

Elsag Bailey – stilles Ende des Schweizer Bankgeheimnisses

Björn Bernhard

Wie Christoph Peter in Jusletter 8. Mai 2006 berichtete, hat das Bundesgericht mit Urteil 1A.12/2005 vom 9. März 2006 die Übermittlung von Kontoinformationen an die amerikanische Börsenaufsichtsbehörde SEC in Sachen Elsag Bailey gestützt auf ein Rechtshilfegesuch in Strafsachen zugelassen – dies, nachdem das Bundesgericht mit BGE 126 II 126 und Urteil 2A.349/2001 entsprechenden Amtshilfegesuchen noch die Zustimmung verweigert hat. Während Christoph Peter auf die wichtigsten Folgen des Falles hingewiesen hat, so werden im vorliegenden Beitrag dessen nicht minder interessante Hintergründe beleuchtet sowie einige ergänzende Bemerkungen zum jüngsten Urteil angebracht.

Inhaltsübersicht

1. Vorbemerkung
2. Vorgeschichte
3. Der «litigation release»
4. BGE 126 II 126 und Urteil 2A.349/2001: Vorrang des Vertraulichkeitsprinzips
5. Revision des BEHG als neue «lex americana»
6. Urteil 1A.12/2005: Rechtshilfe in Strafsachen für ein US-Zivilverfahren
7. Fazit

1. Vorbemerkung [^]

[Rz 1] Die niederländische Elsag Bailey Process Automation N.V., nachfolgend als «Elsag Bailey» bezeichnet, hat für die Schweiz ab 1998 eine doppelte Bedeutung erhalten. Einerseits hat sich ihre Technologie zu einem tragenden Pfeiler der ABB entwickelt, und damit steht Elsag Bailey für die Wiedergeburt eines grossen Schweizer Industriezweigs. Elsag Bailey steht aber auch für die Revision der Amtshilfenorm von Art. 38 BEHG, in Kraft seit dem 1. Februar 2006, und für das Bundesgerichtsurteil 1A.12/2005 vom 9. März 2006, mit welchen wichtige Inhalte des Schweizer Bankgeheimnisses still liquidiert wurden. Am Fall Elsag Bailey lassen sich exemplarisch auch die Machtverschiebung weg vom Parlament und hin zur Bundesverwaltung sowie die Auswirkungen der internationalen Behördenzusammenarbeit darlegen.

2. Vorgeschichte [^]

[Rz 2] Im Vorfeld der Übernahme der Elsag Bailey durch die ABB im Jahr 1998 wurde in der Presse über die geplante Veräusserung berichtet, allerdings ohne Details zu nennen. Ab Herbst 1998, insbesondere vor dem öffentlichen Übernahmeangebot der ABB vom 14. Oktober 1998, fanden vermehrt Börsentransaktionen statt, welche u.a. über eine Schweizer Bank abgewickelt wurden. Da die Aktien der Elsag Bailey an der Börse in New York kotiert waren, wurde die US-Börsenaufsicht, die United States Securities and Exchange Commission (SEC) aktiv, reichte bei einem Gericht in New York Zivilklage¹ gegen unbekannt ein und beschritt den Weg der Amtshilfe, um von der Schweiz Informationen zu den Eigentümern eines interessierenden Kontos zu erhalten. Das Amtshilfeersuchen der SEC vom 28. Oktober 1998 führte zur Blockierung des Kontos und zur Bewilligung der Weiterleitung der Bankakten an die USA. Die betroffenen Kontoinhaber und nachmaligen Beschwerdeführer, nachfolgend als «Kontoinhaber» bezeichnet, nahmen sofort mit einem US-Anwalt Kontakt auf und erfuhren dabei, dass die SEC in derartigen Fällen sogenannte «litigation releases» auf dem Internet veröffentlicht.

3. Der «litigation release» [^]

[Rz 3] Durch den «litigation release» veröffentlicht die SEC im Internet² detaillierte Informationen über die Parteien, die sie vor Gericht lädt – und macht diese Informationen damit einem weltweiten Publikum frei zugänglich. Diese vorverurteilende Veröffentlichung inkl. Namensnennung³ erfolgt ohne dass sich ein unabhängiges Gericht mit der Sache befasst, geschweige denn in der Sache entschieden hätte. Von der rechtlichen Qualifikation her ist ein «litigation release» also einerseits eine blosser Parteibehauptung. Andererseits ist der «litigation release» aber auch eine vorsorgliche weltweite Anprangerung durch eine Behörde. Dies ist nicht nur im Hinblick auf die Unschuldsvermutung⁴, sondern auch mit Bezug auf die überdachende Garantie eines fairen gerichtlichen Verfahrens⁵, den Schutz der Persönlichkeit⁶ sowie datenschutzrechtliche Überlegungen⁷ mehr als heikel.

4. BGE 126 II 126 und Urteil 2A.349/2001: Vorrang des Vertraulichkeitsprinzips [^]

[Rz 4] Nachdem sie Kenntnis von der Praxis der «litigation releases» erhielten, haben sich die Kontoinhaber gegen diese Anprangerung auf dem Internet gewehrt – und nicht etwa gegen die SEC-Untersuchung an sich. In BGE 126 II 126 und Urteil 2A.349/2001 vom 20. Dezember 2001 wurden die Kontoinhaber durch das Bundesgericht noch zweimal geschützt, insbesondere auf Grund des Vertraulichkeitsprinzips, das die Übermittlung von Auskünften und Unterlagen zu diesem Zeitpunkt⁸ ohne Einschränkung der Geltung des Amts- oder Berufsgeheimnisses im ersuchenden Staat stellte (2A.349/2001 E. 6b.bb):

«Die SEC weist darauf hin, dass eine Verfahrenspartei beim zuständigen Gericht eine Schutzanordnung («protective order») beantragen könne, wenn sie der Meinung sei, es lägen «besondere Gründe» zur Wahrung der Vertraulichkeit bestimmter Informationen vor [...]. Das schweizerische Recht macht in Art. 38 BEHG die Wahrung der Vertraulichkeit indessen nicht von zusätzlichen, besonderen Umständen oder speziellen schutzwürdigen Interessen abhängig. Es sieht auch nicht vor, dass der Betroffene nach bereits geleisteter Amtshilfe im Ausland den entsprechenden Schutz mit all den verbundenen Risiken erst noch erwirken müsste, zumal es sich dabei – wie hier – nicht um eine einfache Formalität handelt. [...] Es ist grundsätzlich an der nach Art. 38 BEHG um Amtshilfe ersuchenden Behörde, die Einhaltung der Vertraulichkeit darzutun. Die Beschwerdeführer haben sich bei der SEC hinsichtlich der Möglichkeiten einer Schutzanordnung («protective order») erkundigt, indessen keine konkreten Auskünfte erhalten, so dass zweifelhaft ist, ob und wieweit die SEC tatsächlich bereit ist, den Erlass einer solchen zu unterstützen. Dies wird durch ihre Feststellung unterstrichen, nur zurückhaltend «protective orders» in ihren Verfahren hinnehmen zu wollen».

[Rz 5] Mit diesen Ausführungen hat das Bundesgericht festgestellt, dass die Praxis der «litigation releases» zumindest gegen das in aBEHG 38 statuierte Vertraulichkeitsprinzip verstösst. Im Übrigen hat es offen gelassen, ob die Praxis der «litigation releases» eine Rechtshilfe in Strafsachen zulässt.

5. Revision des BEHG als neue «lex americana» [^]

[Rz 6] Nachdem die SEC und die EBK zwei Mal vom Bundesgericht in die Schranken gewiesen wurden, musste ein anderer Weg gefunden werden, um den Druck der USA zu mindern. Dieser Weg führte – einmal mehr – über die Amerikanisierung der Schweizer Rechts- und Werteordnung. Das Ziel war rasch definiert: Das Gesetz sollte so geändert werden, dass Schweizer Bankkundendaten künftig trotz deren Internetpublikation amtshilfeweise an die USA übermittelt werden können.

[Rz 7] Dieser Kniefall vor den USA ist im neuen Art. 38 BEHG⁹ sorgfältig kaschiert, indem die Amtshilfe nach Art. 38 Abs. 2 lit. b BEHG zwar weiterhin unter dem Vorbehalt steht, dass «die ersuchenden Behörden an ein Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden sind», dabei aber die ausländischen «Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche Verfahren vorbehalten bleiben». Auf einen Nenner gebracht: Die Amtshilfe steht so lange unter dem Vorbehalt des Amts- oder Berufsgeheimnisses im ersuchenden Staat, als dieses im ersuchenden Staat auch wirklich gilt – ein Paradoxon erster Güte und ein gesetzgeberischer Sündenfall, der seinesgleichen sucht.

[Rz 8] Gesetze sollen generell-abstrakt einen allgemeinen Lebenssachverhalt regeln, während Verfügungen individuell-konkret auf den Einzelfall bezogen sind. Mit der Revision von Art. 38 BEHG wurde dieser Grundsatz verletzt. Auf Druck der US-Behörden wurde für den Einzelfall Elsag Bailey eine generell-abstrakte Norm entworfen, welche Kernelemente der Schweizer Rechts- und Werteordnung verletzt und unabsehbare Folgen hat – man stelle sich vor, andere Staaten würden die Praxis der «litigation releases» einführen. Nachdem bereits in den Achtziger Jahren als unmittelbare Folge der amerikanischen Strafdrohungen an die Adresse einzelner Schweizer Banken mit Niederlassungen in den USA der sog. «Insiderartikel» (Art. 161 StGB) zwecks Erleichterung der Rechtshilfe an die USA geschaffen wurde¹⁰, haben wir es nun also erneut mit einer «lex americana» zu tun.

[Rz 9] Der gesetzgeberische Prozess, in welchem Art. 38 BEHG revidiert wurde, ist bezeichnend für den Einfluss der Verwaltung auf die Gesetzgebung. Die klare Position des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten¹¹ ignorierend, verwies der Bundesrat in seiner Botschaft¹² auf die angeblich gefährdeten wirtschaftlichen Interessen des Schweizer Finanzplatzes¹³ und hielt dem Bundesgericht in Überdehnung von Art. 30 Abs. 3 BV¹⁴ einen «nicht erklärbaren Wertungswiderspruch» vor¹⁵. So erstaunt es denn kaum, dass der Nationalrat dieser Empfehlung des Bundesrats blind und praktisch diskussionslos gefolgt ist und die Vorlage im März 2005 gutgeheissen hat. Nachdem der Ständerat im Mai 2005 nur teilweise zugestimmt hatte, kam es im September 2005 zur Differenzbereinigung, worauf der Nationalrat die Vorlage erneut guthiess. Die wenigen kritischen Stimmen¹⁶ wurden dabei als «Pseudoargumente»¹⁷ abgetan. Darauf schloss sich auch der Ständerat als Zweitrat dem Nationalrat an, indem von einer «einzelnen, nicht aber im Prinzip unterschiedlichen Ausgestaltung des Öffentlichkeitsprinzips» gesprochen und verharmlosend ausgeführt wurde, es würden ja «nur der Name des Angeklagten und das eingeklagte Delikt publiziert», weshalb das «Interesse an sauberen Finanzplätzen» höher zu gewichten sei¹⁸. Mit anderen Worten: Der Ruf des Finanzplatzes Schweiz – bzw. das Wohlwollen der USA – ist nicht nur höher zu gewichten als das Bankgeheimnis, sondern auch als die Unschuldsvermutung, die Garantie eines fairen gerichtlichen Verfahrens, der Schutz der Persönlichkeit sowie datenschutzrechtliche Überlegungen.

6. Urteil 1A.12/2005: Rechtshilfe in Strafsachen für ein US-Zivilverfahren [^]

[Rz 10] Nach zweimaligem Scheitern des Amtshilfeweges hat die SEC noch vor der Revision des BEHG auch noch den Weg der Rechtshilfe in Strafsachen beschränkt – dies obschon in den USA weder ein Strafverfahren geführt wird¹⁹ noch jemals geführt werden kann²⁰, da ein allfälliger strafrechtlicher Aspekt des Sachverhaltes in den USA längst verjährt ist²¹. Entsprechend wehrten sich die Kontoinhaber auch gegen das Rechtshilfegesuch, machten nebst der Verletzung ihrer Rechte durch die Praxis der «litigation releases» einen Missbrauch des Rechtshilfeverfahrens geltend²², und legten ihren Eingaben u.a. ein «Affidavit of Attorney» eines in den USA als Strafrechtsprofessor tätigen Anwalts bei, welchem zu entnehmen war, dass das vorliegend interessierende Verhalten in den USA verjährt und dessen nachmalige Beurteilung durch einen US-Strafrichter somit unmöglich ist. Die Ausführungen des Affidavits blieben im ganzen Verfahren unbestritten. Umso mehr erstaunt es, dass sich das Bundesgericht mit diesem Einwand nicht befasst hat und die unbestrittene und belegte Verjährung schlicht ignorierte (1A.12/2005 E. 3.7)²³:

«Es trifft zu, dass in casu die Eröffnung eines Strafverfahrens weder manifest noch sicher ist: Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass ein solches Verfahren eröffnet werden könnte, nachdem die ersuchende Behörde Kenntnis über den Inhalt der zu übermittelnden Akten nehmen wird».

[Rz 11] Gegen Ende seiner Ausführungen kommt das Bundesgericht doch noch auf die Frage der Verjährung zu sprechen – jedoch mit einer schwer nachvollziehbaren Schlussfolgerung (1A.12/2005 E. 6.2):

«Ein Rechtshilfegesuch kann allenfalls abgewiesen werden, wenn ausser Zweifel steht, dass im ersuchenden Staat eine Strafverfolgung wegen Eintritts der Verjährung nicht weitergeführt werden kann (Urteil 1A.249/1999 vom 1. Februar 2000 E. 3e). Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Es wird Sache der zuständigen US-Behörden sein, diese Angelegenheit zu prüfen».

[Rz 12] Während das Bundesgericht im zitierten Urteil 1A.249/1999 nach einer gründlichen Analyse des Rechtes des ersuchenden Staates zum Schluss kam, dass der Verjährungseintritt nicht ausser Zweifel steht, meint es vorliegend bei einer unbestritten gebliebenen Verjährung, dass es Sache des ersuchenden Staates sei, diese Angelegenheit zu prüfen. Es stellt sich nun die Frage, wie der Verjährungseintritt im ersuchenden Staat denn überhaupt je ausser Zweifel stehen kann, wenn das Recht des ersuchenden Staates gar nicht berücksichtigt bzw. dessen Beurteilung ihm selbst überlassen wird.

[Rz 13] Es vermag in Anbetracht dieser Ausführungen kaum mehr zu erstaunen, dass die Praxis der «litigation releases» durch das Bundesgericht nun plötzlich als unproblematisch beurteilt wurde und dieses im Widerspruch²⁴ zu den vorangegangenen Urteilen BGE 126 II 126 und 2A.349/2001 nun zum Schluss kam, mit der blossen Möglichkeit eines «protective order» wäre den Einwänden der Kontoinhaber Genüge getan (1A.12/2005 E. 4.4).

7. Fazit ^

[Rz 14] Das Problem der liberalen Rechtshilfepraxis ist allgemein bekannt, insbesondere gegenüber den USA. Der Fall Elsad Bailey sprengt jedoch den bisherigen Rahmen in doppelter Hinsicht. Zum Ersten wurde massgeschneidert für den Einzelfall eine Gesetzesänderung vorgenommen, durch welche seit 1. Februar 2006 detaillierte Informationen über Schweizer Bankkonten amtshilfeweise an die USA (und andere Staaten mit vergleichbaren Vorschriften) übermittelt und dort auf Internet

veröffentlicht werden können, ohne dass sich je ein unabhängiges Gericht mit der Sache befasst, geschweige denn geurteilt hätte. Zum Zweiten steht das bundesgerichtliche Urteil 1A.12/2005 für die Gewährung von Rechtshilfe in Strafsachen für ein US-Zivilverfahren auch bei unbestrittener Verjährung eines allfällig strafbaren Verhaltens. Wie weit diese Praxis den Interessen des Finanz- und Rechtsplatzes Schweiz wirklich dient, wird sich in Zukunft zeigen.

Fürsprecher Björn Bernhard ist in Bern als Rechtsanwalt tätig und hat bei der Vertretung der Kontoinhaber in den zu den besprochenen Bundesgerichtsentscheiden führenden Verfahren mitgewirkt.

- ¹ Die SEC hat in den USA eine bemerkenswerte Mehrfachfunktion. Zum Einen ist sie Aufsichtsbehörde, vergleichbar mit der Eidgenössischen Bankenkommision (EBK). In vielen Fällen führt sie aber gegen Börsenteilnehmer Zivilverfahren mit dem Ziel, mutmasslich unrechtmässige Gewinne einzuziehen. Drittens hat die SEC schliesslich auch die Möglichkeit, die Eröffnung eines Strafverfahrens anzuregen, indem sie einen Fall den Strafverfolgungsbehörden zur weiteren Untersuchung überträgt.
- ² www.sec.gov.
- ³ Es ist an dieser Stelle in Erinnerung zu rufen, dass nach gängigem schweizerischen Rechtsverständnis eine Verletzung der Unschuldsvermutung nicht nur bei behördlichen Vorverurteilungen, sondern auch dann angenommen wird, wenn eine Behörde zwar sachlich und zurückhaltend über einen hängigen Strafall berichtet, die Anonymität des Tatverdächtigen aber ohne triftigen Grund enthüllt wird (vgl. Franz Zeller, zwischen Vorverurteilung und Justizkritik, Diss. Bern 1998, S. 100f). Dies gilt es vorliegend umso mehr zu bedenken, als mit dem in Ziff. 6 nachstehend besprochenen Urteil 1A.12/2005 die Rechtshilfe in Strafsachen mit dem Argument bewilligt wurde, dass die zurzeit hängige Zivilklage der SEC letztendlich eine Strafuntersuchung nach sich ziehen könnte – womit sich spätestens zu diesem Zeitpunkt auf Grund der bereits erfolgten Veröffentlichung die Frage der Verletzung der Unschuldsvermutung stellt.
- ⁴ Vgl. Fn 3.
- ⁵ Das Prinzip des «fair trial» ist, anders als die Unschuldsvermutung, nicht auf strafrechtliche Angelegenheiten beschränkt (vgl. Franz Zeller, a.a.O., S. 97).
- ⁶ Interessant in diesem Zusammenhang ist E. 4g des Entscheids vom 15. Februar 2006 der Eidgenössischen Rekurskommission für die Staatshaftung: «Zu Recht weist der Beschwerdeführer jedoch daraufhin, dass die Publikation eines Urteils im Internet zur Folge hat, dass unvergleichlich viel mehr Menschen vom Urteil Kenntnis bekommen als dies auf Grund der Öffentlichkeit der Verhandlung der Fall ist. [...] Die Datenschutzgesetzgebung verlangt deshalb für die Publikation von Gerichtsurteilen deren Anonymisierung». Müssig zu betonen, dass dieser Grundsatz vor Erlass eines Urteils erst recht gelten muss.
- ⁷ Vgl. Fn 11.
- ⁸ Zur Revision des BEHG vgl. Ziff. 5 nachstehend.
- ⁹ Der neue Art. 38 BEHG trat am 1. Februar 2006 in Kraft.
- ¹⁰ Vgl. dazu die Erläuterungen von Christoph Peter in Basler Kommentar StGB II, Basel 2003, N 8 f zu Art. 161.
- ¹¹ «Der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte lehnt die vorgeschlagene Lockerung des Vertraulichkeitsprinzips ab. Er hält insbesondere fest, dass im Rahmen der Amtshilfe auf Grund der rechtlichen Situation in den USA wie auch auf Grund der Praxis der SEC der Schutz der Persönlichkeit der betroffenen Bankkundinnen und Bankkunden (ohne besondere Vorkehrungen seitens der SEC) nicht gewährleistet ist. Das Bundesgesetz über Datenschutz (DSG/SR 235.1) verbietet in Art. 6 die Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland, wenn dadurch die Persönlichkeit der Betroffenen schwerwiegend gefährdet würde. Die Publikation von im Rahmen der Amtshilfe erlangten Personendaten auf Internet durch die SEC im Zusammenhang mit eingeleiteten Verfahren stelle eine solch schwerwiegende Gefährdung dar, denn die zur Frage stehenden Daten seien nach hiesiger Rechtslage als besonders schützenswerte Personendaten zu betrachten» (BBJ 2004 6747, S. 6765.).
- ¹² BBJ 2004 6747 ff.
- ¹³ BBJ 2004 6747, S. 6748.
- ¹⁴ «Ausserdem sind in der Schweiz Gerichtsverfahren von Verfassungen wegen spätestens im Verhandlungsstadium grundsätzlich öffentlich». S. dazu Fn 6 vorstehend.
- ¹⁵ BBJ 2004 6747, S. 6755.
- ¹⁶ J. Alexander Baumann, hat die Problematik der Revision trefflich auf den Punkt gebracht: «Mit der Revision

grundlegender Werte unseres Rechtssystems wird unsere Rechtskultur ohne zwingende Gründe, ohne Gegenleistung und ohne verbindliche Zusicherungen preisgegeben. Diese Preisgabe betrifft folgende Grundsätze unseres Rechts, die auf dem Altar des vorausseilenden Gehorsams gegenüber den USA geopfert werden: keine Strafe ohne Gesetz; die Notwendigkeit eines Urteils eines unabhängigen Gerichtes, bevor jemand in der Öffentlichkeit bezichtigt wird; der Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre; die Unschuldsvermutung und schliesslich auch das Bankkundengeheimnis» (AB 2005 N 1005).

¹⁷ Vgl. Votum von Daniel Vischer, AB 2005 N 1007.

¹⁸ Vgl. Votum von Rolf Schweizer, AB 2005 S 775.

¹⁹ Vgl. Ziff. 2 vorstehend sowie Urteil 2A.349/2001 E. 6 b.cc: «Vorliegend sollen die umfassenden Daten nicht für ein Strafverfahren, sondern für eine zivilrechtliche Durchsetzung von Finanzmarktvorschriften in einem öffentlichen Verfahren verwendet werden».

²⁰ Nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bzw. war es Voraussetzung der Rechtshilfe auch an die SEC, dass diese eine vorbereitende Untersuchung führt, die zumindest geeignet ist, die Betroffenen vor den Strafrichter zu bringen (vgl. Theobald Brun in Schweizer Schriften zum Bankenrecht, Band 39, Die Beschlagnahme von Bankdokumenten in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Zürich 1996, S. 15, Fn 5 mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

²¹ Nach US-Recht ist innerhalb von 5 Jahren seit begangenerem Delikt ein sogenanntes «indictment» zu verfassen und dem Angeschuldigten zuzustellen, bzw., sofern der Angeschuldigte nicht eruiert ist, zu hinterlegen. Vorliegend hätte die Hinterlegung des «indictments» gegen eine unbekannte Täterschaft bis spätestens Oktober 2003 erfolgen müssen (vgl. Ziff. 2 vorstehend), was unbestrittenemassen nicht geschah. Nachdem dies unterlassen wurde, ist eine Strafverfolgung bzw. eine Beurteilung des Sachverhaltes durch ein US-Strafgericht nicht mehr möglich.

²² Ein solcher liegt vor, wenn das Strafverfahren bloss vorgeschoben ist, d.h. die beantragten Massnahmen in Wirklichkeit ausschliesslich der Beweisführung in einem Zivilverfahren dienen, unter Umgehung der Bestimmungen über die Rechtshilfe in Zivilsachen (s. statt vieler: BGE 122 II 134).

²³ Die nachfolgenden Zitate sind eine inoffizielle Übersetzung aus dem Italienischen.

²⁴ Vgl. Ziff. 4 vorstehend sowie die Anmerkungen von Christoph Peter unter Ziff. III seines Artikels: Christoph Peter, Übermittlung an amerikanische Börsenaufsichtsbehörde SEC wegen Insiderverdacht in Sachen Elsag Bailey nun endlich zugelassen in: Jusletter 8. Mai 2006.

Rechtsgebiet(e): Bankrecht

Erschienen in: Jusletter 12. Juni 2006

Zitervorschlag: Björn Bernhard, Elsag Bailey – stilles Ende des Schweizer Bankgeheimnisses, in: Jusletter 12. Juni 2006 [Rz]