

Prof. Dr. Rainer J. Schweizer

## **Steuerbehörden benutzen UBS AG als Untersuchungsgehilfin**

---

Die Eidgenössische Steuerverwaltung hat der UBS AG ohne Rechtsgrundlage zwangsweise die Aufgabe zur Untersuchung des allfälligen Steuer- und Abgabebetrgs von deren Kunden übertragen. Damit hat sie in verfassungs- und völkerrechtswidriger Weise die Beweisführungslast über die vermuteten Steuerdelikte auf die Bank und deren Kunden überwältigt und zugleich gegen die grund- und menschenrechtliche Unschuldsvermutung der den Behörden unbekannt Bankkunden verstossen.

---

Rechtsgebiet(e): Internationale Rechtshilfe

Zitiervorschlag: Rainer J. Schweizer, Steuerbehörden benutzen UBS AG als Untersuchungsgehilfin, in: Jusletter 9. Februar 2009

## Inhaltsübersicht

- I. Besonderheiten des Falles
- II. Verfassungs- und völkerrechtliche Anforderungen an das Verfahren
  1. Zur Rechtsnatur des Verfahrens nach Art. 26 DBA-US
  2. Gesetzmässigkeit der Verfügungen der ESTV
  3. Unzulässige Übertragung der Untersuchungsaufgaben an die UBS AG
- III. Verletzung der verfassungs- und völkerrechtlichen Unschuldsvermutung
- IV. Verletzung des verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen Persönlichkeitsschutzes

### I. Besonderheiten des Falles

[Rz 1] Mit Schreiben vom 16. Juli 2008 ersuchte das «Department of the Treasury, Internal Revenue Service» (IRS), Washington D.C., die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) um Amtshilfe im Sinne von Artikel 26 des schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen vom 2. Oktober 1996 (DBA-US). Der IRS wirft zahlreichen amerikanischen Kunden der UBS AG vor, durch betrügerische Machenschaften Offenlegungspflichten über Einkünfte und Erträge aus Vermögensverwaltungsgesellschaften ausserhalb der USA verletzt zu haben, Pflichten, die sich aus dem zwischen dem IRS und der UBS AG bestehenden «Qualified Intermediary Agreement (IQ-Agreement)» ergeben sollen. Nach telefonischen Informationsaustauschen zwischen der ESTV und der UBS AG am 29. Juli 2008 erliess die ESTV am 7. August 2008 eine «**Zwischenverfügung**» an die **UBS AG**, gestützt auf Art. 20c der Verordnung des Bundesrates zum schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen vom 2. Oktober 1996 vom 15. Juni 1998 (VO DBA-US), mit der Aufforderung an die Bank, «sämtliche in ihrem Besitz befindlichen Unterlagen» von in den USA steuerpflichtigen Personen herauszugeben, deren Akten die Bank gemäss angeblichen Auflagen der U.S. Justizbehörden schon aufbereitet hatte, sowie von Personen, die an in einem bestimmten Zeitraum errichteten ausländischen Vermögensgesellschaften wirtschaftlich berechtigt sind. In der pauschalen Editionsverfügung gab es weder Hinweise auf die Identität der verdächtigen Personen noch wurden konkrete Elemente eines rechtsgenügenden Anfangsverdachts gegenüber den betroffenen Personen genannt, geschweige dass eine genaue Bezeichnung der «einschlägigen Informationen» (Art. 20c VO DBA-US) erfolgt wäre (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.233/2003 vom 22. Dezember 2003, E.5, Steuer Revue Nr. 6/2004, S. 479 f.; BGE 130 II 193, E.4.2 ff., Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2980/2007 vom 26. Juli 2007, E.5.1). Über diese Editionsspflicht hatte die Bank gegenüber den betroffenen Kunden Stillschweigen zu bewahren. Zudem wurden bei Verweigerung der Edition Zwangsmassnahmen nach Art. 20f VO DBA-US angedroht und die Verfügung als sofort vollstreckbar und nicht anfechtbar erklärt. Die UBS kam dieser Verfügung ohne Widerspruch bzw. Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (vgl. Art. 20k Abs. 2 VO DBA-US) nach.

[Rz 2] An die betroffenen dem Vernehmen nach ca. 200-300 Bankkunden ergingen dann seit Oktober 2008 begründete

Verfügungen über den jeweiligen Entscheid der ESTV auf Leistung der Amtshilfe.

### II. Verfassungs- und völkerrechtliche Anforderungen an das Verfahren

#### 1. Zur Rechtsnatur des Verfahrens nach Art. 26 DBA-US

[Rz 3] Der «Informationsaustausch» nach Art. 26 DBA-US dient zum einen der «Durchführung der Bestimmungen dieses Abkommens», zum anderen der «Verhütung von Betrugsdelikten und dergleichen». Dieser Aspekt wird durch den Abschnitt 4a, Art. 20c-20k VO DBA-US betreffend «Informationsaustausch bei Verdacht auf Abgabebetrag» näher ausgeführt. Dabei geht es um Informationshilfe in Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren von **Steuerstrafverfahren**. Richtigerweise müsste dieser Informationsaustausch, dem das schweizerische Bankgeheimnis nicht entgegengehalten werden kann (vgl. Art. 20d Abs. 3 VO DBA-US), den Regeln des **IRSG** von 1981 bzw. des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen vom 3. Oktober 1975 (SR 351.93) unterstellt werden. In der Botschaft zum neuen DBA verweist der Bundesrat darauf, dass in Ziff. 10 des Protokolls (zum DBA) «die Steuerbetrugsdelikte im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Rechtshilfefällen umschrieben» werden (BBl 1997 II 1099 zu Art. 26 DBA). Auch die bundesgerichtliche Praxis beurteilt den Informationsaustausch nach Art. 26 DBA entsprechend den Anforderungen an die internationale Rechtshilfe z.B. in Fällen des Abgabebetrag (vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichts 2A.233/2003 vom 22. Dezember 2003, E.5; Urteil des Bundesgerichts 2A.608/2005 vom 10. August 2006, E.3). Zu Recht verweist deshalb die Lehre darauf, dass Art. 26 DBA **durch Prozessgesetze** entsprechend dem IRSG bzw. dem DBG und dem VStrR hätte ausgeführt werden müssen, namentlich um Zwangsmassnahmen gegenüber «Informationsinhabern» (Art. 20c Abs. 3 VO DBA-US) oder vom Ersuchen betroffenen Personen zu rechtfertigen (in diesem Sinne neuestens URS BEHNISCH, Amtshilfe in Steuersachen an die USA: Zur Bedeutung der QI-Normen, in: Jusletter 26. Januar 2009 m.w.H.). Angemerkt sei hier nur noch, dass die «Systemwidrigkeit» des Informationsaustausches über «Steuerbetrug und dergleichen» (sc. Straftaten) in einem derart erweiterten Amtshilfeverfahren bekanntermassen noch den Nachteil hat, dass die übermittelten Auskünfte nicht nur Eingang in Steuerstrafverfahren, sondern (und das ist gewollt) zur Nachveranlagung von Steuern führen können (DANIEL HUFSCHEID, «Tax fraud and the like» Die Voraussetzungen der Aufhebung des Bankgeheimnisses im Rahmen der Amtshilfe bei Steuerdelikten gemäss DBA-USA, in: ASA/Archives 72, Nr. 8, 2004, 422). Umgekehrt besteht ein Vorteil dieses Weges darin, dass

das erstinstanzliche Amtshilfverfahren der ESTV auch am eidgenössischen Datenschutzrecht, besonders an Art. 4-7a und 17-19 DSG zu messen ist, schliesst doch Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSG dessen Anwendung nur in hängigen Rechtshilfverfahren aus.

## 2. Gesetzmässigkeit der Verfügungen der ESTV

[Rz 4] Dies führt zur zentralen **Frage nach der Gesetzmässigkeit der Verfügungen der ESTV**, insbesondere der entscheidenden Zwischenverfügung vom 7. August 2008 an die UBS AG.

[Rz 5] Da der Informationsaustausch nach Art. 26 DBA-US, in casu jedenfalls, in den verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz nach Art. 10 Abs. 2 und 13 BV bzw. Art. 8 EMRK, die Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV sowie u.U. in verfassungs- und völkerrechtliche Verfahrensgarantien nach Art. 29, 29a, 30 und 32 BV sowie Art. 6 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II eingreift, sind diese Grundrechtseinschränkungen nach Art. 36 BV zu rechtfertigen. Strittig ist im vorliegenden Fall namentlich, **ob das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage ausreichend erfüllt ist**, und zwar sowohl bezüglich des Erfordernisses einer formellen Gesetzesgrundlage bei schweren Eingriffen (vgl. BGE 130 I 7 f.; BGE 130 I 65, 68), wie bezüglich der Bestimmtheit und Voraussehbarkeit der Eingriffe (vgl. BGE 132 II 271, 278; BGE 128 I 339 E.4.2.; BGE 125 I 369, 379 f.; Näheres bei RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 36 Rz. 10-16 m.w.H., insbesondere zur strengen Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) in Rz. 14).

[Rz 6] Die Art. 20c-20k VO DBA-US nun sind die ausschliessliche «gesetzliche Grundlage» der Verfügungen der ESTV, ist doch Art. 26 DBA bezüglich des notwendigen anwendbaren Verfahrens nicht justiziabel bzw. self-executing. Das kann an wenigen Beispielen verdeutlicht werden: Zwar bestimmt Art. 26 Ziff. 1 Satz 2 DBA, dass der Informationsaustausch in Fällen von Steuerbetrug nicht durch den in Art. 1 DBA festgelegten persönlichen Geltungsbereich (auf bestimmte steuerpflichtige Personen) beschränkt ist, doch sind damit das Vorgehen der ESTV **gegen jeden beliebigen Informationsinhaber** und dessen Pflichten (vgl. Art. 20c Abs. 3 und 4 und Art. 20d VO DBA-US) **noch nicht bestimmt und voraussehbar**. Erst recht gilt dies für die in Art. 20f, 20g und 20h VO DBA-US vorgesehenen **Zwangsmassnahmen**.

[Rz 7] Damit stellt sich die Frage nach der demokratischen, formell-gesetzlichen Grundlage. Die genannten Zwangsmassnahmen sind ohne Zweifel **schwere** Grundrechtseingriffe. Aber auch allfällige Verletzungen der Unschuldsvermutung nach Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 6 Abs. 2 EMRK und Art. 14 Abs. 2 UNO-Pakt II (dazu unten) sind schwere Grundrechtseingriffe. Dazu kommt, dass strafrechtliche und strafprozessrechtliche Bestimmungen zwingend einer formellgesetzlichen Grundlage bedürfen (vgl. Art. 123, 188 Abs. 2 und

191a BV IVO HANGARTNER, St. Galler Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 5 Rz. 7 ff.; RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, 2. Aufl. 2008, Vorbemerkungen zur Justizverfassung, Rz. 3 ff).

[Rz 8] Auch wenn grundsätzlich ein Staatsvertrag in untergeordneten Vollzugsfragen auch durch eine Verordnung der Exekutive ausgeführt werden kann, etwa in Fällen von Staatsverträgen, bei denen der Bundesrat zum Abschluss ermächtigt war (vgl. Art. 166 Abs. 2 BV, Art. 7a RVOG), so sind sicherlich Staatsverträge wie das DBA, das **«wichtige rechtsetzende Bestimmungen»** enthält, im Sinne von Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV (in der Fassung vom 9. Februar 2003), heute durch **Bundesgesetz** auszuführen (vgl. so schon Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 24. Januar 1994, VPB 59, 1994, Nr. 24). Das DBA würde heute zweifellos dem fakultativen Referendum nach Art. 141 Abs. 1 Bst. a. BV unterstellt. Die VO DBA-US stützt sich auf den Bundesbeschluss über die Durchführung von zwischenstaatlichen Abkommen des Bundes zur Vermeidung der Doppelbesteuerung vom 22. Juni 1951 (SR 672.2). Art. 2 dieses globalen Ermächtigungsbeschlusses aus der Nachkriegszeit gibt jedenfalls für die strafprozessrechtlichen Regelungen nach Art. 20c–20k VO DBA-US keine gesetzliche Ermächtigung ab, was bei der gerichtlichen Normenkontrolle relevant ist. Ein Bundesgesetz wäre sicherlich bezüglich der (vorhin erwähnten) verfassungsrechtlichen Anforderungen an Strafprozessrechtsvorschriften zur Umsetzung des neuen DBA von 1996 erforderlich gewesen. In der Botschaft zu diesem DBA hatte der Bundesrat allerdings nichts zu den notwendigen Ausführungsbestimmungen gesagt (vgl. BBl 1997 II 1099 ff.). Dass der Bundesrat im Sommer 1998, als die Bundesversammlung schon bei der Differenzbereinigung der neuen Bundesverfassung stand, die Verordnung vom 2. November 1951 zum DBA-USA von 1951 (AS 1951 1031) bloss durch eine Verordnung ersetzte, ist schwer nachvollziehbar. Die Bestimmungen von Art. 20c–20k VO DBA-US sind sowohl unter den Anforderungen von Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV (die schon unter der alten BV galten, vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 195/6) wie unter denjenigen des schweizerischen Justizverfassungsrechts (vgl. Art. 64 und 64<sup>bis</sup> aBV) nicht verfassungsmässig erlassen worden.

[Rz 9] Das **Bestimmtheitsgebot** nach der Rechtsprechung zu Art. 8 Abs. 2 EMRK und zu Art. 36 Abs. 1 Satz 1 und 2 BV wird in Verfahren wie den vorliegenden nach Art. 26 DBA insbesondere nicht beachtet durch **das Fehlen von gesetzlichen Vorgaben an das Amtshilfegesuch**. Deshalb zieht das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung per analogiam Art. 29 des Staatsvertrages zwischen der Schweiz und den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen vom 25. Mai 1973 (RVUS) bei (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1A.9/2006 vom 24. Februar 2006, E.3.1; Urteil 2A.608/2005 vom 10. August 2006, E.3; Urteil 1A.1/2008 vom 7. Oktober 2008, E.2 etc.).

[Rz 10] Nicht zuletzt aus dem Gebot der Bestimmtheit und Voraussehbarkeit grundrechtseinschränkender

Staatshandlungen ist auch eine **gesetzesfreie «Beweis-aufnahme aufs Geratewohl» unzulässig** (vgl. st. Rspr. BGE 112 I 6 462 E.2.b; BGE 122 II 367 E.2.c; BGE 125 II 65, E.6.b.aa; BGE 130 II 193 E.4.2). Dies muss hier nicht weiter vertieft werden.

### 3. Unzulässige Übertragung der Untersuchungsaufgaben an die UBS AG

[Rz 11] Das wohl **gravierendste** prozessrechtliche, und zugleich verfassungs- und völkerrechtliche Problem ist im vorliegenden Fall, dass die ESTV mit ihrer Zwischenverfügung vom 7. August 2008 von der UBS AG als «Informationsinhaberin» nicht nur bestimmte Informationen bzw. «beglaubigte Kopien von unveränderten Originalunterlagen und -dokumenten» (Art. 26 Ziff. 1 DBA) edieren liess, sondern dass die ESTV der UBS AG **wesentliche Aufgaben der Feststellung des Sachverhalts zwangsweise übertragen** bzw. die UBS AG zu ihrer «Gehilfin» in der Beweiserhebung gemacht hat. Erst durch diese aussergewöhnliche Mitwirkung der UBS AG wurden die Parteien in den vorliegenden Verfahren überhaupt bestimmt und wurde festgelegt, aufgrund welcher Informationen sich der Verdacht auf Steuer- resp. Abgabebetrag gegen diese Personen allenfalls begründen lässt!

[Rz 12] Dies ist in mehrfacher Beziehung **unzulässig gewesen**:

- a. Zweifelsfrei obliegt die Pflicht zur Feststellung des konkreten Sachverhalts der Entscheid-kompetenten Behörde nach Art. 12 ff. VwVG. Eine **Delegation** wesentlicher Verfahrenskompetenzen und -pflichten, z.B. an eine private Finanzgesellschaft, ist nirgends gesetzlich vorgesehen und ist verfassungsrechtlich auch nicht zulässig. Nur «Verwaltungsaufgaben» können nach Art. 178 Abs. 3 BV durch Gesetz an Organisationen und Personen ausserhalb der Bundesverwaltung übertragen werden, **nicht aber justizielle Instruktionaufgaben**.
- b. Der UBS AG obliegen weder durch Art. 20c ff. VO DBA-US noch aufgrund von Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG entsprechende umfassende gesetzliche Offenbarungs- und Auskunftspflichten.
- c. Die UBS AG ist **Beauftragte ihrer Bankkunden** und zudem gesetzlichen Geheimhaltungspflichten nach Art. 47 BankG unterworfen. Sie wurde zur Verletzung ihrer privat- und bankrechtlichen Rechtspflichten veranlasst, ohne dass sie einen Rechtfertigungsgrund nach Art. 47 Abs. 5 BankG hätte nachweisen können.
- d. Durch das Vorgehen der UBS AG wurden die **Parteirechte** ihrer Kunden nach Art. 13 ff. VwVG resp. Art. 29 Abs. 1 und 2 BV sowie, da es sich um eine Sachverhaltserhebung im Hinblick auf ausländische Verwaltungsstrafverfahren handelte, die

Verteidigungsrechte dieser Kunden nach Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 6 Abs. 2 EMRK **eingeschränkt und verkürzt**.

- e. Schliesslich stellt sich sogar die Frage, ob die ESTV hier nicht, indem sie die (allerdings öffentlich nicht vorher bekannten) «Auflagen des U.S. Department of Justice» akzeptierte und offenbar auf Ersuchen des IRS die Pflichten der UBS AG erweiterte, nicht völker- und landesrechtliche **Schranken des hoheitlichen Handelns fremder Staaten** missachtete (vgl. sinngemäss z.B. Rundschreiben des EJPD vom 8. Juli 1986 betr. Arrestierung von Vermögen fremder Staaten, VPB 50, 1986, Nr. 43; Gutachten der Direktion für Völkerrecht vom 14. Juli 1994 VPB 59, 1995, Nr. 156; BGE 114 IV 128).
- f. Staats- und verwaltungsrechtlich gesehen ist eine solcherart offensichtlich rechtswidrige Anordnung m.E. **nichtig** (zum Begriff der nichtigen Verfügungen vgl. ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / ERNST UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 2006, Rz. 955 ff.). Dass die UBS AG entgegen Art. 46 Abs. 1 VwVG, angesichts der schweren, nicht wieder gut zu machenden Nachteile dieser Mitwirkung für die ca. 200-300 Kunden, ungeachtet des Entzugs des Beschwerderechts durch die Zwischenverfügung vom 7. August 2008, nicht angefochten hat, ist **unverständlich** und hat wohl auch haftungsrechtliche Folgen.

### III. Verletzung der verfassungs- und völkerrechtlichen Unschuldsvermutung

[Rz 13] Das Grund- und Menschenrecht der Unschuldsvermutung, garantiert durch Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 6 Abs. 2 EMRK und Art. 14 Abs. 2 UNO-Pakt II, bedeutet eine Schranke gegenüber dem Gesetzgeber vor unzulässigen generellen Beweislastverschiebungen oder Haftungsnormen für fremde Schuld und einen Schutz der konkret verdächtigten resp. angeklagten Person im jeweiligen Strafverfahren vor Vorverurteilung oder Verurteilung bei zweifelhafter Schuldfrage (HANS VEST, St. Galler Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 32 Rz. 5). Und «das in Art. 31 Abs. 2 verankerte Recht, sich nicht durch eine Aussage selber belasten zu müssen, lässt sich auch als Ausfluss der Unschuldsvermutung verstehen» (HANS VEST, a.a.O., Art. 32 Rz. 6 mit Hinweis u.a. auf Urteil EGMR i.S. *Weh* gegen *Österreich* vom 8. April 2004, Application no. 38544/97, Ziff. 39, ÖJZ 2004, S. 854; Urteil EGMR i.S. *J.B.* gegen die *Schweiz* vom 3. Mai 2001, Recueil 2001-III, Ziff. 64; Urteil EGMR i.S. *André* und andere gegen *Frankreich* vom 24. Juli 2008, Beschwerde Nr. 18603/03, Ziff. 41 ff.). Entsprechend schützt das «privilege against self-incrimination» vor Zwangsmassnahmen zur aktiven Mitwirkung an der Aufklärung (vgl. Urteil EGMR i.S. *Saunders* gegen *Vereinigtes*

*Königreich* vom 27. Dezember 1996, Recueil 1996-VI, Ziff. 69).

[Rz 14] Im vorliegenden Fall hat die ESTV mit der Anordnung vom 7. August 2008 an die UBS AG **die den staatlichen Behörden obliegende Beweisführungslast** hinsichtlich der Schuld der verdächtigten Person praktisch voll auf die im Auftrag ihrer Kunden handelnde Bank **verschoben**. Das Bundesgericht hält im Urteil 1P.49/1997 vom 4. April 1997 fest (in E.1d): «Die Unschuldsvermutung und der daraus abgeleitete Grundsatz in dubio pro reo gemäss Art. 4 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK bedeutet als Beweislastregel, dass es Sache der Strafjustiz ist, die Schuld des Angeklagten zu beweisen, und nicht dieser seine Unschuld nachweisen muss (BGE 120 Ia 31 E.2a) ... Die Officialmaxime im Beweisverfahren (Instruktionsmaxime) folgt unmittelbar aus der Unschuldsvermutung und dem Grundsatz in dubio pro reo.» (Näheres bei ESTHER TOPHINKE, *Das Grundrecht der Unschuldsvermutung*, Diss. Bern 2000, S. 205, bes. Fn. 201). Der Einsatz der Bank der verdächtigten Kunden, durch behördlichen Zwang **oder** mit deren Willfährigkeit (aus eigenen wirtschaftlichen Interessen) **verletzt** diese verfassungs- und völkerrechtliche Pflicht der Schweizer Behörden zur eigenen Beweisführung in der Strafuntersuchung, und dies **erst recht**, wenn die Unschuldsvermutung nach Bundesgericht in der Amts- und Rechtshilfe zu Gunsten ausländischer Strafverfahren begrenzt ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A. 233/2003 vom 22. Dezember 2004, E.5, *Steuer Revue* Nr. 6/2004, S. 479; BGE 116 Ib 96 E.4).

[Rz 15] Darüber hinaus fliesst, wie erwähnt, aus der Unschuldsvermutung **auch das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung bzw. ein Schweigerecht**. Aufgrund von Beweismitteln, die in Missachtung des Willens des Beschuldigten durch Zwang oder Druckmittel – wie in casu auf eine Beauftragte der Beschuldigten – erlangt worden sind, kann keine Anklage erhoben werden. Vorbehalten bleiben selbstverständlich Beweismittel, die rechtmässig, z.B. durch Beschlagnahmeverfügung, beschafft worden sind (vgl. Urteil EGMR i.S. *Saunders gegen Vereinigtes Königreich* vom 27. Dezember 1996, Recueil 1996-VI, Ziff. 69; Urteil EGMR i.S. *Serves gegen Frankreich* vom 20. Oktober 1997, Recueil 1997-VI, Ziff. 46 sowie Näheres bei ESTHER TOPHINKE, a.a.O., S. 274 ff.). Die ESTV hätte zwar nach Art. 20h VO DBA-US (die Verfassungsmässigkeit dieser Zwangsmassnahme extra lege einmal angenommen) Dokumente bei der UBS AG beschlagnahmen können, doch es ist offensichtlich, dass sie nicht Tausende von Kundendossiers hätte durchsuchen können, geschweige ohne besondere Garantien dürfen (vgl. Urteil EGMR, *André u.a. gegen Frankreich*, a.a.O., Ziff. 42 ff.). Die Ermittlung ohne personenbezogene Verdachtsgründe gegen aus dem Amtshilfe-Ersuchen nicht identifizierbare Personen mit Hilfe der Bank war m.E. **ein klarer Verstoss gegen Art. 32 Abs. 1 und 2 BV und die entsprechenden Garantien nach EMRK und UNO-Pakt II**.

[Rz 16] Mit ihrem Vorgehen hat die ESTV auch die **grund- und menschenrechtlichen Verteidigungsrechte** nach Art. 32

Abs. 2 BV und Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 EMRK **verkürzt**, insbesondere die strafprozessualen **Gehörsansprüche** sowie das **Recht auf umgehende und vollständige Information** der Beschuldigten (nähere Hinweise zur Praxis z.B. bei HANS VEST, a.a.O., Art. 32 Rz. 19 und 23; vgl. auch Urteil EGMR i.S. *Luordo gegen Italien* vom 23. Juli 2003, Recueil 2003-IX, Ziff. 83-88 betr. Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK in einem Fall der Übergabe der gesamten Korrespondenz aus einem Konkurs an den Richter).

#### IV. Verletzung des verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen Persönlichkeitsschutzes

[Rz 17] Im Zusammenhang mit der Amts- und Rechtshilfe wegen des Verdachts auf Steuer- oder Abgabebetrag oder wegen Insiderhandel wird in der Regel ausgiebig über die **Grenzen** der Einschränkung des Bankkundengeheimnisses nach Art. 47 BankG gestritten. In diesem Zusammenhang lohnt sich auch ein Blick auf den verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen **Persönlichkeits- und namentlich Privatsphärenschutz nach Art. 10 Abs. 2, Art. 13 BV, Art. 8 EMRK und Art. 17 UNO-Pakt II**. Art. 8 EMRK schützt mit der Privatsphäre **auch die Berufsgeheimnisse** (vgl. z.B. Urteil EGMR i.S. *Z. gegen Finnland* vom 25. Februar 1997, Recueil 1997-I, Ziff. 60 ff.; Urteil EGMR i.S. *Kopp gegen die Schweiz* vom 25. März 1998, affaire 13/1997/797/1000, Ziff. 50 ff.; Urteil EGMR i.S. *André* und andere gegen *Frankreich* vom 24. Juli 2008, Beschwerde Nr. 18603/03, Ziff. 21, 38 ff.; BGE 117 Ia 341 E.4; 102 Ia 516 E.2b; Urteil des Bundesgerichts 2P.313/1999 vom 8. März 2000). In jedem Fall sind bei der behördlichen Informationsbeschaffung in von Berufsgeheimnissen geschützten **Bereichen besondere gesetzliche Voraussetzungen und spezifische verfahrensrechtliche Garantien**, wie z.B. eine richterliche Bewilligung und die Anwesenheit eines Untersuchungsrichters zu beachten (vgl. Urteil *Kopp* a.a.O., Ziff. 55 ff.; Urteil *André u.a.*, a.a.O. Ziff. 43 ff.; sowie z.B. auch Urteil des Bundesgerichts 2P.313/1999 vom 8. März 2000). Im Lichte dieser Rechtsprechung genügen die rechtssatzmässigen Grundlagen zur Informationsbeschaffung unter Durchbrechung des Bankkunden- (oder des Anwalts-)geheimnisses nach Art. 20d und 20f, 20g und 20h VO DBA-US keineswegs, und das von der ESTV mit ihrer Verfügung vom 7. August 2008 gewählte Vorgehen **war weder so «gesetzlich vorgesehen» noch «in einer demokratischen Gesellschaft notwendig»** (Art. 8 Abs. 2 EMRK, st. Rspr.). Es ist m.E. offensichtlich, dass die Schweiz so sowohl legislatorisch wie im administrativen Handeln ihre aus Art. 10 Abs. 2 und 13 BV sowie vor allem aus Art. 8 EMRK **fliessenden positiven Schutzpflichten** missachtet hat (vgl. z.B. Urteil EGMR i.S. *Storck gegen Deutschland* vom 16. Juni 2005, Recueil 2005-V, Ziff. 146 ff., bes. 149 ff., EuGRZ 2008, 582, 595). Dass die ESTV schliesslich mit dem erheblichen Druck auf die UBS AG **auch gegen Art. 35 Abs. 3 BV**, der

die Behörden verpflichtet, die Grundrechte auch unter Privaten wirksam werden zu lassen, **verstossen** hat, sei hier nur noch angemerkt.

---

Prof. Dr. Rainer J. Schweizer ist Professor für Öffentliches Recht einschliesslich Europarecht und Völkerrecht an der Universität St. Gallen.

Beim vorliegenden Beitrag handelt es sich um den aus einem Kurzgutachten zu völker-, verfassungs- und prozessrechtlichen Aspekten der Amtshilfeverfahren gegen X. und andere UBS-Kunden zu Gunsten der U.S.-amerikanischen Steuerbehörden «International Revenue Service» (IRS) vom Januar 2009.

\* \* \*