



## Urteil vom 9. November 2016

---

Besetzung

Richterin Salome Zimmermann (Vorsitz),  
Richterin Marie-Chantal May Canellas, Richter Daniel Riedo,  
Gerichtsschreiberin Susanne Raas.

---

Parteien

**X.**\_\_\_\_\_, [...]   
vertreten durch [...]   
Beschwerdeführer,

gegen

**Bank A.**\_\_\_\_\_, [...]   
Beschwerdegegnerin,

**Eidgenössisches Finanzdepartement EFD,**  
Generalsekretariat Rechtsdienst,  
Bundesgasse 3, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Verlängerung und Ergänzung einer Bewilligung  
gemäss Art. 271 StGB.

## Sachverhalt:

### A.

Am 29. August 2013 unterzeichneten das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) und das amerikanische Justizdepartement (Department of Justice, DoJ) eine gemeinsame Erklärung («Joint Statement»), in welcher festgehalten wurde, dass die Schweiz es ihren Banken ermöglichen werde, mit dem DoJ zu kooperieren (die deutsche Version findet sich im Internet unter: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31813.pdf>; die englische unter: <http://www.justice.gov/iso/opa/resources/7532013829164644664074.pdf>; beide letztmals besucht am 9. November 2016). In dieser Erklärung weisen die beiden Länder auf das Programm für schweizerische Banken (nachfolgend: Bankenprogramm) hin, welches die USA den Banken, die unversteuerte Konten von in den USA steuerpflichtigen Personen führten, zur Regulierung dieses Verhaltens zur Verfügung stellten (dazu im Einzelnen E. 6.4.1 des Urteils A-4695/2015 vom 2. März 2016).

### B.

Mit Verfügung vom [...] 2014 erteilte das EFD der Bank A. \_\_\_\_\_ eine Bewilligung gemäss Art. 271 Ziff. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0), um ihre rechtliche Situation mit den USA zu bereinigen (Ziff. 1 des Dispositivs). Die Bewilligung wurde für bestimmte Bereiche und unter näher beschriebenen Bedingungen erteilt. Sie wurde auf ein Jahr befristet, wobei eine Verlängerung möglich sei, die Bewilligung bei nicht Einhaltung der Bedingungen aber auch widerrufen werden könne (Ziff. 2). In Ziff. 3 des Dispositivs wurde festgehalten, dass die Bewilligung die Bank nicht von der Beachtung anderer nach Schweizer Recht auf den Sachverhalt anwendbaren Bestimmungen entbinde und die Missachtung der Bedingungen nach Ziff. 1 gestützt auf Art. 292 StGB mit Busse bestraft werden könne. Weiter wurde festgestellt, dass die Übermittlung von Dokumenten und Informationen durch die Bank an die US-Behörden im Auftrag von Personen, welche einen zivilrechtlichen Anspruch auf Herausgabe der sie betreffenden Informationen und Dokumente gegen die Bank habe, nicht in den Anwendungsbereich von Art. 271 StGB falle (Ziff. 4). In Ziff. 5 wurde die Gebühr festgelegt.

**C.**

**C.a** Mit Schreiben vom 24. Juli 2014 teilte die Bank X.\_\_\_\_\_ mit, dass sie am Bankenprogramm teilnehme und beabsichtige, seinen Namen gegenüber dem DoJ offenzulegen. Sie gab ihm Gelegenheit, bis am 13. August 2014 Einwände vorzubringen.

**C.b** Mit Schreiben vom 28. Juli 2014 wehrte sich X.\_\_\_\_\_ gegen die Offenlegung seines Namens gegenüber dem DoJ.

**C.c** Am 7. August 2014 bestätigte die Bank, das entsprechende Schreiben von X.\_\_\_\_\_ erhalten zu haben. Sie begründete kurz, weshalb sie dennoch gedenke, den Namen offenzulegen und wies ihn darauf hin, dass er beim zuständigen Gericht nach Art. 15 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) Klage gegen die Offenlegung erheben könne. Jene habe innerhalb von 10 Tagen zu erfolgen.

**C.d** Am [...] 2014 stellte X.\_\_\_\_\_ beim Bezirksgericht B.\_\_\_\_\_ ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 261 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272). Der Bank sollte untersagt werden, seinen Namen gegenüber Behörden der Vereinigten Staaten von Amerika und insbesondere dem DoJ herauszugeben.

**C.e** Die Einzelrichterin am Bezirksgericht B.\_\_\_\_\_ gab dem Gesuch mit Entscheid vom [...] statt und verbot der Bank superprovisorisch die Herausgabe dieser Daten. Nach Anhörung der Bank erliess die Einzelrichterin mit Entscheid vom [...] vorsorgliche Massnahmen im gleichen Sinn.

**C.f** Am [...] 2014 erhob X.\_\_\_\_\_ Klage beim Bezirksgericht B.\_\_\_\_\_ gegen die Herausgabe seines Namens.

**D.**

Mit Verfügung vom [...] 2015 verlängerte das EFD die Bewilligung vom [...] 2014 (Bst. B) generell bis zum 31. Dezember 2019 (Ziff. 1 des Dispositivs). In Bezug auf die periodischen Rechenschaftspflichten der Bank zu nachrichtenlosen US-Konten gelte die Bewilligung bis zur Schliessung dieser Konten (Ziff. 2). In Bezug auf Untersuchungen und Verfahren des DoJ und anderer US-Bundesstrafverfolgungsbehörden, die im Zusammenhang mit dem in einem Non Prosecution Agreement (NPA) beschriebenen Verhalten stünden, gelte die Bewilligung bis zum definitiven Abschluss dieser Untersuchungen und Verfahren (Ziff. 3). Weiter wurde festgestellt, die Bewilli-

gung vom [...] 2014 umfasse auch die Notifikations- und Kooperationspflichten der Bank im Sinn des Model-NPA, soweit diese sich im Sinn der Erwägungen auf eine Konkretisierung der bereits gemäss Bewilligung vom [...] 2014 erlaubten Kooperation der Bank mit den zuständigen US-Behörden beschränkten (Ziff. 4). Schliesslich wurde die Gebühr festgelegt (Ziff. 5).

#### **E.**

Am 5. Oktober 2015 antwortete die Vorsteherin des EFD auf ein Schreiben von X.\_\_\_\_\_ unter anderem sinngemäss, Verlängerungen der im Rahmen des Bankenprogramms erteilten Bewilligungen würden regelmässig für die Dauer und den Umfang der Kooperationspflichten der Bank unter dem NPA gewährt.

#### **F.**

Am 25. Februar 2016 trat das EFD sinngemäss auf ein Akteneinsichtsgesuch des Rechtsvertreters von X.\_\_\_\_\_ vom 9. Februar 2016 in Sachen Bank A.\_\_\_\_\_ nicht ein, weil letzterem in diesem Verfahren keine Parteistellung zukomme.

#### **G.**

Gemäss Darstellung von X.\_\_\_\_\_ in der Beschwerde wurde ihm die Verfügung des EFD vom [...] 2015 von der Bank am 15. Februar 2016 zugestellt.

#### **H.**

Am 15. März 2016 erhob X.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) gegen die Verfügung des EFD vom [...] 2015 (Bst. D) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er stellt folgende Anträge (Antrag 1 inkl. der redaktionellen Änderung vom 22. August 2016):

- «1. Die Ziffern 1-3 der Verfügung des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) vom [...] 2015 zugunsten der Beschwerdegegnerin (angefochtene Verfügung) seien aufzuheben und Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung sei wie folgt abzuändern: «Die Bewilligung gemäss Art. 271 StGB vom [...] 2014 wird zugunsten der Gesuchstellerin bis zum Abschluss eines Non-Prosecution Agreements (NPA) verlängert»;
2. Eventualiter sei die angefochtene Verfügung so zu ergänzen, dass in Bezug auf die Übermittlung der D.2-Daten dem Dispositiv der angefochtenen Verfügung eine wie folgt lautende Ziffer hinzugefügt werde: «In Bezug auf die Übermittlung von Informationen nach Bestimmung II.D.2 des US-Programms (D.2-Daten) gilt die Bewilligung bis zum Abschluss eines NPA»;

3. Subeventualiter sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur neuen Entscheidung zurückzuweisen;
4. Es sei festzustellen, dass die Übermittlung der persönlichen Daten des Beschwerdeführers nicht unter die Bewilligung i.S.d. angefochtenen Verfügung fällt und damit unzulässig ist;
5. Unter Auferlegung der Kosten an die Beschwerdegegnerin sowie unter Zuerkennung einer Prozessentschädigung, zuzüglich 8% MWST.»

In der Begründung wird zunächst festgehalten, weshalb auf die Beschwerde einzutreten sei. In der Sache wird ausgeführt, für die entsprechende Bewilligung bestehe keine genügende gesetzliche Grundlage. Auch für die Anwendung von Notrecht bestehe kein Raum. Die Musterverfügung habe eine Bewilligung begrenzt auf ein Jahr enthalten. Die nunmehrige Verlängerung sei nicht vorhersehbar gewesen. Bewilligungen gemäss Art. 271 StGB seien gegenüber anderen Behelfen subsidiär und die Bewilligungspraxis müsse restriktiv sein. Eine Bewilligung setze gemäss Entscheid des Bundesrates vom 25. Juni 1997 (wiedergegeben in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 61.82) voraus, dass a) der Rechtshilfsweg nicht aus grundsätzlichen Überlegungen ausgeschlossen sei und b) er an sich offen stehe müsse, jedoch aus praktischen Gründen unmöglich oder sinnlos sei. Die angefochtene Verfügung sei diesbezüglich ungenügend begründet. Weiter sei sie unverhältnismässig. Sie verletze Grundrechte des Beschwerdeführers.

#### **I.**

Das Bundesverwaltungsgericht forderte die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin mit Zwischenverfügung vom 12. April 2016 auf, eine Vernehmlassung bzw. Beschwerdeantwort – vorläufig beschränkt auf die Fragen der Rechtzeitigkeit der Beschwerde, der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und der Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers – einzureichen.

#### **J.**

In ihrer Vernehmlassung vom 12. Mai 2016 stellt die Vorinstanz die Anträge, dem Beschwerdeführer sei die Akteneinsicht in ihre Akten zu verweigern. Weiter sei auf die Beschwerde unter Kostenfolge nicht einzutreten. Zusammengefasst begründet sie dies damit, Art. 271 StGB schütze den Anspruch der Schweiz, dass staatliches Handeln auf ihrem Gebiet allein durch ihre Institutionen vorgenommen würde. Bei Bewilligungen gemäss Art. 271 StGB handle es sich um Anordnungen mit vorwiegend politischem

Charakter. Anordnungen mit politischem Charakter und grossem Ermessensbereich betreffen das Gebiet der übrigen auswärtigen Angelegenheiten gemäss Art. 32 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32). Dies gelte im konkreten Zusammenhang umso mehr. Das Bundesverwaltungsgericht sei demnach zur Behandlung der Beschwerde nicht zuständig. Weiter sei der Beschwerdeführer nicht zur Beschwerde legitimiert. Er sei durch die angefochtene Verfügung nicht beschwert. Schutzobjekt von Art. 271 StGB sei die schweizerische Souveränität und nicht private Interessen. Da die Verfügung dem Beschwerdeführer nicht zu eröffnen gewesen sei, liege kein Eröffnungsmangel vor, weshalb die Beschwerdefrist vor Einreichen der Beschwerde abgelaufen sei.

#### **K.**

Am 10. Juni 2016 reichte der Beschwerdeführer eine Beschwerdeergänzung ein, worin er sich zur Frage der Rechtzeitigkeit der Beschwerde äusserte.

#### **L.**

Die Beschwerdegegnerin reichte am 13. Juni 2016 die Beschwerdeantwort ein. Sie beantragt, auf die Beschwerde unter Kostenfolge nicht einzutreten. Sie hält dafür, die Beschwerde sei verspätet eingereicht worden, weil der Beschwerdeführer schon früher davon Kenntnis gehabt habe, dass die angefochtene Verfügung erlassen worden sei. Weiter sei er ohnehin nicht zur Beschwerde legitimiert. Er stehe nicht in einer besonderen Beziehungsnähe zur Streitsache. Den angestrebten Erfolg, nämlich die Weitergabe seiner Daten zu verhindern, müsse er auf anderem, dem zivilrechtlichen Weg geltend machen. Dritte, die sich – wie der Beschwerdeführer – gegen die Übermittlung ihrer Daten vor dem Zivilgericht gemäss DSG oder dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) wehrten, wo eine allfällige Strafbarkeit der Bank gemäss Art. 271 StGB ohne Belang sei, seien nicht durch die Verfügung i.S.v. Art. 271 StGB direkt in ihren Interessen berührt. Art. 271 StGB schütze keine Individualinteressen. Das vorliegende Verfahren habe keine Präjudizwirkung auf das zivilrechtliche Verfahren.

#### **M.**

Mit Verfügung vom 16. Juni 2016 gab das Bundesverwaltungsgericht den Parteien Gelegenheit, sich zu den jeweiligen Eingaben der weiteren Verfahrensbeteiligten zu äussern.

**N.**

Die Vorinstanz verzichtete am 28. Juni 2016 auf eine Stellungnahme.

**O.**

Gleichentags reichte die Beschwerdegegnerin einige Bemerkungen zur Beschwerdeergänzung ein. Auch diese sei – wie die Beschwerde – verspätet eingereicht worden und enthalte zudem keine Vorbringen, die ausschlaggebend erschienen. Der Beschwerdeführer habe ausgeführt, dass er in seiner Stellungnahme vom [...] Januar 2016 vor dem Bezirksgericht B.\_\_\_\_\_ ein Editionsbegehren betreffend die gegenwärtig gültige Bewilligung der Beklagten (der Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren) in Bezug auf Art. 271 StGB gestellt habe. Damit sei dargelegt, dass er spätestens am [...] Januar 2016 von einer gültigen Bewilligung i.S.v. Art. 271 StGB ausgegangen sei.

**P.**

Innert erstreckter Frist reichte der Beschwerdeführer am 22. August 2016 eine Stellungnahme ein. Er hält dafür, auch mittelbar betroffenen Personen käme Parteistellung zu. Ihm (dem Beschwerdeführer) erwachse ein unmittelbares faktisches Interesse wirtschaftlicher und ideeller Natur. Dies reiche für die Beschwerdelegitimation aus. Ein rechtliches Interesse sei nicht gefordert. Es werde bestritten, dass der Beschwerdeführer den angestrebten Erfolg auch auf zivilrechtlichem Weg erreichen könne. Der Beschwerdeführer müsse aufgrund der Bewilligung auf unbestimmte Dauer, jedoch während mindestens vier weiteren Jahren, damit rechnen, dass über das aktuelle Zivilverfahren vor dem Bezirksgericht B.\_\_\_\_\_ hinaus in seine rechtlichen Interessen eingegriffen werde. Sobald die Beschwerdegegnerin wiederum Daten zu liefern habe, müsse er bereit sein, innert zehn Tagen erneut den Klageweg zu beschreiten oder vorsorgliche Massnahmen einzuleiten, was zu einer extremen Rechtsunsicherheit und Belastung führe. Er sei daher materiell beschwert. Die faktisch unbefristete Bewilligung stelle gegenüber der ursprünglichen eine neue Anfechtungsgrundlage dar. Weiter äussert er sich dazu, dass ihm die angefochtene Verfügung nicht eröffnet worden sei, und zum Fristenlauf. Schliesslich hält der Beschwerdeführer dafür, das Bundesverwaltungsgericht sei für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Es handle sich nicht um eine Verfügung mit vorwiegend politischem Charakter. Zu Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) führt der Beschwerdeführer aus, er müsse jederzeit damit rechnen, dass in seine zivilrechtlichen Ansprüche eingegriffen werde.

**Q.**

Am 31. August 2016 nahm die Beschwerdegegnerin zur Eingabe des Beschwerdeführers vom 22. August 2016 Stellung. Zusammengefasst bringt sie vor, der Beschwerdeführer sei nicht beschwert. Auch überzeuge nicht, dass er erst bei der Verlängerung der Bewilligung 2014 beschwert sein solle. Schliesslich habe er spätestens seit Anfang Dezember 2015 um die vierjährige Kooperationsfrist gewusst.

Auf die übrigen Vorbringen in den Eingaben der Parteien wird – sofern sie für den Entscheid wesentlich sind – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

**1.1** Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist.

**1.2** Vorliegend ist eine als «Verfügung» bezeichnete Bewilligung des EFD gemäss Art. 271 StGB angefochten. Es handelt sich um eine Anordnung einer Behörde in Bezug auf eine konkrete Person, nämlich die Bank. Diese Anordnung stützt sich auf öffentliches Recht des Bundes, die Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV, SR 172.010.1), und begründet Rechte und Pflichten der Bank, bzw. verlängert diese. Damit erfüllt sie die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG. Es handelt sich somit um eine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG, die Anfechtungsobjekt vor Bundesverwaltungsgericht sein kann.

**1.3** Das EFD ist eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts im Sinn von Art. 33 Bst. d VGG.

**2.**

Nachfolgend sind die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts (E. 2), die Rechtzeitigkeit der Beschwerde (E. 3) und die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers (E. 4) zu prüfen. Nur wenn alle diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

**2.1** Sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist, ist das Bundesverwaltungsgericht allenfalls zur Beurteilung einer Beschwerde zuständig (E. 1.1). Vorliegend kommen nur die Ausschlussgründe gemäss Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG sowie jene nach Art. 32 Abs. 2 VGG in Frage.

**2.1.1** Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG nimmt Verfügungen auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt, von der Möglichkeit, dagegen Beschwerde zu erheben, aus. Diese Begriffe (innere und äussere Sicherheit des Landes, Neutralität, diplomatischer Schutz, übrigen auswärtige Angelegenheiten) sind eng auszulegen. Unter die Ausnahmebestimmung fallen nur die so genannten klassischen «actes de gouvernement», also Anordnungen mit vorwiegend politischem Charakter (BGE 137 I 371 E. 1.2). Nicht jede Verfügung, die in irgendeiner Form die auswärtigen Angelegenheiten berührt, gilt als eine solche, gegen die eine Beschwerde unzulässig ist (vgl. zum gleichlautenden Art. 83 Bst. a des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [BGG, SR 173.110]: HANSJÖRG SEILER, in: Seiler/von Werdt/Güngerich/Oberholzer, Bundesgerichtsgesetz [BGG], 2. Aufl. 2015, Art. 83 Rz. 13 f.; THOMAS HÄBERLI, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, Art. 83 Rz. 20 und 25; YVES DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral, 2008, Art. 83 N. 2758; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in: Corboz/Wurzburger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin, Commentaire de la LTF, 2. Aufl. 2014, Art. 83 Rz. 23), könnten sonst doch – soweit ein Anspruch auf gerichtliche Beurteilung völkerrechtlich nicht vorgesehen wäre – Verfügungen mit Auslandbezug kaum vor einer gerichtlichen Instanz angefochten werden. Gleiches hat für die innere und äussere Sicherheit des Landes sowie die Neutralität zu gelten. Auch vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich garantierten Rechtsweggarantie sind diese Einschränkungen restriktiv zu handhaben (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 1.25, 1. Lemma; HÄBERLI, a.a.O., Art. 83 Rz. 29 f.).

**2.1.2** Die vorliegende Verfügung betrifft zwar aussenpolitische Interessen der Schweiz, indem die Übermittlung von Informationen an einen ausländischen Staat (teilweise) geregelt wird. Sie nimmt aber vor allem eine schweizerische Bank von der Strafbarkeit in der Schweiz gestützt auf Art. 271 Ziff. 1 StGB aus. Daran ändert nichts, dass Art. 271 StGB in erster Linie die Souveränität der Schweiz schützen soll (dazu unten E. 4.2). Damit

erweist sich der Auslandsbezug als subsidiär, so dass nicht von einer Verfügung auf dem Gebiet der auswärtigen Angelegenheiten der Schweiz gesprochen werden kann. Auch ist nicht ersichtlich, dass die innere oder äussere Sicherheit des Landes, die Neutralität oder der diplomatische Schutz in einer Weise betroffen wären, die es geböte, die Verfügung aufgrund ihres politischen Charakters der gerichtlichen Überprüfung zu entziehen. Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG ist damit vorliegend nicht einschlägig.

**2.1.3** Das Bundesverwaltungsgericht und daran anschliessend das Bundesgericht sind im Übrigen bereits auf Beschwerden gegen eine Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) eingetreten, mit welcher diese die betroffene Bank anwies, Kundendaten an die USA zu übermitteln (BVGE 2009/31, allerdings ohne dass in dieser Zwischenverfügung auf Art. 32 VGG eingegangen wurde; Urteil des Bundesgerichts 2C\_127/2010 vom 15. Juli 2011, in BGE 137 II 431 nicht publizierte E. 1.1.3 f.). 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.

**2.1.4** Würde dennoch eine Ausnahme angenommen, wäre zu prüfen, ob völkerrechtlich ein Anspruch auf gerichtliche Überprüfung bestünde. Zu denken wäre vorliegend insbesondere an die Art. 6 und 8 EMRK (DONZALLAZ, a.a.O., Art. 83 N. 2755; SEILER, a.a.O., Art. 83 Rz. 16; AUBRY GIRARDIN, a.a.O., Art. 83 Rz. 21; HÄBERLI, a.a.O., Art. 83 Rz. 29). Da Bankdaten in den durch diesen Artikel geschützten Bereich fallen (Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Nr. 28601/11 vom 22. Dezember 2015 in Sachen G.S.B. gegen die Schweiz, Rz. 51), dürfte ein völkerrechtlich verbrieftter Anspruch auf Überprüfung bestehen (auf die Legitimation des Beschwerdeführers ist weiter unten einzugehen, E. 4).

**2.2** Weiter ist zu prüfen, ob ein Ausschlussgrund gemäss Art. 32 Abs. 2 Bst. a oder b VGG vorliegt. Die angefochtene Verfügung kann aber weder nach einem anderen Bundesgesetz durch Einsprache oder durch Beschwerde an eine Behörde im Sinn von Art. 33 Bst. c-f VGG noch nach einem anderen Bundesgesetz durch Beschwerde an eine kantonale Behörde angefochten werden. Eine Beschwerde an den Bundesrat wäre möglich, wenn eine Ausnahme nach Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG vorläge (Art. 72 Bst. a VwVG). Eine solche wurde gerade zuvor aber verneint

(E. 2.1). Es liegt damit auch keine Ausnahme gemäss Art. 32 Abs. 2 VGG vor.

**2.3** Damit ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der Beschwerde sachlich zuständig.

### **3.**

Die angefochtene Verfügung wurde am [...] 2015 erlassen. der Beschwerdeführer erhob dagegen erst rund ein Jahr später, nämlich am 15. März 2016, Beschwerde. Er macht geltend, dass ihm die Verfügung nach Erlass nicht eröffnet worden sei, sondern sie ihm erst am 15. Februar 2016 aufgrund eines Editionsbegehrens an die Beschwerdegegnerin zugestellt worden sei.

**3.1** Art. 34 Abs. 1 VwVG sieht vor, dass die Behörde den Parteien Verfügungen schriftlich eröffnet. Zudem darf den Parteien aus einer mangelhaften Eröffnung kein Nachteil entstehen (Art. 38 VwVG). Allerdings muss eine Partei ab Kenntnis eines Mangels alles ihr Zumutbare zur Behebung dieses Eröffnungsmangels unternehmen, damit sie sich erfolgreich auf den Eröffnungsfehler berufen kann (FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHILLING-SCHWANK, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016 [nachfolgend: Praxiskommentar], Art. 38 Rz. 8 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

**3.2** Vorliegend hat die damalige Vorsteherin des EFD dem Beschwerdeführer bereits mit Schreiben vom 5. Oktober 2015 mitgeteilt, dass Verlängerungen von Bewilligungen gemäss der Musterverfügung, welche den Banken die Teilnahme am US-Programm ermöglichen soll, regelmässig gewährt würden. Aktenkundig ist dass der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme/Noveneingabe vom [...] Januar 2016 – also gut drei Monate später – vor dem Bezirksgericht B.\_\_\_\_\_ die Edition der gültigen Bewilligung verlangte.

**3.3** Indessen muss hier nicht abschliessend geklärt werden, wie es sich damit verhält. Die Vorinstanz wäre nämlich nur dann verpflichtet gewesen, dem Beschwerdeführer die angefochtene Verfügung zu eröffnen, wenn dieser Parteistellung gehabt hätte, bzw. hätte haben müssen. Im Folgenden ist daher zu prüfen, wie es sich mit der Parteistellung des Beschwerdeführers verhält und ob er zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde legitimiert ist.

## 4.

### 4.1

**4.1.1** Zur Beschwerde ist gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Die Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (VERA MARANTELLI/SAID HUBER, in: Praxiskommentar, Art. 48 Rz. 8). Art. 48 Abs. 2 VwVG bestimmt zudem, dass darüber hinaus Personen, Organisationen und Behörden, denen ein anderes Bundesgesetz dieses Recht einräumt, zur Beschwerde berechtigt sind. Abs. 2 ist vorliegend nicht einschlägig.

**4.1.2** Zur Beschwerde legitimiert sind auch Personen, die keine Möglichkeit erhalten haben, am vorinstanzlichen Verfahren teilzunehmen. Dabei kann es sich um Fälle handeln, bei denen dem Beschwerdeführer eigentlich Parteistellung zugekommen wäre, ihm aber die Teilnahme nicht aus eigenem Verschulden versagt war. Es ist aber auch möglich, dass die Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren darum nicht möglich war, weil es in diesem Verfahren noch am rechtlich geschützten Interesse fehlte. Möglich ist, dass eine Person erst durch die angefochtene Verfügung beschwert ist (vgl. ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, Art. 48 Rz. 8). Allerdings ist die zweite Variante von Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG («oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat») nicht so zu verstehen, dass jeder, der keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, diese Voraussetzung bereits erfüllen würde, sondern nur eine Person, die dazu befugt gewesen wäre (vgl. MARANTELLI/HUBER, a.a.O., Art. 48 Rz. 22 f.).

**4.1.3** Adressatin im materiellen Sinn ist diejenige Person, hinsichtlich derer die Verfügung eine Berechtigung oder Verpflichtung ausspricht. Neben dem eigentlichen Verfügungsadressaten können indes auch Dritte zur Beschwerde legitimiert sein, sofern sie ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung haben und in einer besonderen, beachtenswerten nahen Beziehung zur Streitsache stehen (vgl. BGE 131 II 649 E. 3.4, BGE 130 V 560 E. 3.4; MARANTELLI/HUBER, a.a.O., Art. 48 Rz. 12; HÄNER, a.a.O., Art. 48 Rz. 12 ff.; DIES., Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, 2000, Rz. 521 und 527; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 1149 ff.; vgl. ANDRÉ GRISEL, Traité de droit

administratif, 1984, Bd. II S. 898 ff.; BENOÎT BOVAY, *Procédure administrative*, 2. Aufl. 2015, S. 495 ff.).

Die notwendige Beziehungsnähe liegt nur dann vor, wenn der Drittperson durch die streitige Verfügung ein unmittelbarer Nachteil entsteht (vgl. BGE 133 II 468 E. 1, BGE 130 V 560 E. 3.5, BGE 125 V 339 E. 4a). Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, ist jeweils in Bezug auf die konkrete Einzelfallkonstellation zu prüfen (BGE 130 V 560 E. 3.4 am Ende; zum Ganzen: BVGE 2009/31 E. 2.3 mit zahlreichen Hinweisen).

**4.2** Unter dem Titel «Verbotene Handlungen für einen fremden Staat» dient Art. 271 StGB dem Schutz der Gebietshoheit und Unabhängigkeit der Schweiz (Urteil des BGer 8G.125/2003 vom 9. Dezember 2003 E. 1.3; Urteil des BVGer A-4695/2015 vom 2. März 2016 E. 6.5.1; MARKUS HUSMANN, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], *Strafrecht II*, 3. Aufl. 2013, Art. 271 N. 5 f.; DUPUIS ET AL. [Hrsg.], *Code pénal, Petit Commentaire*, 2012, Art. 271 N. 1). Geschützt wird das staatliche Machtmonopol (Urteil des BGer 6B\_402/2008 vom 6. November 2008 E. 2.3.2; ANDREAS DONATSCH/WOLFGANG WOHLERS, *Strafrecht IV*, 4. Aufl. 2011, S. 332; JOSEF OUTRY, *Verletzung schweizerischer Gebietshoheit durch verbotene Handlungen für einen fremden Staat*, 1951, S. 43). Das geschützte Rechtsgut besteht stets aus den staatlichen Interessen unter Ausschluss privater Interessen. Mit einer Verletzung von Art. 271 StGB wird der Anspruch der Schweiz, dass staatliches Handeln auf ihrem Gebiet allein durch ihre Institutionen vorgenommen wird, angegriffen (HUSMANN, a.a.O., Art. 271 Rz. 8). Nicht geschützt werden hingegen private Interessen, die bei einer Verletzung von Art. 271 StGB höchstens indirekt betroffen sind (Urteil des BGer 8G.125/2003 vom 9. Dezember 2003 E. 1.3). Nach Art. 31 Abs. 1 RVOV sind die Departemente und die Bundeskanzlei zuständig für die Erteilung der in Art. 271 Ziff. 1 StGB vorgesehenen Bewilligung, aufgrund derer die Strafbarkeit der entsprechenden Handlungen ausgeschlossen wird. Fälle von politischer oder anderer grundsätzlicher Bedeutung sind nach Art. 31 Abs. 3 RVOV dem Bundesrat zu unterbreiten (DUPUIS ET AL., a.a.O., Art. 271 Rz. 11; kritisch zu dieser Art der Bewilligungserteilung: HUSMANN, a.a.O., Art. 271 N. 55 ff. [allgemein], insb. N. 60 [in Bezug auf die hier besprochenen Bewilligungen], wobei an dieser Stelle nicht auf diese Kritik eingegangen werden muss). Allerdings verhindert eine entsprechende Bewilligung nur, dass eine Anklage wegen Art. 271 Ziff. 1 StGB erfolgt. Die weiteren Bestimmungen der schweizerischen Gesetzgebung sind einzuhalten (so auch die Wegleitung zur schweizerischen Musterverfügung vom 3. Juli 2013 des Eidgenössischen Finanzdepartements EFD [nachfolgend:

Wegleitung Musterverfügung; im Internet unter: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31820.pdf>; letztmals besucht am 9. November 2016] Ziff. I sowie Ziff. II. 8 der an gleicher Stelle veröffentlichten Musterverfügung; dazu auch Urteil des BVGer A-4695/2015 vom 2. März 2016 E. 6.5.1).

### **4.3**

**4.3.1** Was die erste Voraussetzung von Art. 48 Abs. 1 VwVG anbelangt, hat der Beschwerdeführer im vorliegenden Fall nicht am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Er ist auch nicht Adressat der angefochtenen Verfügung. Da hier vorerst lediglich die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers zu klären ist, kann von der Anforderung der so genannten formellen Beschwer abgesehen werden.

**4.3.2** Die angefochtene Verfügung betrifft nicht direkt die Rechtsposition des Beschwerdeführers. Ihm gegenüber werden keine Rechte und Pflichten begründet; wie erwähnt, verhindert die Bewilligung nach Art. 271 Abs. 1 StGB lediglich eine strafrechtliche Verurteilung der Bank bzw. ihrer Organe. Es fragt sich somit, ob sich die Verfügung zumindest indirekt in einem solchen Ausmass auf den Beschwerdeführer auswirkt, dass er als durch diese besonders berührt zu gelten hat und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung hat.

**4.3.3** Hierbei ist zu beachten, dass Art. 271 StGB in erster Linie die Souveränität der Eidgenossenschaft und nicht den Beschwerdeführer als Individuum schützen soll (E. 4.2). Zur Wahrung der Individualrechte des Beschwerdeführers dienen demgegenüber andere Bestimmungen wie insbesondere das Datenschutzgesetz oder Persönlichkeitsrechte. Diese werden durch die angefochtene Verfügung nicht tangiert. Die dort vorgesehenen Rechtsbehelfe können und müssen weiterhin ergriffen werden. Mit der Verfügung wird der Bank auch nicht etwa aufgetragen, die Informationen zu übermitteln, deren Übertragung der Beschwerdeführer zu verhindern versucht, sondern es wird lediglich die Strafbarkeit der Bank in Bezug auf einen Artikel des Strafgesetzbuches aufgehoben. In der Verfügung selbst wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die übrigen Bestimmungen des schweizerischen Rechts, also insbesondere jene, die die Rechte des Beschwerdeführers wahren sollen, einzuhalten sind.

**4.3.4** Es mag zwar sein, dass der Beschwerdeführer ohne die angefochtene Verfügung diese Rechtsbehelfe gar nicht ergreifen müsste, weil die Bank sich nur deshalb entschloss, Informationen an die USA zu liefern, weil

sie durch die Verfügung die Zusicherung erhalten hat, nicht wegen einer Verletzung von Art. 271 StGB verfolgt zu werden. Indessen handelt es sich bei dieser Argumentation um reine Spekulation. Darüber ist hier nicht zu befinden.

**4.3.5** Entscheidend ist, dass der Beschwerdeführer durch die angefochtene Verfügung allein nicht rechtswesentlich betroffen ist. Betroffen ist er erst, wenn – zusätzlich – seine Daten tatsächlich übermittelt werden sollen (vgl. BVGE 2008/37 E. 8.1, wo die Beschwerdeführenden erst durch die aufgrund der Verfügung erstellte Abrechnung als beschwert angesehen wurden, nicht schon durch die Verfügung an sich). Gegen eine solche tatsächliche Übermittlung kann er sich jedoch – wie er dies auch tut – auf zivilrechtlichem Weg zur Wehr setzen. Auch in dieser Situation, das heisst, wenn die Datenlieferung bevorsteht, ist er aber nicht im Rechtssinne durch die hier angefochtene Verfügung betroffen, sondern erst durch die bevorstehende Übermittlung. Die Bewilligung will – wie gesehen – nur die Strafbarkeit der Bank in Bezug auf Art. 271 StGB ausschliessen. Betroffen bezüglich der Bewilligung ist somit nur die Bank. Mangels Betroffenheit des Beschwerdeführers muss somit im vorliegenden Verfahren auch nicht geklärt werden, ob der Beschwerdeführer, wie er vorbringt, jedes Mal, wenn die Bank seine Daten weiterleiten möchte, erneut gegen ein solches Vorhaben vorgehen muss.

**4.3.6** Es ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer in seinen rechtlichen und faktischen Interessen durch die angefochtene Verfügung nicht in rechtsgenügender Weise besonders berührt ist. Die Verfügung selbst greift nicht in seine Rechte ein, so dass er kein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung hat. Auf die Beschwerde ist daher mangels Beschwerdelegitimation nicht einzutreten.

**4.4** Auch kann nicht, wie der Beschwerdeführer eventualiter beantragt, festgestellt werden, dass die Übermittlung seiner Daten aufgrund der Verfügung nicht zulässig sei. Wie mehrfach erwähnt, schliesst die Verfügung nur die Strafbarkeit der Bank bzw. von deren Organen gemäss Art. 271 StGB aus, ohne etwas über die Kompatibilität der Datenübertragung mit anderen Bestimmungen der schweizerischen Rechtsordnung auszusagen. Mit anderen Worten kann die Bank, wenn sie die Daten des Beschwerdeführers übermittelt, nicht erfolgreich wegen Art. 271 StGB angeklagt werden, wobei darüber letztlich die Strafgerichte zu befinden hätten. Ob sie hingegen die Daten aufgrund anderer Bestimmungen nicht übermitteln darf, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

**4.5** Da dem Beschwerdeführer keine Parteistellung zukommt, war er auch nicht über das Verfahren zu informieren. Auf die Ausführungen zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde und zur Mangelhaftigkeit der Eröffnung ist damit nicht weiter einzugehen.

**5.**

**5.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem unterliegenden Beschwerdeführer die Verfahrenskosten, welche auf Fr. 1'000.-- festzusetzen sind, aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Dieser Betrag ist dem Kostenvorschuss von insgesamt Fr. 1'500.-- zu entnehmen.

**5.2** Der unterliegende Beschwerdeführer hat der obsiegenden Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung zu bezahlen. Diese wird praxisgemäss auf Fr. 1'500.-- (inkl. Mehrwertsteuerzuschlag im Sinn von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) festgesetzt.

*(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)*

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

**2.**

Die Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 1'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Dieser Betrag wird dem Kostenvorschuss von insgesamt Fr. 1'500.-- entnommen. Der Restbetrag von Fr. 500.-- wird dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**3.**

Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 1'500.-- zu bezahlen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ...; Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Salome Zimmermann

Susanne Raas

## **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: