



VPB 3/2016 vom 29. Dezember 2016

2016.8 (S. 62–70)

GESUCH

vom [...] der

[X] AG, [...] (Gesuchstellerin)

vertreten durch [...]

betreffend

Erteilung einer Bewilligung im Sinne von Artikel 271 Ziffer 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (StGB, SR 311.0)

EJPD, Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement

vom 27. Oktober 2016

Stichwörter: Verbotene Handlungen für einen ausländischen Staat, internationale Rechtshilfe in Zivilsachen/Beweiserhebung, Einreichung eines Parteigutachtens in einem ausländischen Zivilverfahren.

Mots clés: Actes exécutés sans droit pour un État étranger, entraide judiciaire internationale en matière civile / administration des preuves, remise d'une expertise présentée par une partie dans une procédure civile étrangère

Termini chiave: Atti compiuti senza autorizzazione per conto di uno Stato estero, assistenza giudiziaria internazionale in materia civile/assunzione di prove, deposito di una perizia di parte in una procedura civile estera.

Regeste:

Art. 271 StGB. Bewilligungsgesuch betreffend Einreichung eines Parteigutachtens in einem ausländischen Zivilverfahren.

Die Einreichung von Unterlagen in einem ausländischen Zivilverfahren durch eine Prozesspartei ist höchstens dann als Handlung im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zu qualifizieren, wenn dadurch der Rechtshilfeweg umgangen wird. Letzteres ist nicht der Fall, wenn die Eingabe ohne Androhung von strafrechtlichen Sanktionen erfolgt. Dabei ist unerheblich, woher die betreffenden Unterlagen stammen, sofern ihre Beschaffung nicht ihrerseits den Straftatbestand von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB erfüllt, indem die betreffende Prozesspartei wie ein Gerichtsorgan auftritt. Letzteres nicht gegeben bei Mandatierung eines Gutachters durch eine Prozesspartei. Straftatbestand vorliegend auch vom Gutachter selbst nicht erfüllt, auch bei Auftreten vor dem ausländischen Gericht. Bewilligungspflicht verneint.

Regeste:

Art. 271 CP. Demande d'autorisation pour la remise d'une expertise présentée par une partie dans une procédure civile étrangère.

La remise de documents dans une procédure civile étrangère par une partie à la procédure constitue tout au plus un acte au sens de l'art. 271, ch. 1, par. 1, CP, lorsque ce faisant l'entraide judiciaire est contournée. Tel n'est pas le cas lorsque la remise des documents a lieu sans menace de sanctions pénales. À cet égard, l'origine des documents ne joue aucun rôle, pour autant que leur acquisition ne constitue pas l'infraction visée à l'art. 271, ch. 1, par. 1, CP, ce qui serait le cas si la partie à la procédure agissait au même titre qu'un tribunal. Tel n'est pas le cas lorsqu'un expert est mandaté par l'une des parties. L'infraction n'est pas non plus constituée par l'expert lui-même en l'espèce, même en cas d'action devant le tribunal étranger. Aucune demande d'autorisation n'est donc nécessaire.

Regesto:

Art. 271 CP. Domanda d'autorizzazione relativa al deposito di una perizia di parte in una procedura civile estera.

Il deposito di documenti in una procedura civile estera da parte di una delle parti in causa può essere qualificato come atto ai sensi dell'art. 271 cpv. 1 n. 1 CP tutt'al più se viene elusa l'assistenza giudiziaria. Questo non è il caso se il deposito avviene senza che vengano comminate sanzioni penali. Da dove provengano i documenti è irrilevante, purché il modo in cui sono stati raccolti non soddisfi la fattispecie penale di cui all'art. 271 cpv. 1 n. 1 CP, ossia qualora la parte in causa intervenga come un organo giudiziario. Non è questo il caso se una delle parti in causa conferisce un mandato a un perito. La fattispecie penale non è soddisfatta nemmeno dal perito stesso, anche dinanzi al giudice estero. L'obbligo di autorizzazione non sussiste.

Rechtliche Grundlagen:

SR 311.0, SR 172.010.1, SR 0.274.132, SR 172.041.1, SR 172.041.0.

Art. 271 Ziff. 1 StGB, Art. 31 RVOV, Art. 2 Abs. 1 AllgGebV, Art. 13 der Verordnung über die Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren.

Base légales:

RS 311.0, RS 172.010.1, RS 0.274.132, RS 172.041.1, RS 172.041.0.

Art. 271, ch. 1, CP, art. 31 OLOGA, art. 2, al. 1, OGEmol et art. 13 de l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative.

Base giuridica:

RS 311.0, RS 172.010.1, RS 0.274.132, RS 172.041.1, RS 172.041.0.

Art. 271 n. 1 CP, art. 31 OLOGA, art. 2 cpv. 1 OgeEm, art. 13 dell'ordinanza sulle tasse e spese nella procedura amministrativa.



Unser Zeichen: 6.8.1.3/C 0006503/IRH2016007319

Bern, 27. Oktober 2016

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement

Nach Einsicht in das

GESUCH

vom [...] der

[X] AG, [...] (Gesuchstellerin)

vertreten durch [...]

betreffend

Erteilung einer Bewilligung im Sinne von Artikel 271 Ziffer 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0)

zieht in Erwägung:

I. Sachverhalt

1. Gemäss ihren eigenen Ausführungen "betrieb [die Gesuchstellerin] bis [...] eine Bank unter dem Namen [Y] AG. Seit [...] firmiert sie unter dem Namen [X] AG und widmet sich der Abwicklung der offenen Geschäfte aus der ehemaligen Bank."
2. Mit Eingabe vom [...] hat sie dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) folgende Anträge gestellt (Rz 13 und 30):

„Wir ersuchen Sie daher höflich um Bestätigung, dass die HANDLUNGEN [(siehe unten, Erw. 4)] nicht als Amtshandlungen für einen fremden Staat i.S.v. Art. 271 StGB [zu] qualifizieren [sind], soweit keine geschützten, identifizierenden Daten Dritter betroffen sind, oder eine Zustimmung der betroffenen Dritten zur Übermittlung vorliegt, und bitten Sie um eine entsprechende negative Feststellungsverfügung.“

"Sollten Sie die in den Abschnitten III. bis V. dieses Gesuchs gemachten Rechtsauffassungen in dem einen oder anderen Punkt nicht teilen, ersuchen wir Sie höflich, im Namen unserer Klientschaft und im Sinne eines Eventualantrags, um eine Ausnahmewilligung unter Art. 271 StGB für die Vornahme der HANDLUNGEN."

3. Hintergrund des Gesuchs sind zwei Zivilverfahren vor der *Chancery Division* des englischen *High Court of Justice*, in denen die Gesuchstellerin jeweils unter den Beklagten figuriert. Klägerinnen sind drei Gesellschaften, die Schadenersatz für erlittene Vermögenseinbussen fordern. Gemäss den Ausführungen der Gesuchstellerin geht es darum, "dass ein ehemaliger Mitarbeiter der [Gesuchstellerin], Herr [A], im Jahre [...] Bankreferenzen mündlich und auch schriftlich (E-Mail) erteilt haben soll und diese Referenzen dazu beigetragen haben sollen, dass Gelder durch Dritte veruntreut wurden."
4. Nach dem Schriftenwechsel hatte das Gericht am [...] eine "*case management conference*" abgehalten. In Anschluss daran hatte es eine "*order for directions*" erlassen, welche den Ablauf des Beweisverfahrens regelt. Die Gesuchstellerin fasst diesen Ablauf wie folgt zusammen:
- i. Fünf Parteien sind ermächtigt je einen Experten zu instruieren, welcher bis spätestens am [...] je einen Expertenbericht erstellt und austauscht.
 - ii. Abhaltung einer Sitzung [in Anschluss daran], an der alle Experten (d.h. auch diejenigen von den Klägerinnen und anderen Beklagten) teilnehmen, um ein „Joint Memorandum“ betr. der umstrittenen Punkte zu erarbeiten, welches am [...] eingereicht werden muss.
 - iii. Beantwortung von allfälligen Fragen an die Experten, welche das High Court of Justice zum Expertengutachten hat.
 - iv. Allfällige Cross-Examination der Experten vor dem High Court of Justice."
- Dies mit dem Zusatz "Handlungen i.-iv. werden nachfolgend definiert als die "*HANDLUNGEN*" [(vgl. Erw. 2 hiervor)]".
5. Ziff. i bezieht sich auf Ziff. 9.4 und 9.6 der *order* (Gesuchsbeilage 4), die wie folgt lauten:
- "[Klägerinnen 1 und 2], the [B] Defendants, [die Gesuchstellerin] and Mr [A] shall each have permission to adduce oral expert evidence from an expert in private Swiss banking practices in relation to the issue of the usual or ordinary authority of a Relationship Manager and a Director in the Private Banking department in a Swiss bank to provide bank references such as the References (as defined in the Particulars of Claim)."
- "The [B] Defendants, [die Gesuchstellerin] and Mr [A] shall file and serve the written report of such banking experts by 4pm on [...]."

II. Rechtliches

6. Gemäss Art. 31 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV; SR 172.010.1) entscheiden die Departemente und die Bundeskanzlei in ihren Bereichen über Bewilligungen nach Art. 271 Ziff. 1 StGB zur Vornahme von Handlungen für einen fremden Staat. Fälle von politischer oder anderer grundsätzlicher Bedeutung sind gemäss Art. 31 Abs. 2 RVOV dem Bundesrat zu unterbreiten. Das EJPD ist folglich für die vorliegend beantragte Bewilligung zuständig.

7. Nach Art. 271 Ziff. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, in schweren Fällen mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft, wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen (Abs. 1). Ferner wird bestraft, wer solche Handlungen für eine ausländische Partei oder eine andere Organisation des Auslandes vornimmt (Abs. 2) und wer solchen Handlungen Vorschub leistet (Abs. 3).
8. Von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB erfasst werden Handlungen auf Schweizer Boden, die einer schweizerischen Behörde vorbehalten sind. Die betreffende Handlung muss sich "ihrem Wesen nach, also materiell, als Amtstätigkeit charakterisieren". "Entscheidend für die Qualifizierung als Amtstätigkeit ist die schweizerische Rechtsauffassung" (MARKUS HUSMANN, in: Basler Kommentar Strafrecht II, 3. Aufl., Basel 2013, N 13 zu Art. 271 StGB mit Hinw. auf Rechtsprechung und Literatur). Die Einreichung von Unterlagen in einem ausländischen Zivilverfahren durch eine Prozesspartei ist grundsätzlich keine Handlung, die einer schweizerischen Behörde vorbehalten ist bzw. die materiell als amtliches Handeln qualifiziert werden muss. Aufgrund der Praxis verschiedener Bundesbehörden zu Art. 271 StGB kommt allerdings in besonderen Konstellationen eine Strafbarkeit nach Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB dennoch in Betracht (vgl. zum Ganzen VPB 2016.7, S. 60, 2016.4, S. 42 f., und 2016.3, S. 35, je m. Hinw.; lediglich eine Strafbarkeit nach Art. 271 Ziff. 1 Abs. 3 StGB [Tatbestand des Vorschubleistens] in Betracht ziehend allerdings das Bundesstrafgericht in RR.2015.196-198 vom 18. November 2015, E. 2.2.2).
9. In den erwähnten Fällen geht es indes stets darum, eine Umgehung des Rechtshilfewegs zu verhindern. Nach der Praxis des EJPD muss in Zivilsachen für das Einholen von Dokumenten bei einer in der Schweiz ansässigen Verfahrenspartei der Rechtshilfeweg nicht beschritten werden, wenn für den Fall einer Mitwirkungsverweigerung keine strafrechtlichen Sanktionen angedroht werden (vgl. zum Ganzen VPB 2016.7, S.60, und 2016.3, S. 36, je m. Hinw. auf die Wegleitung des Bundesamtes für Justiz zur internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen, 3. Aufl. 2003 [Stand 2013], Ziff. III.A.2¹; im selben Sinne offenbar auch das Bundesstrafgericht in RR.2015.196-198 vom 18. November 2015, E. 2.2.2 [eine Strafsache betreffend]; vgl. ausserdem HUSMANN, a.a.O., N 32 m. Hinw., und GAUTHEY/MARKUS, Zivile Rechtshilfe und Art. 271 Strafgesetzbuch, in: ZSR 4/2015, S. 359 ff., S. 395). Dies muss auch dann gelten, wenn es sich beim fraglichen Dokument um ein von der betreffenden Verfahrenspartei zu veranlassendes Expertengutachten handelt.
10. Im vorliegenden Fall erfolgt die beantragte Herausgabe von Dokumenten somit nicht im Rahmen eines rechtshilfebedürftigen Verfahrensschrittes. Eine mit einer Androhung strafrechtlicher Sanktionen verbundene Anordnung des ausländischen Gerichts liegt *in casu* nicht vor. Das Gericht hat mit der erwähnten *order* vom [...] lediglich eine Beweisverfügung im Sinne von Art. 154 ZPO erlassen. Diese hält fest, welche Beweismittel welcher Verfahrensparteien zu welchen Fragen zugelassen werden. Gemäss den Ausführungen im Gesuch enthält die

¹ <http://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/zivil/wegleitungen.html>.

order keine verpflichtende Aufforderung, die bezeichneten Beweismittel einzureichen. Es handelt sich höchstens um Obliegenheiten mit prozessualen Folgen im Unterlassungsfall.

11. Für die Frage, ob die Herausgabe von Dokumenten durch eine Prozesspartei unter Art. 271 Ziff. 1 StGB fällt, ist es unerheblich, woher die betreffenden Dokumente stammen. Denkbar ist lediglich, dass die Beschaffung der Dokumente ihrerseits den Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 StGB erfüllt. Eine materielle Amtshandlung im Sinne von Erw. 8 hiervoor kann jedoch erst gegeben sein, wenn die betreffende Prozesspartei bei der Beschaffung der Dokumente wie ein Gerichtsorgan auftritt und eine eigentliche Beweiserhebung durchführt (vgl. GAUTHEY/MARKUS, a.a.O., S. 375). Ein blosses Ersuchen um Zurverfügungstellung von Unterlagen ist nicht erfasst. Die herrschende Lehre zur Frage der Zulässigkeit der Beschaffung von Beweismitteln im Kontext von Art. 271 StGB geht denn auch dahin, dass Handlungen, die im Rahmen eines innerstaatlichen Verfahrens auch durch Private vorgenommen werden dürfen, nicht unter den Straftatbestand fallen können, wenn sie im Hinblick auf ein ausländisches Gerichtsverfahren erfolgen (vgl. HUSMANN, a.a.O., N 26 ff. und 34 m. Hinw., sowie zum Ganzen VPB 2016.7, S. 60, und 2016.3, S. 36).
12. Die *order* vom [...] überlässt es den Verfahrensparteien, einen geeigneten Experten zu bestimmen und diesen zu instruieren und zu entschädigen. Sie ermächtigt die Parteien in keiner Weise, eine Person hoheitlich als Experten zu verpflichten. Vielmehr ist mit der auserwählten Person ein privatrechtlicher Vertrag abzuschliessen. Auch ist es nicht so, dass die privatrechtliche Mandatierung eines Experten im Auftrag des Gerichts erfolgen soll. Die *order* vom [...] hält lediglich fest, dass die Aussagen eines von den genannten Parteien mandatierten Experten grundsätzlich als Beweismittel zugelassen werden. Im Gesuch wird denn auch darauf hingewiesen, dass es sich bei dem in der *order* erwähnten *report* um ein reines Parteigutachten handelt.
13. Auch der Experte selbst würde keine Handlungen vornehmen, die den Schweizer Behörden vorbehalten wären. Zum einen würde er wie gesagt nicht im Auftrag des Gerichts oder einer für dieses handelnden Person aktiv werden. Zum andern würden sich seine Handlungen in der Schweiz darauf beschränken, sein Erfahrungswissen zu den Usanzen in der schweizerischen *Private banking*-Branche in dem für die Streitsache relevanten Bereich zu Papier zu bringen (zur Bewilligungspflicht einer Gutachtertätigkeit: GAUTHEY/MARKUS, a.a.O., S. 378 f.).
14. Die in den Ziff. ii - iv genannten Handlungen (siehe Erw. 4 hiervoor) sollen offensichtlich in England und nicht auf Schweizer Boden stattfinden. Allfällige Vorladungen zu den betreffenden Sitzungen sind nicht Gegenstand des vorliegenden Gesuchs. Im Übrigen ist die Gesuchstellerin vor Ort durch eine englische Anwaltskanzlei vertreten, so dass davon ausgegangen werden darf, dass sämtliche Zustellungen an diese erfolgen.
15. Es ergibt sich demnach, dass die in Erw. 4 f. genannten Handlungen, so wie sie im Gesuch dargestellt werden, den Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB nicht erfüllen. Dasselbe

gilt für den Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 3 StGB (Vorschub leisten), da es auf Seiten des Gerichts an einer Amtstätigkeit in der Schweiz fehlt. Der Hauptantrag der Gesuchstellerin ist dementsprechend gutzuheissen. Der Eventualantrag auf Erteilung einer Bewilligung wird damit gegenstandslos.

16. Gemäss Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Gebührenverordnung (AllgGebV) vom 8. September 2004 (SR 172.041.1) hat eine Gebühr zu bezahlen, wer eine Verfügung veranlasst oder eine Dienstleistung beansprucht. Die Gebühr wird vorliegend gestützt auf Artikel 13 der Verordnung über die Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren vom 10. September 1969 (SR 172.041.0) auf CHF [...] festgelegt.

Gestützt darauf wird **verfügt**:

- I. In Gutheissung des Gesuchs wird festgestellt, dass die darin umschriebenen Handlungen ("HANDLUNGEN") keiner Bewilligung im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches bedürfen.
- II. Die Kosten dieses Verfahrens betragen CHF [...] und werden der Gesuchstellerin auferlegt. Der Anspruch wird mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT

Simonetta Sommaruga
Departementsvorsteherin

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Diese Verfügung unterliegt binnen 30 Tagen seit ihrer Eröffnung der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Postadresse: Bundesverwaltungsgericht, Postfach, CH-9023 St. Gallen). Die Beschwerde kann auch einer schweizerischen Vertretung übergeben werden. Für Einzelheiten wird auf das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren verwiesen (SR 172.021).

Einschreiben mit Rückschein

- Gesuchstellerin (Rechtsvertreter)

Kopie per A-Post

- Bundesanwaltschaft
- Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten,
Direktion für Völkerrecht
- Eidgenössisches Finanzdepartement
- Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung