



VPB 2/2016 vom 30. Juni 2016

2016.7 (S. 56–61)

Erteilung einer Bewilligung im Sinne von Artikel 271 Ziffer 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs betreffend Einreichung eines *affidavit* in einem ausländischen Zivilverfahren

EJPD, Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement
vom 11. April 2016

Stichwörter: Verbotene Handlungen für einen ausländischen Staat, internationale Rechtshilfe in Zivilsachen/Beweiserhebung, Einreichung eines *affidavit* 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'un *affidavit* dans une procédure civile étrangère.

Termini chiave: Atti compiuti senza autorizzazione per conto di uno Stato estero, assistenza giudiziaria internazionale in materia civile/assunzione delle prove, produzione di un *affidavit* in un procedimento civile estero.

Regeste:

Art. 271 StGB. Bewilligungsgesuch betreffend Einreichung eines *affidavit* in einem ausländischen Zivilverfahren. Die Einreichung von Unterlagen in einem ausländischen Zivilverfahren durch eine Prozesspartei ist grundsätzlich nicht als Handlung im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zu qualifizieren. Aufgrund der Praxis verschiedener Bundesbehörden kommt zwar in besonderen Konstellationen eine Strafbarkeit dennoch in Betracht. In den betreffenden Fällen geht es indes stets darum, eine Umgehung des Rechtshilfewege zu verhindern. Vorliegend soll die Eingabe an das Gericht nicht auf dessen Ersuchen hin, sondern aus eigener Initiative und damit nicht im Rahmen eines rechtshilfebedürftigen Verfahrensschrittes erfolgen. 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 besagten Straftatbestand erfüllt, indem die betreffende Prozesspartei wie ein Gerichtsorgan auftritt. Vorliegend ist dies nicht gegeben. Das Aufnehmenlassen eines *affidavit* durch einen Notar fällt ebenfalls nicht unter Art. 271 Ziff. 1 StGB. Bewilligungspflicht verneint.

Regeste:

Art. 271 CP. Demande d'autorisation concernant la remise d'un *affidavit* dans une procédure civile étrangère. La remise de documents dans une procédure civile étrangère par une partie à la procédure ne constitue pas, en principe, un acte au sens de l'art. 271, ch. 1, par. 1, CP. Selon la pratique de différentes autorités de la Confédération, elle peut néanmoins être punissable dans des circonstances particulières, aux fins d'éviter que l'entraide judiciaire ne soit contournée. Dans le cas d'espèce, la remise des documents au tribunal ne doit pas avoir lieu à la demande de celui-ci mais de la propre initiative

de la partie et donc en dehors d'une étape de la procédure soumise à l'entraide judiciaire. Pour déterminer si la remise de documents par une partie à la procédure constitue un acte au sens de l'art. 271, ch. 1, par. 1, CP, l'origine des documents ne joue aucun rôle. On ne peut que postuler que l'acquisition des documents constitue ladite infraction, en tant que la partie à la procédure agit au même titre qu'un tribunal. L'infraction n'est pas constituée dans le cas d'espèce. La production d'un *affidavit* par un notaire ne constitue pas non plus un acte au sens de l'art. 271, ch. 1, par. 1, CP. Aucune demande d'autorisation n'est donc nécessaire.

Regesto:

Art. 271 CP. Domanda di autorizzazione per la produzione di un *affidavit* in un procedimento civile estero. La produzione di documenti in un procedimento civile estero ad opera di una parte processuale non va in linea di principio considerata un atto ai sensi dell'articolo 271 numero 1 primo comma CP. Secondo la prassi di diverse autorità della Confederazione, la punibilità di una tale azione può tuttavia entrare in linea di conto in determinati casi, in particolare in quelli in cui s'intende impedire l'elusione dei canali dell'assistenza giudiziaria. Nella fattispecie i documenti non sono trasmessi al giudice su sua richiesta, bensì su iniziativa della parte, e quindi non nell'ambito di una fase procedurale per la quale è necessaria l'assistenza giudiziaria. Per stabilire se la consegna di documenti ad opera di una parte processuale rientra nel campo d'applicazione dell'articolo 271 numero 1 CP, la provenienza degli stessi è irrilevante. Il fatto di procurarsi tali documenti può configurare un reato ai sensi della suddetta disposizione penale soltanto se la parte al processo agisce in qualità di organo giudiziario, ciò che non è il caso nella fattispecie. Neppure il fatto di far redigere un *affidavit* da un notaio rientra nel campo d'applicazione dell'articolo 271 numero 1 CP. Gli atti in questione non soggiacciono a un obbligo di autorizzazione.

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 V. 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 O sulle tasse e spese nella procedura amministrativa.

Unser Zeichen: 6.8.1.3/C 0006012/IRH2016001049

Bern, 11. April 2016

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement

Nach Einsicht in das

Gesuch

vom [...] des/der

[A], (Gesuchsteller 1)

[B], (Gesuchsteller 2)

[C AG], (Gesuchstellerin 3)

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. Mit Eingabe vom [...] stellten die Gesuchsteller folgenden Antrag:

«Es seien den Gesuchstellern 1-3 die Vornahme folgender Handlungen zu bewilligen, im Zusammenhang mit dem Verfahren vor dem *Grand Court of the Cayman Islands* [...] (das «Cayman Gericht») gestützt auf Art. 271 Ziff. 1 StGB im Rahmen der schweizerischen Gesetzgebung freiwillig das im Entwurf vorliegende First Affidavit of [A] (das «Affidavit»; Beilage 4) beim Cayman Gericht einreichen zu dürfen. [-] Eventualiter ersuchen die Gesuchsteller um Feststellung, wonach [das] freiwillige Einreichen des Affidavits an das Cayman Gericht zulässig ist und nicht von der Bewilligungspflicht gemäss Art. 271 Ziff. 1 StGB erfasst wird.»
2. Hintergrund des Gesuchs ist ein Zivilverfahren vor dem erwähnten Grand Court of the Cayman Islands. Kläger sind die Liquidatoren einer sich auf den Kaiman-Inseln in Konkursliquidation befindlichen Anlagegesellschaft. Beklagte ist die Gesuchstellerin 3, eine im Handelsregister des Kantons [...] eingetragene Aktiengesellschaft, die im Klagezeitpunkt den Namen «[...] AG» trug. Gegenstand ist die Rückforderung von zwischen der Klägerin und der Beklagten geflossenen Zahlungen wegen angeblicher Gläubigerbevorzugung.
3. Der Gesuchsteller 2 ist Präsident des Verwaltungsrats von Gesuchstellerin 3. Der Gesuchsteller 1 ist Mitglied der Geschäftsleitung und *Chief Financial Officer* derselben. Beide sind zu zweien unterschreibungsberechtigt.
4. Der Gesuchsteller 1 beabsichtigt, bei einem Notar eine eidesstattliche Erklärung (*affidavit*) aufnehmen zu lassen, welche alsdann dem Gericht eingereicht werden soll. Sie soll der Unterstützung einer Eingabe der Gesuchstellerin 3 an das Gericht dienen, mit welcher die im [Monat X] erfolgte Klagezustellung sowie eine in Zusammenhang damit gewährte Fristverlängerung angefochten werden. Das *affidavit* soll den Sachverhalt darlegen, auf den sich die Eingabe stützt.

II. Rechtliches

5. 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 Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) ist folglich für die vorliegend beantragte Bewilligung zuständig.
6. 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).
7. 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 2016.4, 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).

8. In den erwähnten Fällen geht es indes stets darum, eine Umgehung des Rechtshilfewegs zu verhindern. Im vorliegenden Fall erfolgt die beantragte Herausgabe von Dokumenten nicht im Rahmen eines rechtshilfebedürftigen Verfahrensschrittes. Nach der Praxis des EJPD muss in Zivilsachen für das Einholen von Dokumenten bei einer in der Schweiz ansässigen Person der Rechtshilfeweg nicht beschränkt werden, wenn die Verweigerung der Zusammenarbeit nicht zu strafrechtlichen Sanktionen führt (vgl. zum Ganzen VPB 2016.3, S. 36, 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). Eine mit einer Androhung entsprechender Sanktionen verbundene Anordnung des ausländischen Gerichts liegt *in casu* nicht vor. Die beabsichtigte Einreichung der beurkundeten Erklärung von Gesuchsteller 1 soll nicht auf Aufforderung des ausländischen Gerichts hin, sondern aus eigener Initiative, zwecks Unterstützung eines von der einreichenden Prozesspartei (Gesuchstellerin 3) gestellten Antrags, erfolgen. Eine Strafbarkeit der Gesuchsteller nach Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB scheidet somit aus. Dasselbe gilt übrigens für eine Strafbarkeit nach Art. 271 Ziff. 1 Abs. 3 StGB (Vorschub leisten), fehlt es doch auch auf Seiten des Gerichts an einer Amtstätigkeit in der Schweiz.
9. 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. 0 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 2016.3, S. 36).
10. Diese Grundsätze müssen auch dann gelten, wenn das von der Prozesspartei im ausländischen Verfahren eingereichte Dokument ein *affidavit* ist, das ein Mitarbeitender oder eine andere Drittperson bei einer Urkundsperson hat aufnehmen lassen und der Prozesspartei zur Verfügung gestellt hat. Die betreffende Drittperson macht sich ebenfalls nicht strafbar. Die Abgabe einer Erklärung vor einem Notar stellt keine materielle Amtshandlung im Sinne von Erw. 0 hiervoor dar, auch wenn die Erklärung als Beweismittel in einem ausländischen Verfahren dienen soll (vgl. SCHRAMM, Entwicklungen bei der Strafbarkeit von privaten Zeugenbefragungen in der Schweiz durch Anwälte für ausländische Verfahren, in: AJP 4/2006, S. 491 ff., S. 499; HUSMANN, a.a.O., N 31 m. Hinw., und GAUTHEY/MARKUS, a.a.O., S. 368).
11. Demnach ist im Sinne des Eventualbegehrens der Gesuchsteller festzustellen, dass die im Bewilligungsgesuch umschriebenen Handlungen keiner Bewilligung im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 StGB bedürfen.
12. 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.

¹ www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/zivil/wegleitungen.html.

Gestützt darauf wird **verfügt**:

- I. Es wird festgestellt, dass die Handlungen, für die um Bewilligung nachgesucht wird, keiner Bewilligung im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches bedürfen.
- II. Die Kosten dieses Verfahrens betragen CHF [...] und werden den Gesuchstellern auferlegt. Der Anspruch wird mit dem von den Gesuchstellern 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).