with the Permanent Subcommittee on Investigations, September 11, 2008 Hearing (pag. 51-57) <http://hsgac.senate.gov/public/_files/091108DividendTaxAbuse.pdf>.

siert. Angesichts der heutigen stürmischen Zeiten scheint eine neue Einschätzung, die rechtspolitische Opportunität dieses Bundesgesetzes nochmals zu prüfen, unabdingbar. Tatsächlich erscheint es nicht als konsequent, den Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen gesetzlich durch das IRSG und das Bundesgesetz über das US-Rechtshilfeübereinkommen detailliert zu regeln und den Amtshilfebereich völlig ungeregelt zu lassen (vgl. Anhang 5).

Das Bestehen dieser Lücke hat zur Folge, dass die für die Einhaltung der neu revidierten Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) und des EU-Betrugsbekämpfungsabkommens zuständigen Behörden, d.h. die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) und die Oberzolldirektion, auf den Zwangsmassnahmen der Rechtshilfe in Strafsachen beharren, ohne Rücksicht auf die Tatsache, dass diese für die Verfolgung von Straftaten und nicht von Steuerdelikten geschaffen wurden, wie z.B. Telefonabhörung, Bankkontenüberwachung usw.

3. *Gegenstand eines neuen Bundesgesetzes*

Der Begriff Fishing Expedition stellt einen Eckstein des ganzen Art. 26 des DBA-Gebäudes dar: Eine klare Umschreibung wird dringend benötigt, um weitere Entgleisungen, wie wir sie im Rahmen der Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. März 2009 zur Ausführung des ersten IRS-Amtshilfeersuchens betreffend UBS-Kunden gesehen haben, zu vermeiden. Zudem besteht unter anderem auch die Notwendigkeit

- a) einer klaren Begrenzung der Ermittlungsinstrumente und der prozessualen Zwangsmassnahmen, die der ersuchten schweizerischen Steuerbehörde, d.h. der Eidgenössischen Steuerverwaltung und der Oberzolldirektion, zur Ausführung von Amtshilfeersuchen zur Verfügung stehen werden. Dadurch soll vermieden werden, dass in diesem Bereich dieselben Zwangsmassnahmen angewandt werden können, die ausschliesslich im Interesse der Ahndung von Verbrechen und Vergehen des gemeinen Strafrechts und nicht für Steuerdelikte vorgesehen sind;
- b) einer Auflistung der Verfahrensrechte und der Konkretisierung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Verteidigungsrechte;
- c) des Ausschlusses ausländischer Steuerbehörden anlässlich der Aktenaussonderung vor dem endgültigen Entscheid, die bei Schweizer Finanzintermediären eingeholten Belege an die ersuchende ausländische Steuerbehörde zu übermitteln;

- d) des Ausschlusses vom Beschwerderecht und von anderen Beteiligungsrechten der ersuchenden ausländischen Behörde.
- e) zu verbieten, ausländische Ersuchen anzunehmen, die sich auf rechtswidrige oder strafbare Weise eingeholten Daten stützen, wie z.B. gestohlene Bankbelege oder -daten.
- f) den Begriff der verpönten Fishing Expedition genau zu definieren und zu konkretisieren.

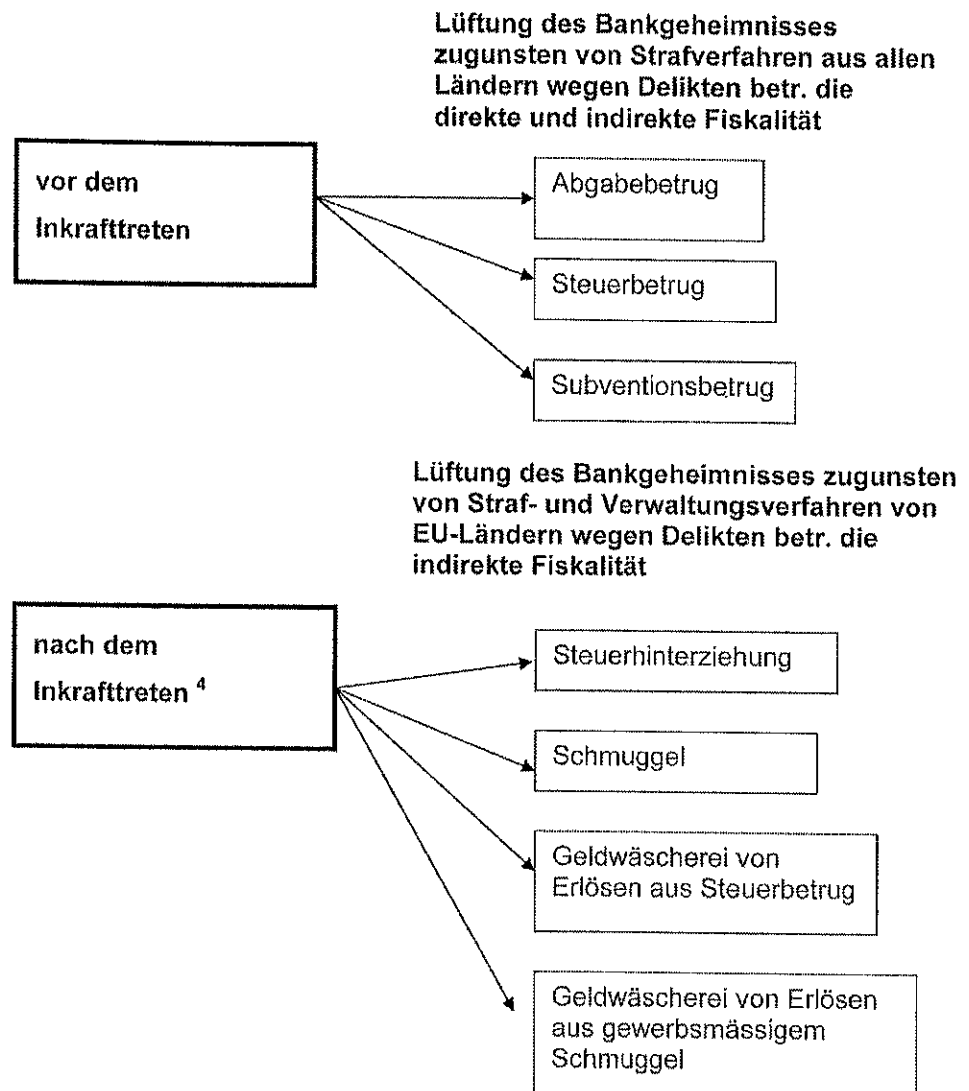
Ob, wann und wie eine solche Lücke gesetzgeberisch – und nicht durch eine bundesrätliche Verordnung – geschlossen wird, könnte die Entwicklung in diesem hochsensiblen Bereich stark beeinflussen.

BANKGEHEIMNIS: AUSNAHMEN ZUGUNSTEN AUSLÄNDISCHER VERFAHREN BEI STEUERBETRUG UND -HINTERZIEHUNG

	ZUSAMMENARBEIT BEI STEUERSTRAFSACHEN		ZUSAMMENARBEIT BEI STEUERSACHEN
	<u>DIREKTE STEUERN</u>	<u>INDIREKTE STEUERN</u>	
RECHTLICHE BASIS	Art. 3 Abs. 3 Bst.a IRSG	Internationale Rechtshilfereinkommen z.B. Übereinkommen USA-CH; Übereinkommen Schweiz-Italien über Rechtshilfe, usw. Art. 3 Abs. 3 Bst.b IRSG; Schengen-Abkommen (Art. 51, 52, 53); EU-Betrugsbekämpfungsabkommen	Art. 26 OECD-Muster-DBA EU- Zinsbesteuerungsabkommen
	Strafbehörden	Oberzolldirektion	Eidgenössische Steuerverwaltung
ZUSTÄNDIGE BEHÖRDEN	In begriffen Steuerbetrug, organisierter Schmuggel und Zollbetrug		Steuerhinterziehung und Steuerbetrug
VERFOLGTES VERHALTEN	Abgabebetrug (Art. 3 Abs. 3 IRSG)		
ZWANGSMASSNAHMEN	Durchsuchung, Beschlagnahme, Telefonabhörung, Bankkontenüberwachung, usw.		?
PRAXIS	Aktenaussonderung gemeinsam mit ausländischen Behörden, Einschränkung des Beschwerderechts, etc.		?

LÜFTUNG DES SCHWEIZERISCHEN BANKGEHEIMNISSES¹ IN BEZUG AUF DIE FISKALITÄT MIT DER EUROPÄISCHEN UNION

vor und nach dem Inkrafttreten²
des EU-CH-Betrugsbekämpfungsabkommen³



¹ Das Bankgeheimnis kann in Ausführung der folgenden Zwangsmassnahmen zugunsten ausländischer Verfahren gelüftet werden: Erhebung von Bankunterlagen, Einvernahme von Bankbeamten als Zeugen, Beschlagnahme von Vermögenswerten bei Banken, Überwachung von Kundenkonten.

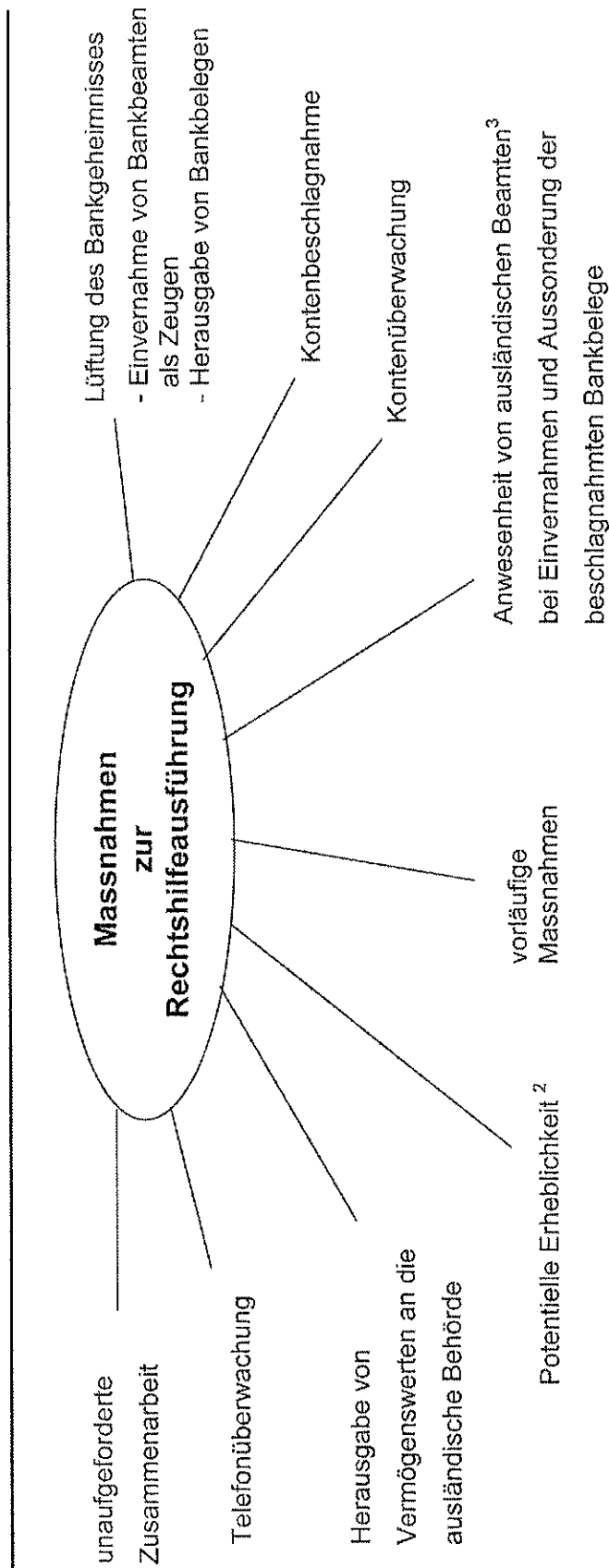
² Das Abkommen ist für gewisse EU-Mitgliedstaaten und für die Schweiz seit April 2009 in Kraft getreten.

³ Gemäss dem am 26.10.2004 in Luxemburg unterzeichneten und vom Schweizer Parlament am 17.12.2004 ratifizierten EU-CH-Betrugsbekämpfungsabkommen.

⁴ Nach dem Inkrafttreten des Betrugsbekämpfungsabkommens werden Amts- und Rechtshilfeersuchen einzig Handlungen betreffen können, die nach dem 26. April 2005 begangen worden sind, d.h. sechs Monate nach der Ratifizierung des Betrugsbekämpfungsabkommens (vgl. Art. 46 des Abkommens).

"ACQUIS SUISSE"¹

IM BEREICH DES INTERNATIONALEN RECHTSHILFERECHTS (ein Ausblick)

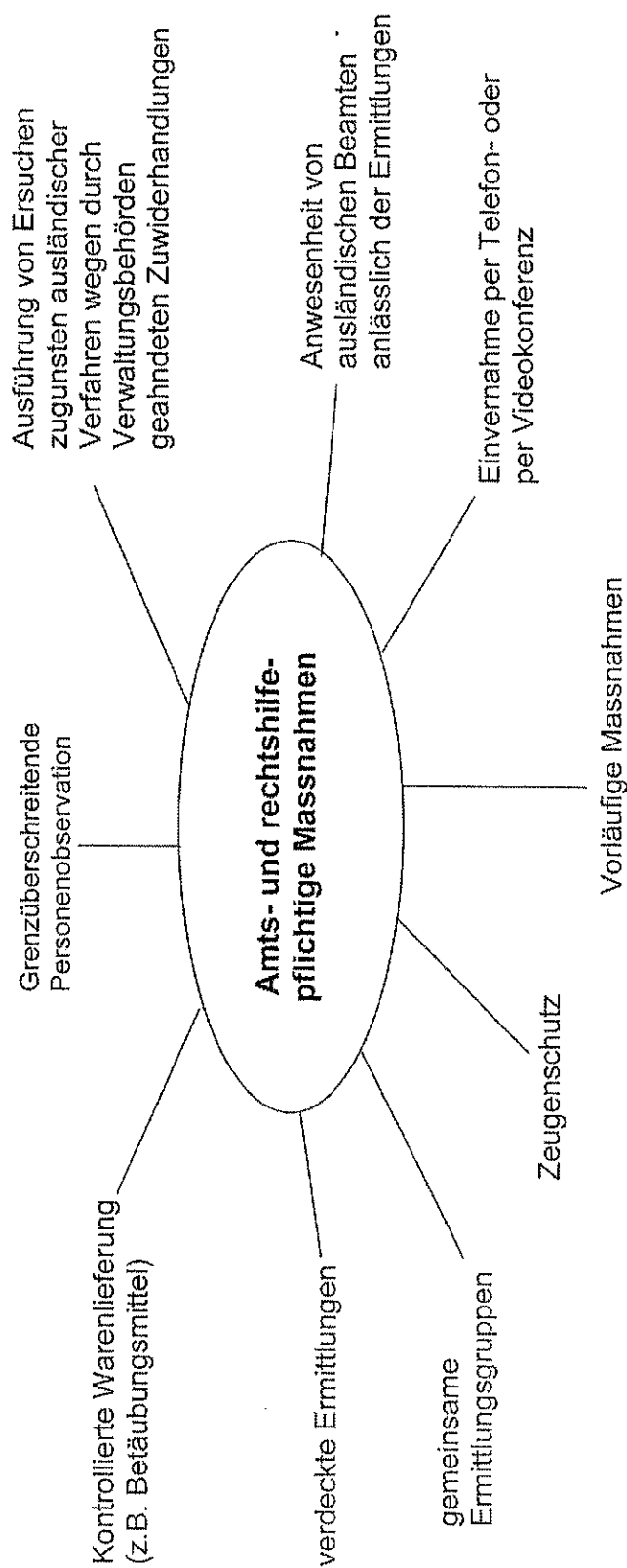


1. Unter diesen Begriff fallen Normen und Praxis des schweizerischen Rechtshilferrechts (dynamischer Begriff)

2. Gemäss diesem bundesgerichtlichen Grundsatz (BGE 122 II 367 E. 2c) werden nur diejenigen Beweismittel nicht ins Ausland übermittelt, deren Nützlichkeit zugunsten des ausländischen Verfahrens mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann.

3. Gemäss dem Betrugsbekämpfungsabkommen zwischen der EU und der Schweiz ist diese Anwesenheit nicht mehr von der Zustimmung der von der Massnahme betroffenen Person abhängig (Art. 16 Ziff. 1; Art. 30 Ziff. 1).

"ACQUIS SUISSE"
GEMÄSS DEM ZWEITEN ZUSATZPROTOKOLL*
ZUM ÜBEREINKOMMEN DES EUROPARTES ÜBER DIE RECHTSHILFE IN STRAFSACHEN



* (ZPII EUeR): Für die Schweiz seit 1. Februar 2005 in Kraft.

UNTERSCHIEDE ZWISCHEN INTERNATIONALER AMTS- UND RECHTSHILFE

	Rechtshilfe	Amtshilfe
1. Natur des ausländischen Verfahrens	Strafrecht	Steuerrecht und Steuerstrafrecht
2. Funktion des ausländischen Verfahrens	strafrechtliche Funktion	steuerrechtliche Funktion
3. Zuständigkeit		
3.1. ausländische ersuchende Behörde	Strafbehörde	Steuerbehörde
3.2. schweizerische ersuchte Behörde	Strafbehörde	Steuerbehörde
4. Anwendbares Verfahrensrecht	Rechtshilferecht und StPO	Verwaltungsstrafrecht
5. Rechtsgrundlagen		
5.1. Völkerrecht	Multi- und bilaterale Übereinkommen	DBA
5.2. schweizerisches Recht	IRSG → ?	