

Zivile Rechtshilfe und Artikel 271 Strafgesetzbuch

DANIELLE GAUTHEY*/ALEXANDER R. MARKUS**

Schlagwörter: Souveränität; Territorialhoheit; Rechtshilfe in Zivilsachen; Rechtshilfe in Zivil- und Handelssachen; Zustellungs- und Beweishilfe; verbotene Handlungen für einen fremden Staat (Art. 271 StGB)

A. Einleitung

Internationale Rechtshilfe in Zivilsachen ist Prozessrecht, das sich mit Fragen wie Verfahrenswegen, Verfahrensabläufen und Rechtsschutz befasst. Wer sich mit der Rechtshilfepraxis vertieft auseinandersetzt, wird sich indes rasch bewusst, dass der Kern vieler spezifischer Probleme im Strafrecht liegt. Besonders die Schweizer Parteien eines ausländischen Zivilprozesses sind sich oft im Unklaren darüber, wie sie am ausländischen Verfahren teilnehmen und mitwirken können, ohne mit Art. 271 StGB¹ in Konflikt zu geraten. Gerade hier zeigen sich *de lege lata* besonders grosse Unsicherheiten, die eine Klarstellung im gesetzgeberischen Bereich nahelegen würden. Die bloss sehr spärliche punktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung ist insofern weitgehend unbehelflich.

Im Bewusstsein dieser Fragen haben sich die Autoren des vorliegenden Beitrags auf das Strafrecht konzentriert, soweit es im Rechtshilfealltag eine Rolle

* Dr. iur., Rechtsanwältin; wissenschaftliche Mitarbeiterin beim Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA), Direktion für Völkerrecht; ehem. wissenschaftliche Assistentin am Institut für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht der Universität Bern. Der vorliegende Text gibt die persönliche Meinung der Autorin wieder und entspricht nicht notwendigerweise der offiziellen Position des EDA.

** Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt; Ordinarius an der Universität Bern und Direktor des dortigen Instituts für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht. Für die interessanten Anregungen in der Sache anlässlich des Verfassens unseres umfassenden französischsprachigen Werks zur internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen, *L'entraide internationale en matière civile*, Bern 2014, auf welchem die vorliegende Publikation sich weitgehend stützt, bedanken wir uns herzlich bei Prof. Dr. Isabelle Romy und Prof. Dr. Marianne Hilf. Unser bester Dank für ihre Unterstützung bei der vorliegenden Publikation geht an die Institutsmitarbeitenden Ilija Penon, MLaw, Rechtsanwalt, und Alexander Kistler, BLaw.

1 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937, SR 311.0.

spielt. Sie stützen sich dabei weitgehend auf das zwecks dieser Publikation überarbeitete Strafrechts-Kapitel ihres umfassenden französischsprachigen Werks zur internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen.²

B. Rechtshilfe und staatliche Gebietshoheit

I. Rechtshilfe als Mittel zur Überwindung rechtlicher Hürden

Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen ist ein Rechtsgebiet, das v.a. aus völkerrechtlichen Hürden entstanden ist.³ Völkerrechtlich ist unbestritten, dass Gerichte Prozesse führen dürfen, bei denen sich Parteien, Zeugen oder Beweismittel in einem fremden Staat befinden.⁴ Obwohl diese Gerichtshoheit anerkannt ist, wäre die Vornahme von Amtshandlungen des Prozessgerichts im ausländischen Staat eine Verletzung von dessen Souveränität, die völkerrechtlich und – zumindest in der Schweiz – strafrechtlich verpönt ist.⁵ Wäre es aber einem Gericht verunmöglicht, ausländische Parteien oder Dritte ins Verfahren einzubeziehen, wäre der Justizgewährungsanspruch der Parteien verletzt. Die Vorladung von Zeugen und die Edition von Schriftstücken, die sich nicht im Staat des angerufenen Gerichts befinden, oder die Verfügung eines Augenscheins im Ausland verstossen als solche zwar noch nicht gegen die Territorialhoheit des ausländischen Staats.⁶ Erst der Vollzug solcher Anordnungen ist als Ausübung von Hoheitsgewalt auf fremdem Territorium problematisch.⁷ Die Rechtshilfe dient dazu, die damit verbundenen souveränitäts- und strafrechtlichen Hürden zu überwinden, weshalb auch von der «Rechtshilfebedürftigkeit» dieser gerichtlichen Vollzugshandlungen gesprochen werden kann.⁸

Wenn es um die Zustellung von Dokumenten, die Befragung von Zeugen oder die Beschaffung von Beweismitteln geht, müssen deshalb die Behörden des Prozessstaats oder für sie handelnde Personen austarieren, für welche Handlungen sie um Unterstützung des ausländischen Staats ersuchen müssen. Dieses Austarieren der «roten Linie» ist aus verschiedenen Gründen komplex. Die Staaten präzisieren die Grenzen ihrer Souveränität in eigener Kompetenz,⁹ die Ansichten, was eine rechtshilfebedürftige «Amtshandlung» ist, sind unter-

2 GAUTHEY/MARKUS, Rz. 128–241.

3 GAUTHEY/MARKUS, Rz. 1 ff.

4 GAUTHEY/MARKUS, Rz. 96.

5 GAUTHEY/MARKUS, Rz. 99 und N 100 ff.

6 GAUTHEY/MARKUS, Rz. 106.

7 GAUTHEY/MARKUS, Rz. 107 ff.

8 GAUTHEY/MARKUS, Rz. 7.

9 Statt vieler PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011, § 1 Rz. 12. So betrachten z.B. die USA die Zustellung einer Ladung an eine US-Partei durch ein ausländisches Gericht nicht als Souveränitätsverletzung, im Gegensatz etwa zur Schweiz oder zu Deutschland.

schiedlich. Die Staaten können auch auf Teile ihrer Souveränität verzichten und damit den Rechtshilfeverkehr erleichtern, wie dies z.B. im Rahmen der Haager Rechtshilfeübereinkommen, den Rechtshilfeverordnungen der Europäischen Union oder auch unilateral¹⁰ getan wird. Die heutige Tendenz geht hin zum Abbau souveränitätsrechtlicher Hürden und damit in Richtung einer reibungslosen und ökonomisch funktionierenden Justiz. Das zeigt sich – wenn auch mit Einschränkungen – z.B. anhand der revidierten EU-Zustellungsverordnung,¹¹ welche eine direkte Postzustellung an die Destinatäre über die Grenze hinaus erlaubt, ohne damit den Schutz der Betroffenen zu tangieren.¹²

In der neueren Zeit ist die internationale Rechtshilfe über den Abwehr- und Gegenseitigkeitskontext hinausgegangen und hat sich auf Tatbestände ausgeweitet, in welchen sie – unabhängig von der Souveränitätsproblematik – dazu dient, die Gerichte und die Parteien in einem grenzüberschreitenden Zivilprozess zu unterstützen und die Probleme und Nachteile zu überwinden, die sich bei grenzüberschreitenden Prozessen stellen. Damit wurde die Rechtshilfe von den klassischen Bereichen der Zustellung und Beweiserhebung auf Gebiete wie die Befreiung von Prozesskostenvorschuss und -kaution, die unentgeltliche Rechtspflege, die Geltendmachung von Alimenterfordernungen, internationale Kindesentführungen oder die Legalisierung öffentlicher Urkunden ausgedehnt.¹³ Dazu zählt etwa auch die Information des Prozessgerichts über das Recht eines ausländischen Staats.¹⁴

Die «klassischen» Rechtshilfegebiete der Zustellung und Beweiserhebung bleiben hingegen auch heute noch tief im Souveränitätsschutz verhaftet. Die Schweiz hat – wie andere Staaten – die Verletzung der eigenen Souveränität strafrechtlich abgesichert. Art. 271 StGB verbietet ausländische «Amtshandlungen» (dazu hinten G.II) in der Schweiz und sanktioniert damit Verletzungen der schweizerischen Territorialhoheit mit Strafe. Die vorliegende Untersuchung be-

10 Z.B. die Anwesenheit ausländischer Gerichtspersonen bei schweizerischen Strafrechtshilfehandlungen nach Art. 65a des Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen v. 20.3.1981 (Rechtshilfegesetz, IRSG, SR 351.1).

11 Verordnung (EG) Nr. 1393/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.11.2007 über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in Mitgliedstaaten («Zustellung von Schriftstücken») und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates.

12 Art. 14 der EU-Zustellungsverordnung. Die postalische Zustellung funktioniert in der Praxis jedoch nicht reibungslos; siehe dazu den Bericht vom 4.12.2013 der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 1393/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.11.2007 über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in Mitgliedstaaten («Zustellung von Schriftstücken»), COM (2013) 858 final, N 3.10, S. 14 f. Siehe dazu auch GAUTHEY, Rz. 2.4.

13 GAUTHEY/MARKUS, Rz. 17; dieser Rechtshilfebereich wird auch «Rechtsdurchsetzungshilfe» genannt (KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 99 ff.).

14 GAUTHEY/MARKUS, Rz. 17; dieser Rechtshilfebereich wird auch «Rechtsanwendungshilfe» genannt (KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 103).

schränkt sich auf diesen Tatbestand.¹⁵ Es sei gleichzeitig darauf hingewiesen, dass das Schweizer Strafrecht mit Art. 299 StGB auch die Verletzung einer ausländischen staatlichen Souveränität unter Strafe stellt. Handlungen wie z.B. Beweiserhebungen im Ausland, die zugunsten eines schweizerischen Zivilprozesses erfolgen, können somit gegebenenfalls auch nach Schweizer Recht strafbar sein.¹⁶

II. Unterschied zwischen souveränitätsrechtlichen und strafrechtlichen Hürden

Obwohl Art. 271 StGB auf der völkerrechtlichen Souveränität gründet, gibt es Unterschiede zwischen souveränitätsrechtlichen und strafrechtlichen Hürden der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen. Diese bestehen nicht nur in den Rechtsfolgen, sondern auch in den Voraussetzungen, also der Höhe der Hürde, welche mittels Rechtshilfe überwunden werden muss. Die völkerrechtliche Souveränität ist tendenziell – aber nicht durchwegs – weiter gefasst als der strafrechtliche Tatbestand. So betrachten Schweizer Behörden eine ausländische behördliche Massnahme gegen eine natürliche oder juristische Person in der Schweiz, die mit einer Strafandrohung im Prozessstaat sanktioniert ist, als eine Verletzung der schweizerischen Souveränität, auch wenn die Entscheidung in der Schweiz nicht zugestellt wird. Dies entspricht zumindest der traditionellen Sicht; die Äusserungen von gewissen Bundesbehörden scheinen zum Teil davon abzuweichen.¹⁷ Demgegenüber greift das Strafrecht wegen seiner strikten territorialen Beschränkung nicht.¹⁸ Als Beispiel sei die Verfügung von Zwangsmassnahmen gegen Personen mit Wohnsitz in der Schweiz erwähnt, die im Rahmen der Beweiserhebung im ausländischen Prozessstaat ergehen können. Obwohl sie aus Schweizer Sicht völkerrechtlich verpönt sind, fallen sie wegen der geographischen Selbstbeschränkung des Straftatbestands nicht unter Art. 271 StGB.¹⁹

15 Art. 269 StGB verfolgt einen anderen Ansatz, Konkurrenzen zu Art. 271 StGB sind entsprechend selten (BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 73; vgl. auch BSK StGB II-HUSMANN, Art. 269 N 22).

16 BStGer v. 29.1.2013, SK.2012.29 (bestätigt durch BGer v. 22.7.2013, 6B_235/2013). Dieser Entscheid ist u.E. im Ergebnis richtig; die vorgeworfenen Handlungen waren jedoch aus Schweizer Sicht als hoheitlich zu qualifizieren. In diesem Fall ist ein Betreibungsbeamter mehrmals nach Italien gegangen, um im Rahmen seines Amtes als Liquidator einer Erbschaft den Verkauf eines Bootes zu organisieren. Zuvor hatte er die italienischen Behörden darüber informiert und sich entsprechend legitimieren müssen. Damit hatte der Betreibungsbeamte mit der Zustimmung der italienischen Behörden gehandelt und die italienische Souveränität schon deswegen nicht verletzt.

17 GAUTHEY/MARKUS, Rz. 110 f. mit Hinweisen.

18 Dazu hinten G.IV.

19 Hinten G.IV.4.b.

C. Zustellungs- und Beweishilfe in Zivil- und Handelssachen in der Schweiz

I. Begriffliches

1. *Rechtshilfe und comitas*

Der ersuchte Staat unterstützt das Verfahren des ersuchenden Staats mit einem Rechtshilfeverfahren. Er tut dies mit, aber i.d.R. auch ohne staatsvertragliche Verpflichtung, zumal er im spiegelbildlichen Fall selber auf Unterstützung angewiesen ist und Eingriffe in seine Souveränität vermeiden will. Die Basis für dieses Handeln wird auch *comitas gentium* – Höflichkeit zwischen den Völkern – genannt.²⁰ Wegen der souveränitätsrechtlichen Sensibilität greift dieser Mechanismus vornehmlich auf den Gebieten der Zustellungs- und Beweishilfe, während in den übrigen Rechtshilfebereichen i.d.R. eine staatsvertragliche Grundlage bestehen muss.

2. *Zustellungshilfe*

Von der internationalen Zustellungshilfe umfasst ist die Übermittlung und Zustellung gerichtlicher oder aussergerichtlicher Dokumente an die Parteien oder an Dritte. Gerichtliche Dokumente können Ladungen, Prozessschriften, gerichtliche Verfügungen oder Entscheidungen oder auch nur gerichtliche Mitteilungen sein.²¹

Nach Auffassung der meisten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen wie auch der Schweiz sind solche Zustellungen hoheitliche Handlungen, zumal das Gericht dabei in Ausübung seiner staatlichen Hoheitsgewalt – in Form seiner Gerichtsgewalt – vorgeht. Damit stellen sich die Fragen der territorialen Souveränität und der Anwendung von Art. 271 StGB, wenn ein gerichtliches Dokument über die Grenzen des Gerichtsstaats hinaus einer Person zu übermitteln ist, welche einem anderen Staat zuzurechnen ist.

3. *Beweishilfe*

Die internationale Beweishilfe erfasst alle behördlichen Handlungen des ersuchten Staats zugunsten eines Beweisverfahrens im ersuchenden Staat. Darunter fallen z.B. Zeugen- oder Parteieinvernahmen, die Urkundenedition, die Vornahme von Augenscheinen oder die Erstattung von Gutachten.²²

20 GAUTHEY/MARKUS, Rz. 31; KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 7. Wird aufgrund der *comitas* Rechtshilfe geleistet, so ist dies dem Akzept des ersuchten Staates gleichzusetzen, der zur Entstehung eines völkerrechtlichen Vertrags im Einzelfall führt.

21 Dazu ausführlich GAUTHEY/MARKUS, Rz. 276 ff.

22 Im Rahmen des HUe70 siehe GAUTHEY/MARKUS, Rz. 550 ff.

II. Rechtsgrundlagen

Aus schweizerischer Perspektive ist die *Zustellungshilfe* in Zivil- und Handels-sachen von den beiden einschlägigen Haager Übereinkommen geprägt. Während das neuere HUE65²³ die Schweiz mit den meisten europäischen Staaten sowie im Wesentlichen mit den USA, China und Australien verbindet, gilt das ältere HUE54²⁴ kraft Art. 11a Abs. 4 IPRG²⁵ im Sinne einer unilateralen schweizerischen Gesetzgebung auch gegenüber Staaten, die diesem Übereinkommen nicht beigetreten sind.²⁶

Für die *Beweishilfe* sind das HUE54 und das HUE70²⁷ massgeblich. Letzteres Übereinkommen verbindet die Schweiz im Wesentlichen mit den europäischen Staaten, den USA, China und Australien, während das HUE54 gestützt auf Art. 11a Abs. 4 auch für die Beweiserhebungen *erga omnes* anwendbar ist.²⁸

In räumlicher Hinsicht gelten die HUE65 und HUE70 immer dann, wenn es sich sowohl beim Rechtshilfe ersuchenden Gerichtsstaat als auch beim ersuchten Staat um einen Mitgliedstaat handelt. Beide Übereinkommen regeln die Wege, auf denen in vorgeschriebener Form ein Rechtshilfeersuchen gestellt werden kann sowie das Verfahren zu ihrer Erledigung.²⁹ Die HUE65 und HUE70 sehen hierzu ein System von Zentralbehörden vor, über welche die Gesuche übermittelt werden und z.T. auch zurückfliessen können.³⁰ Beiden staatsvertraglichen Systemen liegt zu Grunde, dass der ersuchende Staat und der ersuchte Staat Wege und Formen vereinbart haben, die für das Souveränitätsverständnis des ersuchten Staats akzeptabel sind. Dies äussert sich oft in einem Einbezug der Behörden des ersuchten Staats, der seinerseits die Zustellungs- oder Beweishilfe gegenüber den ihm unterworfenen Rechtssubjekten vornimmt. Z.T. sind die Übereinkommen mit einem Souveränitätsverzicht verbunden, etwa wenn der ersuchte Staat – anders als die Schweiz – mit der direkten

23 Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen, abgeschlossen in Den Haag am 15. 11. 1965, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. 1. 1995, SR 0.274.131; für eine aktuelle Liste der Staaten, die dem HUE65 beigetreten sind, siehe http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=17.

24 Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht, abgeschlossen in Den Haag 1. 3. 1954, in Kraft getreten für die Schweiz am 5. 7. 1957, SR 0.274.12; für eine aktuelle Liste der Staaten, die dem HUE54 beigetreten sind, siehe http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=33.

25 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht v. 18. 12. 1987, SR 291.

26 Dazu ausführlich GAUTHEY/MARKUS, Rz. 51 ff.

27 Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen, abgeschlossen in Den Haag am 18. 3. 1970, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. 1. 1995, SR 0.274.132; für eine aktuelle Liste der Staaten, die dem HUE70 beigetreten sind, siehe http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=82.

28 Dazu GAUTHEY/MARKUS, Rz. 51 ff.

29 Dazu GAUTHEY/MARKUS, Rz. 371 ff. und 609 ff.

30 Dazu GAUTHEY/MARKUS, Rz. 354 f. sowie 691.

Zustellung gerichtlicher Schriftstücke an den Empfänger per Post einverstanden ist.³¹

D. Funktion und Bedeutung der Strafbestimmung

Art. 271 StGB ist Bestandteil des 13. Titels des Strafgesetzbuchs, der von den Verbrechen oder Vergehen gegen den Staat und der Landessicherheit handelt. Die Bestimmung verfolgt den Zweck, das Recht der Schweizer Behörden zur ausschliesslichen Ausübung hoheitlicher Befugnisse auf schweizerischem Gebiet zu schützen.³² Um dies zu gewährleisten, verbietet Art. 271 Ziff. 1 StGB die Ausübung jeglicher hoheitlicher Handlungen zum Vorteil eines fremden Staats auf schweizerischem Gebiet.

Im Rahmen der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen kommt Art. 271 Abs. 1 StGB eine grosse Bedeutung zu. Sobald ein Prozessbeteiligter oder ein Dritter in der Schweiz am Beweisverfahren eines ausländischen Verfahrens oder an der Vornahme eines Verfahrensakts beteiligt ist, stellt sich für diese Personen die Frage, ob die entsprechenden Handlungen in den Anwendungsbereich von Art. 271 Ziff. 1 StGB fallen. Wenn dies zu bejahen ist, so ist auf die Instrumente der Rechtshilfe zurückzugreifen, um eine Strafbarkeit zu vermeiden.

Während eine Bestrafung ausländischer Gerichtspersonen nur selten in Frage kommt, ist die Strafbestimmung für die an internationalen Zivilprozessen beteiligten Privatpersonen von grosser Bedeutung.³³ In gewissen Situationen, in welchen ein Interesse an der Mitwirkung am ausländischen Prozess fehlt, begrüssen die Parteien die Einschränkungen des schweizerischen Rechts und berufen sich auf diese vor dem ausländischen Gericht. Die Stellung dieser Personen ist indessen besonders prekär, wenn sie – wie zunehmend der Fall – ein eigenes Interesse daran haben, am ausländischen Prozess mitzuwirken, das ausländische Gericht sich jedoch weigert, den Rechtshilfeweg einzuhalten. Dann stehen Beteiligte eines internationalen Zivilverfahrens – Parteien, Zeugen, Anwälte – vor der heiklen Frage, wo im Rahmen ihrer Beteiligung und Mitwirkung die verbotene Zone beginnt. Sie sehen sich zuweilen mit Schranken konfrontiert, welche die Effizienz ihrer Verteidigung behindern. Während die «blosse» Verletzung der schweizerischen Souveränität diese Personen noch nicht unmittelbar betrifft, werden sie im Falle der Anwendbarkeit der Strafbestimmung zu unmittelbaren Opfern eines Justizkonflikts zwischen dem ausländischen Prozessstaat und dem schweizerischen Rechtshilfestaat.

31 Art. 10 lit. a HUe65; GAUTHEY/MARKUS, Rz. 356 und 367 ff.

32 BB1 1935 I 746 f.

33 Art. 271 StGB ist kein Sonderdelikt; hinten F.III.

E. Schutzgut des Delikts

Die Strafbestimmung bezweckt den Schutz der schweizerischen Territorialhoheit und damit verbunden die Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz. Pönalisiert wird unerlaubtes Eingreifen durch fremde Staaten oder durch Tätigkeiten im Interesse eines fremden Staates auf schweizerischem Staatsgebiet.³⁴

F. Rechtsnatur des Delikts

I. Schlichtes Tätigkeitsdelikt

Das Strafrecht differenziert zwischen schlichten Tätigkeitsdelikten und Erfolgsdelikten. Bei einem schlichten Tätigkeitsdelikt wird ein Verhalten als solches geahndet, unabhängig vom Eintritt eines Erfolgs;³⁵ beim Erfolgsdelikt kommt es dagegen nicht bloss auf eine bestimmte Tätigkeit, sondern auch auf den allenfalls eintretenden Erfolg an.³⁶ Anders ausgedrückt: Der Erfolg – die sich aus der Handlung ergebende physische Änderung der Aussenwelt –³⁷ stellt ein Tatbestandsmerkmal des Erfolgsdelikts, nicht jedoch des schlichten Tätigkeitsdelikts dar.³⁸

Art. 271 Ziff. 1 StGB ist ein schlichtes Tätigkeitsdelikt.³⁹ Die Verletzung der schweizerischen Territorialhoheit als Folge der verpönten Handlung ist als solche mithin *kein Tatbestandsmerkmal* – sie wäre wegen dem unscharfen Souveränitätsbegriffs denn auch nur schwer zu eruieren. Das StGB begnügt sich deshalb damit Handlungen zu umschreiben, die in aller Regel eine Verletzung der schweizerischen Souveränität nach sich ziehen.⁴⁰

Die Qualifikation des Tatbestandes als Tätigkeitsdelikt ist einerseits wesentlich, um den *Ort der strafbaren Handlung* bestimmen zu können, und andererseits, um zu ermitteln, bis wann *zeitlich eine Begünstigungshandlung* i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 Abs. 3 StGB möglich ist.

34 BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 5 m.w.H.

35 HURTADO POZO, Rz. 467; KILLIAS et al., Rz. 217; GRAVEN/STRÄULI, N 54 A; STRATENWERTH, § 9 Rz. 9.

36 HURTADO POZO, Rz. 468 f.; KILLIAS et al., Rz. 217; GRAVEN/STRÄULI, N 54 C; STRATENWERTH, § 9 Rz. 11.

37 HURTADO POZO, Rz. 468; GRAVEN/STRÄULI, N 54 C.

38 HURTADO POZO, Rz. 467 f.; GRAVEN/STRÄULI, N 54 A und C.

39 CR CP I-HARARI/LINIGER GROS, Art. 4 N 6.

40 Der gegenteilige Ansatz findet sich in Art. 299 StGB, welche Bestimmung die Verletzung der ausländischen Souveränität als Tatbestandselement voraussetzt.

II. Augenblicksdelikt oder fortgesetztes Delikt

Von einem Augenblicksdelikt ist die Rede, wenn das strafwürdige Verhalten eine unmittelbare Verletzung eines Rechtsguts mit sich bringt, die Verletzung also augenblicklich ist.⁴¹ Demgegenüber liegt ein fortgesetztes Delikt vor, wenn die Verletzung des geschützten Rechtsguts durch mehrere gleichartige Handlungen verursacht wird, die auf ein und denselben Willensentschluss zurückgehen, und die Verletzung insofern eine gewisse Zeit andauert.⁴²

Die von Art. 271 Ziff. 1 StGB untersagten Handlungen sind zahlreich und können verschiedene Formen annehmen. Sie können als Augenblicksdelikte (z.B. die Zustellung einer Urkunde) oder als fortgesetzte Delikte (z.B. die Vornahme einer Anhörung oder einer örtlichen Inspektion) ausgestaltet sein.

III. Kein Sonderdelikt

Art. 271 Ziff. 1 StGB stellt kein Sonderdelikt dar; beim Täter muss es sich daher nicht notwendigerweise um eine Amtsperson handeln.⁴³ Diese weite Fassung des Tatbestands als gemeines Delikt ist im vorliegenden Zusammenhang besonders wichtig, zumal nicht nur Gerichtspersonen, sondern auch Parteien, Anwälte, Zeugen oder andere Beteiligte als strafbare Personen in Frage kommen.⁴⁴

G. Objektive Tatbestandsmerkmale

I. Aufzählung

Die objektiven Tatbestandsmerkmale der Straftat sind:

- die Vornahme von «Handlungen, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen»,
- für einen fremden Staat, eine ausländische Partei oder eine andere Organisation des Auslands,
- auf schweizerischem Gebiet und
- ohne Bewilligung.

41 KILLIAS et al., Rz. 219; GRAVEN/STRÄULI, N 54 B. *Zustandsdelikte* sind ebenfalls Augenblicksdelikte, die sich jedoch dadurch auszeichnen, dass ihre Wirkungen und nicht die strafbaren Handlungen fortdauern. (KILLIAS et al., Rz. 219; GRAVEN/STRÄULI, N 54 B). U.E. kann das Verbrechen gemäss Art. 271 Ziff. 1 StGB nicht als Zustandsdelikt qualifiziert werden.

42 KILLIAS et al., Rz. 219; GRAVEN/STRÄULI, N 54 B.

43 BGE 114 IV 128 E. 3.b. Zum Ganzen BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 12. Vgl. LOGOZ, Art. 271 N 3.

44 Vgl. vorne D; hinten G.VII.

II. «Handlungen, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen»

1. Anwendung des schweizerischen Rechts

Art. 271 Ziff. 1 StGB erfasst Handlungen, die «ihrer Natur nach in den Zuständigkeitsbereich einer Behörde oder eines Beamten der Eidgenossenschaft, eines Kantons oder einer Gemeinde fallen».⁴⁵

Diese herkömmliche Umschreibung veranschaulicht deutlich, dass die Qualifikation einer Handlung als Amtshandlung nach *schweizerischer Rechtsauffassung* zu erfolgen hat.⁴⁶ Im Falle einer Zustellung aus den USA in die Schweiz bedeutet das z.B., dass dieser Akt seinen amtlichen Charakter behält, auch wenn die Zustellung gerichtlicher Schriftstücke in Ländern des *Common Law* in der Regel Sache der Parteien ist.

HUSMANN relativiert die ausschliessliche Massgeblichkeit schweizerischen Rechts zur Qualifikation einer Handlung insofern, als für gewisse Vorfragen ausländisches Recht anwendbar sei, so z.B. bezüglich der Stellung eines Verwalters im Konkurs oder bezüglich des Werts von Beweismitteln in einem ausländischen Verfahren.⁴⁷ Nach der hier vertretenen Meinung ist dagegen immer allein die schweizerische Perspektive von Bedeutung. Geht es z.B. um den Wert eines Beweismittels in einem ausländischen Verfahren, so könnte die Berücksichtigung der Formalitäten des ausländischen Rechts zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs von Art. 271 Ziff. 1 StGB führen. Das trifft z.B. auf die Aussage zu, welche in Form eines Affidavits abgegeben wird. Eine Befragung, die nicht als hoheitliche Handlung zu qualifizieren ist, wird nicht dadurch hoheitlich, dass die Aussagen in Form eines Affidavits erstellt werden.⁴⁸ Zudem stellt die Berücksichtigung dieser Form des ausländischen Rechts die Aussage noch nicht mit einer Zeugenaussage im Sinne des schweizerischen Beweisrechts gleich, die vor einem Gericht zu erfolgen hat.⁴⁹

In diesem Zusammenhang sei auch erwähnt, dass die Verweisung auf das Völkerrecht, die Bestandteil von Art. 39 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs von 1853 war, gestrichen wurde. Zwar darf daraus nicht geschlossen werden, dass dem Begriff der Souveränität im Rahmen der Anwendung von Art. 271 Ziff. 1 StGB keine Bedeutung mehr zukommt. Der Souveränitätsbegriff ist mit den ausschliesslichen Staatskompetenzen untrennbar verbunden und prägt somit auch den Begriff der hoheitlichen Handlung. Für die Auslegung von Art. 271 Ziff. 1 StGB stellt die Streichung jedoch klar, dass allein der Souverä-

45 Freie Übersetzung von LOGOZ, Art. 271 N 3; vgl. BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 13.

46 Siehe z.B. BGE 114 IV 128 E. 2.c; CORBOZ, Art. 271 N 2; BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 13 und 23; PHILIPP FISCHER/ALEXANDRE RICHIA, U.S. pretrial discovery on Swiss soil, Basel 2010, Rz. 116.

47 BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 24. Im gleichen Sinne SCHWARZ, § 19 Rz. 168.

48 SCHRAMM, S. 499.

49 KassGer ZH v. 22.3.2005, ZR 104 (2005) S. 231 ff.

nitätsbegriff der Schweizer Behörden relevant ist.⁵⁰ Werden somit gewisse Handlungen von den Schweizer Behörden toleriert – wie z.B. die Zustellung von Schriftstücken ohne rechtliche Wirkungen –, so kann der Täter nicht nach Art. 271 Ziff. 1 StGB bestraft werden, ohne dass das Prinzip von Treu und Glauben (*venire contra factum proprium*) verletzt würde.

2. Auslegung der «amtlichen» Handlung

a. Sprachvergleichende Interpretation: hoheitliche Handlung statt einfacher Amtshandlung

Die herkömmliche Definition der nach Art. 271 StGB verbotenen Handlung bezieht sich auf den «amtlichen» Charakter der Handlung: Verpönt ist «jede Handlung, die für sich betrachtet, d.h. nach ihrem Wesen und Zweck sich als Amtstätigkeit charakterisiert; entscheidend ist mithin, ob sie ihrer Natur nach amtlichen Charakter trage, und nicht die Person des Täters.»⁵¹ Diese herkömmliche, eher weit gefasste Definition der amtlichen Handlung erscheint uns präzisionsbedürftig. Der französische und der italienische Wortlaut von Art. 271 Ziff. 1 StGB, welche von «*actes qui relèvent des pouvoirs publics*» bzw. von «*atti che spettano a poteri pubblici*» sprechen und nicht lediglich von «Handlungen [...], die einer Behörde oder einem Beamten zukommen», sind restriktiver als der deutsche. Der französische und der italienische Gesetzestext erlauben im Ergebnis, den Anwendungsbereich von Art. 271 Ziff. 1 StGB dem Zweck der Norm entsprechend zu begrenzen. Es genügt m.a.W. nicht, dass die Handlung in Ausübung einer öffentlich-rechtlichen oder amtlichen Funktion vorgenommen wird, wie es der deutsche Wortlaut vermuten lässt, sondern die Handlung muss die Ausübung einer geradezu hoheitlichen Aufgabe darstellen.

b. Qualifikation durch hoheitliche Befugnisse

Die Begriffe der öffentlich-rechtlichen bzw. amtlichen Handlung einerseits und der hoheitlichen Handlung andererseits sind voneinander zu unterscheiden: Die Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Funktion ist nicht notwendigerweise mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt verbunden. Eine nicht unerhebliche Anzahl von Autoren weist ebenfalls darauf hin, dass die Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Funktion nicht genügt, um eine Strafbarkeit nach Art. 271 Ziff. 1 StGB zu begründen, sondern dass zusätzlich ein Fall der Ausübung hoheitlicher Befugnisse vorliegen muss. Zum Teil wird dies mit der Argumentation begründet, dass unter Art. 271 Ziff. 1 StGB Handlungen fallen, deren Durchführung für eine Person, die nicht Beamter ist, ein Strafverfahren wegen Amtsanmassung (Art. 287 StGB) nach sich ziehen würde. Für eine *Amtsanmassung* i.S.v.

⁵⁰ In diesem Sinne BBl 1933 I 759.

⁵¹ BGE 114 IV 128 E. 2.b m.w.H.

Art. 287 StGB wird einhellig verlangt, dass eine widerrechtliche Anmassung *hoheitlicher Befugnisse* vorliegt.⁵² Diesem Ansatz folgen auch das Militärkassationsgericht in einem Entscheid von 1944,⁵³ der auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Niederschlag gefunden hat,⁵⁴ die Zürcher Staatsanwaltschaft⁵⁵ sowie die Direktion für Völkerrecht des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten.⁵⁶ Diesem engen Ansatz dürfte die – spärliche – Rechtsprechung des Bundesgerichts entsprechen, die eine *ausschliessliche Zuständigkeit* der Schweizer Behörden voraussetzt.

c. *Qualifikation nach der Natur der Handlung*

Wo die Schwelle zur hoheitlichen Funktion genau liegt, verbleibt im Unklaren. Immerhin wird erwähnt, dass sich die öffentliche Funktion erst bei Vorliegen gewisser *Macht- und Gewaltbefugnisse* zur hoheitlichen Funktion qualifiziert.⁵⁷ In diesem Zusammenhang wird auch der Begriff der *acta iure imperii* ins Spiel gebracht.⁵⁸ Dieser Begriff wird im Recht der gerichtlichen Immunität der Staaten verwendet und umschreibt Handlungen, für welche der Staat Immunität gegenüber ausländischen Gerichten geltend machen kann.⁵⁹ Die Auslegung der *acta* folgt nicht einem funktionalen, sondern einem formalen Ansatz: Statt zu fragen, ob eine bestimmte Handlung einen staatlichen Zweck verfolgt oder einem Staat zu Gute kommt, wird darauf abgestellt, ob es sich um eine Tätigkeit handelt, die *ihrer Natur nach* einem Staat zuzurechnen ist.⁶⁰ So ist die öffentliche Beschaffung, selbst von Waffen, stets *acta iure gestionis*, zumal der käufliche Erwerb von Waren oder Gütern seiner Natur nach ein Rechtsgeschäft zwischen gleichgestellten Partnern darstellt.⁶¹ Demgemäss fallen unter die hoheitlichen Aufgaben allein Tätigkeiten, wie sie üblicherweise von Militär, Poli-

52 Siehe z.B. STRATENWERTH/BOMMER, § 54 Rz. 3; PK StGB-VEST, Art. 287 N 3; BSK StGB II-HEIMGARTNER, Art. 287 N 3. Damit der Tatbestand der Amtsanmassung i.S.v. Art. 287 StGB erfüllt ist, ist nicht nur notwendig, dass der Täter eine Handlung hoheitlichen Charakters ausführt, sondern auch, dass er sich ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten (z.B. durch das Tragen einer Polizeiuniform) auf Amtsgewalt beruft (siehe z.B. OGer AG v. 11.4.1968, SJZ 1971 95 ff., 96; BGE 128 IV 164 = JdT 2005 IV 125 ff.; BSK StGB II-HEIMGARTNER, Art. 287 N 3). Allerdings sind für die Autoren, die sich auf Art. 287 StGB beziehen, die subjektiven Tatbestandsmerkmale von Art. 287 StGB, nämlich das Wissen und Wollen der Ausübung einer Amtsfunktion sowie die entsprechende rechtswidrige Absicht, im Rahmen von Art. 271 Ziff. 1 StGB nicht verwirklicht (BSK StGB II-HOPF, Art. 271 N 13 m.w.H.).

53 Militärkassationsgericht v. 2.5.1944, Rechtsprechung in Strafsachen 1944 Nr. 178.

54 BGer v. 7.7.2000, 9X.1/1999 E. 6.b; dazu hinten G.II.3.b.aa.

55 KassGer ZH v. 22.3.2005, ZR 104 (2005) S. 231 ff., S. 232.

56 Schreiben der Direktion für Völkerrecht an das Bundesamt für Polizei (fedpol) vom 18.7.1994, SZIER 1995 S. 629 ff., S. 630.

57 BSK StGB II-HEIMGARTNER, Art. 287 N 3.

58 PIETH, 276; PK StGB-VEST, Art. 271 N 3.

59 Gegensatz dazu sind die *acta iure gestionis*, bei welchen der Staat keine gerichtliche Immunität geltend machen kann.

60 BGE 114 IV 128 E. 2.b stellt vorab auf die Natur der Handlung ab.

61 Dazu ALEXANDER R. MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht, Bern 2014, N 121 ff.

zei, Gerichten i.w.S. (inkl. Vollstreckung), Steuer- und Abgabebehörden vorgenommen werden. Die in der Literatur und Judikatur genannten Beispiele⁶² stammen denn auch aus diesen Bereichen. Wenn also nach einer originär staatlichen Tätigkeit (staatliche Kernfunktion) gesucht wird, welche die Strafbarkeit nach Art. 271 StGB sinnvoll einschränkt, kann der immunitätsrechtliche Begriff der *acta iure imperii* einen wertvollen Dienst leisten. Das Schutzgut der Strafnorm indiziert eine solche Einschränkung, zumal sich unter diesem Aspekt die verbotenen Eingriffe auf das schweizerische Territorium gegen aussen klar und deutlich als solche zu manifestieren haben.⁶³

d. *Qualifikation durch Sanktion*

Gleichzeitig wird gefragt, ob die öffentlich-rechtliche Funktion notwendigerweise mit Zwangsbefugnissen verbunden sein muss. Dem Täter fehlt es zwar i.d.R. an hoheitlichen Zwangsbefugnissen, weil typischerweise nur ein schweizerisches öffentliches Organ diese Befugnisse ausübt.⁶⁴ Bei der Täterschaft handelt sich ja um einen Privaten oder ein ausländisches Staatsorgan, die sich entsprechende Befugnisse anmassen. Dessen ungeachtet wird die Frage gestellt, ob sich die Tätigkeit abstrakt gesehen «durch Zwangsbefugnisse auszeichnen muss».⁶⁵ Die Literatur bejaht diese Voraussetzung, wobei aber unter Zwangsbefugnissen nicht allein die Anordnung unmittelbaren oder mittelbaren Zwangs zu verstehen sei, sondern etwa auch eine individuell-konkrete, verbindliche Anordnung,⁶⁶ wie sie z.B. – ausserhalb der Vollstreckung – ein Urteil in der Sache oder eine prozessleitende Verfügung darstellen. Zweifellos braucht es auch u.E. keine Zwangsandrohung, sondern es reicht eine verbindliche Anordnung, wie sie ein Richter in der Sache erlassen kann. Die Androhung von Zwangsmassnahmen ist auch nach Bundesgericht nicht erforderlich,⁶⁷ stellt jedoch den typischen Ausdruck öffentlicher Gewalt dar. Im Ergebnis bedarf es u.E. einer Amtshandlung, die sich auch durch ihre Rechtsfolge-Sanktion als hoheitliche qualifiziert. Gerichtsschreiber oder Gerichtsdolmetscher üben zwar ein öffentliches Amt aus, es kommen ihnen jedoch i.d.R. keine hoheitlichen Befugnisse zu.⁶⁸

62 BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 15; PK StGB-VEST, Art. 271 N 2; STRATENWERTH/BOMMER, § 54 Rz. 14; BStGer v. 29. I. 2013, SK.2012.20 E. 2.1, bestätigt durch BGer v. 22.7.2013, 6B_235/2013.

63 Siehe vorne E.

64 BGE 114 IV 128 E. 2.d; BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 16.

65 BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 16.

66 HandKomm. DSG-ROSENTHAL, Art. 271 StGB N 9; BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 16.

67 BGer v. 7.7.2000, 9X.1/1999 E. 6.b; BGE 114 IV 128 E. 2.d.

68 Siehe im Rahmen der Amtsanmassung CORBOZ, Art. 287 N 1; STRATENWERTH/BOMMER, § 54 Rz. 3 und die dortigen Hinweise.

e. *Ausschliesslichkeit der Zuständigkeit einer Schweizer Behörde*

Es können zwei Kategorien von Fällen unterschieden werden,⁶⁹ bei denen einer Handlung auf schweizerischem Gebiet hoheitlicher Charakter i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 StGB zukommt:

(1) Wie vorne erwähnt liegt dann eine Handlung hoheitlichen Charakters vor, wenn die *Handlung ihrer Natur nach oder nach der dabei verwendeten Form oder Vorgehensweise*⁷⁰ aus Schweizer Sicht der ausschliesslichen Zuständigkeit einer Schweizer Behörde unterstellt ist.⁷¹ Die Ausschliesslichkeit ergibt sich aus der schweizerischen Gesetzgebung, die gewisse Tätigkeiten ausschliesslich den Behörden vorbehält.⁷² Bei dieser ersten Kategorie ist die ausschliessliche Zuständigkeit Grundelement der hoheitlichen Natur. Es wird nicht unterschieden, ob die Handlung durch eine ausländische Amtsperson oder eine Privatperson verwirklicht wurde.

(2) Wird die Handlung durch eine *ausländische Behörde* oder durch eine von ihr *beauftragte Person* vorgenommen, so muss der Rahmen der verbotenen Handlungen u.E. erweitert werden und zusätzlich alle Handlungen umfassen, die, wenn sie in einer bestimmten Form vorgenommen werden, gemäss schweizerischer Auffassung der ausschliesslichen Zuständigkeit einer Behörde unterstehen, auch wenn sich die Form oder die Vorgehensweise *nicht* an diejenige

69 BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 18 ff., unterscheidet drei Fallkonstellationen: erstens Handlungen, die der ausschliesslichen Zuständigkeit einer Schweizer Behörde unterstehen; zweitens Handlungen, die nach Schweizer Recht einer ausländischen Behörde zustehen; drittens Handlungen, die nach Schweizer Recht weder durch Schweizer noch durch ausländische Behörden verwirklicht werden dürfen (z.B. die Vollstreckung einer Todesstrafe oder die Rekrutierung von Kindersoldaten). Unseres Erachtens sind die zweite und die dritte Kategorie Bestandteil der ersten Kategorie: Es handelt sich dabei immer um Handlungen, die der ausschliesslichen Zuständigkeit der Schweizer Behörden unterstehen. In den Fällen der zweiten Kategorie hat der Schweizer Gesetzgeber Art. 271 Abs. 1 StGB antizipiert und die Handlung grundsätzlich genehmigt. Die zitierten Beispiele der dritten Kategorie stellen hoheitliche Handlungen *ultra vires* dar: Sie gehen darüber hinaus, was die Schweiz oder ein anderer Staat als Amtshandlung zu ihrem Schutz bezeichnen dürfen, so etwa im Zusammenhang mit der gerichtlichen Staatenimmunität. Solche Handlungen sind bereits gemäss übrigem Strafrecht verboten. Zumal es um überschüssende «Amtshandlungen» geht, in deren Basisbereichen – z.B. der militärischen Rekrutierung – eine Zuständigkeit der schweizerischen Behörden durchaus besteht, und nicht etwa um einen Toleranzbereich. Somit kommt auch eine Strafbarkeit nach Art. 271 StGB in Frage.

70 Im gleichen Sinne DONATSCH, 597, DELNON/RÜDY, 330, und das Bezirksgericht Meilen v. 3. 12. 2003, ZR 103 (2004) 208 ff., 212, die im Rahmen einer Anhörung eines Zeugen den strafbaren Charakter der Handlung von der Form, gemäss derer die Handlung vollendet wurde, abhängig machen. Siehe auch BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 29 ff. In dem vom Bezirksgericht Meilen zu beurteilenden Fall hatte ein Privatdetektiv auf Rechnung einer Partei informelle Recherchen in einem amerikanischen Verfahren vorgenommen. Das Bezirksgericht entschied, dass diese Handlungen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 271 Ziff. 1 StGB fallen würden, da sie keine formellen Prozesshandlungen darstellen würden. Für BSK StGB II-HOPE, Art. 271 N 15, ergeben sich bei der Abgrenzung nach der Vorgehensweise praktische Schwierigkeiten.

71 BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 19; vorne G.II.1.

72 Gemäss BGer v. 7. 7. 2000, 9X.1/1999 E. 6.b, ist z.B. die Telefonabhörung eine ausschliesslich den Behörden vorbehaltene Tätigkeit (hinten G.II.3.b. ee).

der Schweizer Behörden hält. Unter diese zweite Kategorie fällt z.B. ein ausländischer Richter, der auf Schweizer Territorium in informeller Weise Zeugen oder Parteien befragt. Bis zu einem gewissen Grad verleiht die Tatsache, dass eine (ausländische) Amtsperson tätig ist, der Handlung für sich genommen eine hoheitliche Qualität.⁷³

Die Tätigkeit einer ausländischen Behörde oder einer von ihr beauftragten Person ist in aller Regel durch ihre amtliche Funktion motiviert, die ausländische Behörde – die auf ihrem Territorium grundsätzlich Sanktionen bzw. verbindliche Entscheide aussprechen kann – masst sich aus ihrer Perspektive das Recht an, amtliche Funktionen auf schweizerischem Gebiet auszuüben. Nur so kann Art. 271 Ziff. 1 StGB dem Zweck genügen, das schweizerische Territorium vor Übergriffen ausländischer Hoheitsakte zu schützen. Selbstverständlich bleibt es aber auch in diesen Fällen notwendig, die Anwendung dieser Strafnorm auf Handlungen zu beschränken, die gemäss schweizerischer Auffassung überhaupt eine Ausübung hoheitlicher Gewalt darstellen können.⁷⁴

3. *Im Rahmen der zivilen Rechtshilfe*

a. *Zustellung*

Das schweizerische Zivilverfahren wird vom Gericht geleitet, es herrscht Amtsbetrieb (Art. 124 ZPO⁷⁵). Zur Verfahrensleitung gehört auch die Zustellung von Urkunden (Art. 136 ZPO). Da gemäss schweizerischer Auffassung diese Aufgabe den Behörden im Zusammenhang mit einer naturgemäss originären staatlichen Tätigkeit zukommt, stellt sich die Zustellung zudem zweifelsfrei als Ausübung einer hoheitlichen Befugnis dar. Die Zustellung solcher Schriftstücke auf schweizerischem Gebiet⁷⁶ für ein ausländisches Verfahren ist folglich von Art. 271 Ziff. 1 StGB erfasst, wenn auch unter dem Vorbehalt, dass sie rechtliche Wirkungen entfaltet.⁷⁷ Das gilt unabhängig von der Person, welche die Zustellung vornimmt, sei es ein ausländisches Mitglied einer Behörde oder eine Schweizer Privatperson wie z.B. ein Rechtsanwalt.⁷⁸

73 Dadurch wird der Tatbestand nicht zum Sonderdelikt, zumal Handlung und Form die massgeblichen Kriterien bleiben.

74 Hinten G.II.3.b.dd.

75 Schweizerische Zivilprozessordnung v. 19. 12. 2008, SR 272.

76 Hinten G.IV.4.a.

77 Vorne G.II.1.

78 Vorne F.III.

b. *Beweiserhebung*

aa. Ausschliessliche Zuständigkeit der Schweizer Behörden und ihre Grenzen

Wie die Zustellung fällt auch das Beweisverfahren nach schweizerischer Auffassung grundsätzlich in die gerichtsbehördliche Zuständigkeit (Art. 122 und 151 ff. ZPO). Weil nicht für jede Handlung, die im weiteren Zusammenhang mit der Beweiserhebung vorgenommen wird, die Gerichtsbehörde ausschliesslich zuständig ist, gilt es jedoch nach den Verfahrensstadien und deren Funktion zu unterscheiden. Die Verfahrensstadien und deren Funktion sind in ausländischen Prozessrechten unterschiedlich ausgestaltet, weshalb im Einzelfall eine funktionale Vergleichung des schweizerischen mit dem ausländischen Zivilprozessrecht stattzufinden hat. Dabei bedeutet die Tatsache, dass ein bestimmtes Beweismittel im schweizerischen Recht nicht vorkommt oder nicht zulässig ist, noch nicht, dass von einer ausschliesslichen schweizerischen Behördenzuständigkeit auszugehen ist.

Beim Schweizer Beweisverfahren ist zwischen dem Behauptungsstadium und dem Beweisstadium zu unterscheiden. Im Behauptungsstadium ist es an den Parteien, den Sachverhalt zu behaupten sowie Beweismittel zu offerieren und z.T. auch diese zu beschaffen.⁷⁹ Mit der Beweisverfügung nach Art. 154 ZPO wird das Beweisstadium eingeleitet, in welchem das Gericht das Zepter in die Hand nimmt: Editionsverfügungen werden – soweit noch nötig – erlassen, Zeugen vorgeladen und die Beweise abgenommen.

Beweisverfügung, formelle Beweisabnahme (insbesondere die Einvernahme von Zeugen, Art. 171 ff. ZPO oder die Abhaltung eines gerichtlichen Augenscheins Art. 181 f. ZPO) und Beweiswürdigung sind dem Gericht gänzlich vorbehalten.

Das Einreichen von Beweismitteln durch die Parteien ist nach ZPO Parteisache. Das Einreichen bzw. die Herausgabe von Urkunden oder Augenscheinobjekten durch eine Partei oder eine Drittperson zuhanden des Gerichts stellt an sich keine hoheitliche Handlung dar⁸⁰ und leistet einer solchen auch keinen Vorschub.⁸¹ Finden diese Parteihandlungen jedoch im Kontext mit einer Beweisverfügung des ausländischen Gerichts statt, so kollidieren sie mit der ausschliesslichen Zuständigkeit der Schweizer Rechtshilfebehörden und werden

79 Das gilt insbesondere für Urkunden (Art. 221 Abs. 2 lit. c ZPO), Augenscheinobjekte (Art. 181 Abs. 3 ZPO) sowie mit gerichtlicher Erlaubnis sogar für Zeugen (Art. 170 Abs. 2 ZPO). Vorbehalten bleibt die amtswegige Beweiserhebung, wenn erhebliche Zweifel an der Richtigkeit einer Tatsache bestehen (Art. 153 Abs. 2 ZPO), sowie die Anordnung eines Augenscheins (Art. 181 Abs. 1 ZPO), eines gerichtlichen Gutachtens (Art. 183 Abs. 1 ZPO) sowie das Ersuchen um eine schriftliche Auskunft (Art. 190 ZPO).

80 Zu den Parteien BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 32 und 34 (und die Hinweise in Hand-Komm. DSG-ROSENTHAL, Art. 271 StGB N 26 ff.), sowie GULDENER, 259, welche die Vorlage von Akten als Parteihandlung qualifizieren.

81 Dazu hinten G.VI.

damit von Art. 271 StGB erfasst.⁸² Die Einreichung des Beweismittels ist diesfalls nämlich den Schweizer Rechtshilfebehörden, die in Erfüllung des völkerrechtlichen Rechtshilfevertrags handeln, vorbehalten.⁸³

Vor diesem Hintergrund können die Parteien mit Zeugen in Kontakt treten, Experten beauftragen oder Unterlagen beschaffen – sogar solche in den Händen von Drittpersonen –, ohne notwendigerweise Rechtsvorschriften zu verletzen.⁸⁴ Ein informeller Augenschein, der von den Parteien oder deren Vertretern vorgenommen wird, erscheint vor dem geschilderten Hintergrund als zulässig. Die Erstellung z.B. eines Rapports aufgrund der gemachten Befunde in Form eines Affidavits stellt keine strafbare Handlung dar.⁸⁵ Dies gilt unabhängig davon, dass solche «Beweismittel» in einem Schweizer Verfahren nicht berücksichtigt würden, weil sie nach Art. 168 ZPO den *numerus clausus* der zulässigen Beweismittel sprengen. Vielfach wird dagegen in absoluter Weise die Meinung vertreten, dass bereits das informelle Zusammentragen von Beweisen Schweizer Recht verletzt, wenn diese Beweise in einem ausländischen Prozess eingebracht werden sollen oder eingebracht werden könnten.⁸⁶ Unseres Erachtens muss aber in jedem Einzelfall geprüft werden, ob die fragliche Handlung nach schweizerischer Auffassung als solche eine hoheitliche Handlung darstellt oder nicht.⁸⁷ Wird dies verneint, so spielt es keine Rolle, ob ihr Ergebnis in einem allfälligen Verfahren im Ausland eingebracht wird oder nicht, zumal bereits ein objektives Tatbestandsmerkmal von Art. 271 Ziff. 1 StGB fehlt.

bb. Urkunden- und Augenscheinbeweis

Tragen die Parteien oder von ihnen beauftragte Personen Urkunden oder Augenscheinobjekte, die sich in ihrem Bereich befinden, zusammen, so handeln sie im Rahmen der Beweisofferte/Beweisbeschaffung und üben damit eine Tätigkeit aus, welche die ZPO ihnen grundsätzlich als Private zuteilt.⁸⁸ Damit üben sie offensichtlich keine öffentliche Aufgabe aus. Überschreitet das Verfahren die Schwelle zum Beweisstadium, indem das Gericht mittels Beweisverfügungen die Herrschaft über das Beweisverfahren übernimmt, so wird die Aufgabe der Beschaffung von Beweismitteln zwischen Gericht und Parteien aufgeteilt. Wurden die Beweismittel nicht bereits im Behauptungsstadium durch eine Partei oder den Dritten eingereicht, so kann das Gericht im Rahmen der Beweisverfügungen deren Edition verfügen. Befindet sich das Beweismittel

82 Dazu hinten G.VII.2.b.aa.

83 Dazu hinten G.VII.2.b.aa.

84 SCHWARZ, § 19 Rz. 169. Die Handlungen der Parteien – oder von ihnen beauftragten Personen – bezüglich der Sammlung von Beweisen können, ggf. lediglich eine Auswirkung auf den Beweiswert der Unterlagen und/oder daher auf die gesammelten Erklärungen haben.

85 KassGer ZH v. 22.3.2005, ZR 104 (2005) 231 ff.; SCHRAMM, S. 499.

86 Zum Ganzen BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 26 f. m.w.H.

87 Vorne G.II.

88 Dazu hinten G.VII.2.a.

bei einem Dritten, so kann es diese Verfügung mit Strafe sanktionieren (Art. 167 ZPO). In der seltenen Situation, dass das Gericht gegenüber einer Partei eine Editionsverfügung erlässt, besteht keine eigentliche Rechtspflicht zur Einreichung. Eine Sanktionierung der Nichteinreichung durch eine Partei findet auf der Ebene des Prozessstoffs und der Beweiswürdigung statt (Art. 164 ZPO).

Die Beschaffung von Urkunden bzw. das Abhalten eines informellen Augenscheins ist vor dem geschilderten Hintergrund zulässig.⁸⁹

cc. Zeugenbeweis

Der Zeugenbeweis wird in Art. 169 ff. ZPO eingehend geregelt und vom Gericht intensiv begleitet. Die Verlässlichkeit dieses – tendenziell unzuverlässigen – Beweismittels wird im Interesse einer optimalen Verlässlichkeit strukturiert und Formalien unterworfen. Aber auch hier gehört den Parteien oder ihren Beauftragten ein Freiraum, der ihnen die Einschätzung ermöglicht, ob es sinnvoll ist, eine Sachbehauptung aufzustellen bzw. einen Zeugenbeweis anzubieten. Vor diesem Hintergrund stellen die Befragung einer Person und das Protokollieren von Antworten für sich noch keine Handlungen dar, die der ausschliesslichen Zuständigkeit einer Behörde unterliegen.⁹⁰ Die förmliche Abnahme des Zeugenbeweises ist hingegen in allen Fällen den schweizerischen Gerichtsbehörden vorbehalten.

Bei der Zeugenbefragung durch Anwälte setzen das BGFA⁹¹ (Art. 12) sowie die Standesregeln⁹² Grenzen der Zulässigkeit. Dabei versteht es sich von selbst, dass die Amtsanmassung (Art. 287 StGB) sowie die Anstiftung zu einem falschen Zeugnis (Art. 307 StGB) unrechtmässig sind. Jedoch ist allein die Verletzung des BGFA oder der Standesregeln oder sogar die Anstiftung zu einem falschen Zeugnis nicht notwendigerweise auch eine Verletzung von Art. 271 Ziff. 1 StGB.⁹³ Weder das BGFA noch die Standesregeln normieren oder schützen die ausschliessliche Behördenzuständigkeit. Im Rahmen eines hängigen ausländischen Verfahrens fallen diese Handlungen nur dann unter Art. 271

89 Siehe vorne G.II.3.b.aa.

90 Siehe bereits CURT. A. MARKEES, Zum Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme, SJIR 1968 S. 131 ff., 147.

91 Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23.6.2000 (Anwalts-gesetz), SR 935.61.

92 Die Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbands (SAV) sind abrufbar unter <http://www.sav-fsa.ch/fileadmin/user_upload/sav/Ueber%20uns/7229_Schweizerische_Standesregeln_F_22.06.2012.pdf>. Die Ansichten über die zulässigen Grenzen der Handlungen der Anwälte und der Parteien gehen auseinander. Enge anwaltsrechtliche Grenzen, allerdings für den Strafprozess, setzt die Rechtsprechung in BGE 136 II 551. Für eine Übersicht siehe PETER REICHART/PETER HAFNER, Private Zeugenbefragung durch den Anwalt im Prozess, SJZ 107 (2011) 201 ff.

93 BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 30. SCHRAMM, 496 f., scheint hingegen anzunehmen, dass eine Verletzung der Standesregeln bei der Anhörung von potenziellen Zeugen ein strafbares Verhalten gemäss Art. 271 StGB darstellt.

Ziff. 1 StGB, sofern sie von einer ausländischen Behörde oder einer von ihr beauftragten Person oder von Privatpersonen gemäss einer nach schweizerischem Recht den Behörden ausschliesslich vorbehaltenen Vorgehensweise vorgenommen werden.⁹⁴ Erst eine *Amtsanmassung* (Art. 287 StGB) auf schweizerischem Gebiet im Rahmen eines ausländischen Verfahrens ist konstitutiv für die Verletzung von Art. 271 Ziff. 1 StGB.⁹⁵

Folglich verletzt ein Anwalt, der einen potenziellen Zeugen einlädt und eine informelle Anhörung durchführt, Art. 271 Ziff. 1 StGB nicht, und zwar entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichts.⁹⁶ Die Protokollierung der Antworten des Zeugen und gegebenenfalls die Abgabe einer Erklärung unter Eid (Affidavit) tragen zum Ergebnis der Anhörung bei, ändern an der Natur der Handlung jedoch nichts.⁹⁷

Wenn hingegen eine ausländische Behörde oder eine von ihr beauftragte Person auf schweizerischem Gebiet eine Beweiserhebung vornimmt (Anhörung eines Zeugen, Urkundenedition, Gutachten, schriftliche Auskunft), macht sich diese grundsätzlich einer Verletzung von Art. 271 Ziff. 1 StGB schuldig.⁹⁸ Hier ist der Umstand, dass die Beweisaufnahme von einer ausländischen Behörde oder einer von ihr beauftragten Person ausgeht, entscheidend.⁹⁹ Art. 186 Abs. 1 ZPO, der nachstehend im Zusammenhang mit dem gerichtlichen Gutachten behandelt wird, bestätigt diesen Standpunkt.

Handelt es sich um eine formelle Anhörung der Parteien oder der Zeugen in der Form einer *deposition* oder einer *interrogatory*, die im Rahmen eines amerikanischen *pretrial discovery*-Verfahrens durchgeführt wird, so sind wir der Ansicht, dass diese unter Art. 271 Ziff. 1 StGB fällt.¹⁰⁰ Zwar ist die Beweiserhebung in diesem Prozessstadium Sache der Parteien, die gegenseitig die Offenlegung von Tatsachen und die Vorlage von Beweismitteln verlangen können. Die Vorbereitung der Anhörung (Einberufung, Vorbereitung der Liste der Fragen im Falle einer *deposition* usw.) und der Ablauf der Anhörung (unter Eid abgegebene Aussagen oder Behauptungen, die im Falle der Falschaussage strafrechtliche Folgen mit sich bringen, kontradiktorische Verfahren [z.B. Verhör und Kreuzverhör]) folgen jedoch den strikten Regeln des amerikanischen

94 Vorne G.II.2.e.

95 Vorne G.II.2.b.

96 Hinten G.II.3.b.ee.

97 KassGer ZH v. 22.3.2005, ZR 104 (2005) 231 ff.; SCHRAMM, S. 499; vorne G.II.1.

98 Vorne G.II.2.e.

99 Im Rahmen einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen die Zürcher Verordnung über psychiatrische und psychologische Gutachten in Straf- und Zivilverfahren, hat das Bundesgericht die Handlung des beauftragten Experten einer Behörde als Handlung der öffentlichen Gewalt qualifiziert (BGer v. 9.8.2011, 2C_121/2011 E. 3.3.1 und 3.3.2) und folgerte daraus, dass solche Handlungen nicht vom Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6.10.1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM, SR 943.02) umfasst werden (BGer v. 9.8.2011, 2C_121/2011 E. 3.3.1 und 3.3.2).

100 BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 31. Zum US-amerikanischen Zivilprozessrecht GAUTHEY/MARKUS, Rz. 85–94; zu den vorliegenden Begriffen Rz. 91.

Zivilprozesses, die dafür bürgen sollen, dass die Rechte der Betroffenen gewahrt bleiben. Das genannte Vorgehen untersteht nach Schweizer Recht der ausschliesslichen Zuständigkeit eines Gerichts. Es allein darf eine formelle Anhörung durchführen, zumal es im hiesigen System alleiniger Garant dafür ist, dass die Rechte des Einzelnen gewahrt werden.

dd. Gutachten

Nach schweizerischem Recht hat der von einem Gericht für ein Gutachten beauftragte Experte («sachverständige Person») nicht das Recht, ohne die Erlaubnis des Gerichts Untersuchungen – nicht einmal bloss informelle – durchzuführen (Art. 186 Abs. 1 ZPO). Diese Handlungen sind demnach aus Schweizer Sicht den hiesigen Gerichtsbehörden (bzw. deren Beauftragten) vorbehalten, womit die rote Linie für einen von einem ausländischen Gericht beauftragten Experten an derselben Stelle zu ziehen ist. Deshalb ist es dem von einem ausländischen Gericht beauftragten Experten auf schweizerischem Gebiet nicht möglich, an der Anhörung der Parteien, an der Befragung von Drittpersonen oder an einem Augenschein teilzunehmen oder die Vorlage von Aktenstücken zu verlangen, ohne sich einer Verletzung von Art. 271 Ziff. 1 StGB schuldig zu machen.¹⁰¹

Davon zu unterscheiden sind andere Handlungen, die nicht den Schweizer Behörden vorbehalten sind:

Der von einem ausländischen Gericht beauftragte Experte darf in der Schweiz nach allgemein zugänglichen *Informationen genereller und abstrakter Natur* recherchieren, zumal hierin keine hoheitliche Handlung zu erkennen ist.¹⁰²

Auch fallen z.B. die in der Schweiz vorgenommenen Handlungen eines von einem ausländischen Gericht beauftragten Rechtsanwalts oder Rechtsprofessors zum Zweck des *Verfassens eines Rechtsgutachtens* grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich von Art. 271 Ziff. 1 StGB. Ob es sich um ein gerichtliches oder ein Privatgutachten handelt, macht insofern keinen Unterschied. Wissenschaftliche Abklärungen (z.B. das Sammeln und Zusammenstellen von in Büchern oder Zeitschriften publizierter Literatur) und das Verfassen von Rechtsgutachten, d.h. die Subsumtion vorgegebener Tatsachen unter das Recht eines bestimmten Staats, sind weder eine Beweiserhebung im eigentlichen Sinn noch eine andere hoheitliche Handlung. Es handelt sich dabei insbesondere nicht um einen Akt behördlicher *Rechtsanwendung*, der das Gericht binden

101 Gemäss SCHACK, Rz. 790, und HANS-JOACHIM MUSIELAK, Beweiserhebung bei auslandsbelegenen Beweismitteln, in: Rolf A. Schütze (Hrsg.), *Einheit und Vielfalt des Rechts*, Festschrift für Reinhold Geimer, München 2002, S. 761 ff., S. 772, erfüllt ein Experte indessen keine Handlung der hoheitlichen Gewalt im Sinne des Völkerrechts.

102 Vgl. auch Art. 151 ZPO, wonach offensichtliche und gerichtsnotorische Tatsachen keines Beweises bedürfen.

würde und der für sich die Auslösung irgendwelcher Rechtsfolgen beanspruchen könnte; dazu fehlt es an der Behördenausschliesslichkeit von Natur oder Form der Handlung. Vorbehalten bleiben Fälle –, die sehr selten vorkommen dürften –, in welchen etwa im Rahmen des Verfassens eines Rechtsgutachtens durch einen Rechtsanwalt oder Rechtsprofessor materielle Beweisaufnahmen vorgenommen werden, um den rechtsrelevanten Sachverhalt für das Rechtsgutachten zu erstellen (Anhörung von Zeugen, Begehren um Vorlage der Aktenstücke). Sowohl die Beweisabnahme wie die Beweiswürdigung fallen in diesem Zusammenhang in die ausschliessliche Zuständigkeit der Schweizer Gerichtsbehörden und sind hoheitlicher Natur, auch wenn sie – sehr ausnahmsweise – an Private delegiert wurden.

Folgendes Beispiel soll die vorstehende Differenzierung verdeutlichen: Ein von einem Gericht zur Vorlage eines Gutachtens – z.B. über die Hitzebeständigkeit eines Materials – beauftragter Experte verletzt Art. 271 Ziff. 1 StGB nicht, wenn er wissenschaftliche Artikel, welche die Hitzebeständigkeit gewisser Materialien behandeln, zusammenstellt. Falls er jedoch eine Probe des strittigen Materials erlangen und Untersuchungen durchführen muss, um die Zusammensetzung des Materials bestimmen zu können, so sind diese Handlungen geeignet, in den Anwendungsbereich von Art. 271 Ziff. 1 StGB zu fallen. Diese Handlungen dienen im Grunde der Feststellung von Tatsachen, die es dem Experten erlauben, sich zum strittigen Material zu äussern.

ee. Die Auffassung des Bundesgerichts

Gemäss Sachverhalt von BGE 114 IV 128 vertrat ein Schweizer Rechtsanwalt (H) eine beschuldigte Person (B) im Rahmen eines in Australien eröffneten Strafverfahrens. B wollte die Authentizität der Bankunterlagen, die den australischen Behörden im Rahmen eines internationalen Rechtshilfebegehrens in Strafsachen übermittelt worden waren, in Zweifel ziehen. Um dies zu tun, musste sich ein Schweizer Notar und Rechtsanwalt (S) zur Zeugenaussage nach Australien begeben. Zur Vorbereitung der Anhörung von S luden H und S die Angestellten der betroffenen Bank vor. B befragte sie, S machte Notizen. Die Notizen von S wurden geordnet und unter Mitwirkung von H durch S und B ins Englische übersetzt. S begab sich in der Folge nach Australien und benutzte die Notizen als Gedankenstütze. Die Notizen wurden auch vom australischen Anwalt von B vor dem australischen Gericht produziert. H wurde schliesslich der Begünstigung der Ausübung einer hoheitlichen Handlung i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 Satz 3 StGB schuldig gesprochen. Das Bundesgericht erwog, dass die Vornahme einer Anhörung, deren Ergebnis in einem Strafverfahren vorgelegt werden solle, eine Handlung darstelle, die der ausschliesslichen Zuständigkeit der Behörden unterstehe.¹⁰³ Das vom Bundesgericht angeführte

¹⁰³ BGE 114 IV 128 E. 2.c.

Kriterium der Ausschliesslichkeit kann auch in zwei älteren Entscheidungen gefunden werden, von denen der eine die Vornahme einer Suchanzeige¹⁰⁴ und der andere die Vornahme von Untersuchungsmassnahmen durch eine Privatperson für die deutschen Steuerbehörden¹⁰⁵ betraf.

BGE 114 IV 128 wurde von der Lehre kritisch aufgenommen. Bereits SCHULTZ¹⁰⁶ vertrat die Ansicht, dass das Bundesgericht Art. 271 Ziff. 1 StGB zu weit ausgelegt und das Verhalten von H lediglich aus Gründen der Standesethik bestraft habe. Etwas später kritisierten DELNON/RÜDY¹⁰⁷ die extensive Auslegung des Art. 271 Ziff. 1 StGB vehement; diese Autoren stellten sich auf den Standpunkt, dass die Auslegung des Bundesgerichts den Verteidigungsgrundrechten entgegenstehe.¹⁰⁸ Die Zürcher Staatsanwaltschaft nahm später eine wesentlich weniger extensive Auslegung von Art. 271 Ziff. 1 StGB vor, indem sie entschied, dass es Art. 271 Ziff. 1 StGB nicht entgegenstehe, wenn ein Rechtsanwalt einen Zeugen befrage und die Antworten in Form eines Affidavits notiere.¹⁰⁹

Der Bundesgerichtsentscheid *Bental*¹¹⁰ handelte vom Versuch eines israelischen Mossad-Agenten, einen libanesischen Staatsangehörigen mit Wohnsitz in der Schweiz telefonisch abzuhören. Das Bundesgericht bezog sich darin auf den Entscheid des Militärkassationsgerichts von 1944, in welchem die Ausübung eines Amtes i.S.v. Art. 287 StGB als Voraussetzung für die Anwendung von Art. 271 Ziff. 1 StGB beurteilt wurde.¹¹¹ Das Bundesgericht kam dabei zum Schluss, dass die telefonische Abhörung durch den israelischen Geheimdienst in den Anwendungsbereich von Art. 271 Ziff. 1 StGB falle, weil solche Handlungen ausschliesslich von einer Behörde vorgenommen werden dürften.

Der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts ist zu entnehmen, dass dieses nur diejenigen Handlungen unter Art. 271 Ziff. 1 StGB subsumieren will, die in der *ausschliesslichen Zuständigkeit einer Schweizer Behörde* liegen. Hieraus kann geschlossen werden, dass Art. 271 Ziff. 1 StGB nur hoheitliche Handlungen erfasst. Dem Grundsatz nach scheint also auch das Bundesgericht –

104 BGer v. 9.9.1977, SJ 1978 S. 357 ff., E. 2.a: «Un tel acte **ne** peut émaner **que** d'une autorité disposant du pouvoir souverain [...]»

105 BGE 65 I 39 E. 2: «Solche Handlungen kommen nach schweizerischer Auffassung **nur** Beamten, den Steuer- oder Strafverfolgungsbehörden zu.» Oder auch E. 3: «[...] Untersuchungshandlungen [...], die nach deutscher Anschauung ebenso wie nach der schweizerischen **ausschliesslich** den staatlichen Organen vorbehalten sind.»

106 HANS SCHULTZ, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1988, ZBJV 1990 S. 25 ff., S. 26 f.

107 DELNON/RÜDY, S. 314 ff.

108 Ähnlich bereits FRANÇOIS CLERC, Cours élémentaire sur le Code pénal suisse, Partie spéciale, Tome II, Art. 187 à 332, Lausanne 1945, Rz. 228: «[...] nous n'admettons pas les enquêtes relatives à ces affaires, excepté s'il s'agit de réunir des preuves à décharge.»

109 KassGer ZH v. 22.3.2005, ZR 104 (2005) S. 231 ff.

110 BGer v. 7.7.2000, 9X.1/1999 E. 6.b.

111 Siehe vorne G.II.2.b.

zumindest implizit – zwischen schlichten Amtstätigkeiten und hoheitlichen Handlungen zu unterscheiden.¹¹²

Der Bundesgerichtsentscheid *Bental* hat diesen Ansatz umgesetzt, zumal das Abhören eines Telefons Privaten zweifellos verboten ist. Wenn das Bundesgericht jedoch in BGE 114 IV 128 erwog, dass bloss eine Behörde die Anhörung eines Zeugen im Rahmen eines Strafprozesses vornehmen könne, hat es nicht ausreichend berücksichtigt, dass es um eine Handlung geht, bei der es auch auf die Form ankommt¹¹³ und damit auch die Analogie zur *Amtsanmassung fehlen kann*.¹¹⁴

III. Handlung für einen ausländischen Staat, eine ausländische Partei oder eine andere ausländische Organisation

Unter einer ausländischen Partei oder einer anderen Organisation aus dem Ausland ist eine politische Partei oder eine politische Organisation zu verstehen, die an der Macht ist oder – mehr oder weniger intensiv – danach strebt.¹¹⁵ Es ist nicht erforderlich, dass sich die Organisation in einer rechtlichen Form konstituiert hat (mit Statuten und Organen).¹¹⁶ Es muss sich dabei um eine «ausländische» Organisation handeln und nicht um eine Schweizer Organisation im Ausland. Es kann sich jedoch um eine internationale Organisation mit Schweizer Beteiligung handeln.¹¹⁷

Für das titulierte Tatbestandselement ist ausreichend, dass die hoheitlichen Handlungen *im Interesse* eines anderen Staats, einer ausländischen Partei oder einer anderen ausländischen Organisation vorgenommen wurden. Es ist nicht erforderlich, dass der Täter *im Auftrag* eines Staats handelt. Die Tatsache, dass der Täter beauftragt wurde, kann jedoch insofern relevant sein, als es darum geht zu bestimmen, ob überhaupt eine hoheitliche Handlung vorliegt.¹¹⁸

Laut Bundesgericht gehört die Rechtsverwirklichung durch richterliches Urteil zu den Aufgaben jeden Staats. Die hierfür nötige Sachverhaltsermittlung erfolgt daher stets im Interesse des Staats, in dem das Verfahren hängig ist, unabhängig davon, ob sie durch seine eigenen Organe vorgenommen wird oder nicht. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn die Person, die in der Schweiz

112 Vorne G.II.2.

113 Vorne G.II.2.e.

114 Vorne G.II.2.b.

115 BGE 61 I 409 E. 1.c; PK StGB-VEST, Art. 271 N 5; SCHWARZ, § 19 Rz. 158. Eine staatliche Ölgesellschaft mit einer juristischen Persönlichkeit, die sich von derjenigen des Staates unterscheidet, kann nicht als ausländische Partei oder als ausländische Organisation i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 StGB qualifiziert werden, da diese Begriffe nur auf politische Gruppierungen abzielen (Schreiben der Direktion für Völkerrecht an das Bundesamt für Polizei [fedpol] vom 18.7.1994, SZIER 1995 S. 629 ff., S. 631).

116 BGer v. 9.9.1977, SJ 1978 S. 357 ff., E. 2.b; BGE 82 IV 158 E. 4.a.

117 BGE 80 IV 71 E. 4.b.

118 Siehe z.B. BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 43; vorne G.II.

Beweise erhebt, am ausländischen Verfahren beteiligt ist und im eigenen Interesse handelt, um ihre Position zu verbessern.¹¹⁹ Es genügt zudem, dass die Informationen für einen ausländischen Staat bestimmt sind, ohne dass diese Informationen für diesen auch nützlich sein müssen.¹²⁰

IV. Auf schweizerischem Gebiet vorgenommene Handlungen

1. Allgemein

Das Territorium der Schweiz ist durch die Landesgrenzen begrenzt; der Untergrund und der Luftraum gehören ebenfalls dazu.¹²¹

Ausländische diplomatische Missionen in der Schweiz gelten als auf schweizerischem Territorium gelegen;¹²² die Verfolgung und Verurteilung von Straftaten unterstehen jedoch den Regeln über die diplomatische und die Staatenimmunität.¹²³

Dem Wortlaut von Art. 271 Ziff. 1 Absatz 1 StGB zufolge sind nur auf schweizerischem Gebiet begangene hoheitliche Handlungen strafbar. Die Ausübung einer hoheitlichen Handlung auf schweizerischem Gebiet ist objektives Tatbestandsmerkmal von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB; es grenzt dessen Tragweite sachlich ein und dient nicht etwa nur dazu, das Territorialitätsprinzip der Art. 3 und 8 StGB zu bekräftigen.¹²⁴ Um bestimmen zu können, was unter «Handlung auf schweizerischem Gebiet» zu verstehen ist, muss allerdings auf den Begriff des Handlungsorts zurückgegriffen werden, wie er im Rahmen von Art. 8 StGB definiert wird. Zudem ist Art. 271 Ziff. 1 StGB im Einklang mit Art. 4 Abs. 1 StGB auszulegen.

Art. 4 Abs. 1 StGB setzt sich zu Art. 271 Ziff. 1 StGB in Konflikt, indem er bestimmt, dass das Schweizerische Strafgesetzbuch auf jede Person anwendbar ist, die im Ausland ein Verbrechen oder Vergehen im Sinne der Artikel 265 bis 278 StGB begeht. Um den Widerspruch zwischen dem in Art. 4 Abs. 1 StGB verankerten Staatsschutzprinzip und Art. 271 Ziff. 1 StGB auflösen zu können, kann Art. 4 Abs. 1 StGB bei der Anwendung von Art. 271 Ziff. 1 StGB unter systematischem Gesichtspunkt so verstanden werden, dass er sich auf das Vorschubleisten von Art. 271 Ziff. 1 Absatz 3 StGB bezieht, während die von

119 BGE 114 IV 128 E. 3.b.

120 Siehe z.B. BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 43.

121 CR CP I-HARARI/LINIGER GROS, Art. 3 N 7; HURTADO POZO, Rz. 194. Für die Flugzeuge oder Schiffe unter Schweizer Flagge, siehe CR CP I-HARARI/LINIGER GROS, Art. 3 N 8 ff., sowie HURTADO POZO, Rz. 196.

122 CR CP I-HARARI/LINIGER GROS, Art. 3 N 13; HURTADO POZO, Rz. 195.

123 Vorne G.II.2.c.

124 HANS SCHULTZ, Die räumliche Geltung des Strafgesetzes, SJK 1208, S. 2: «Ebenso wenig ist es eine Frage der Strafrechtshoheit, sondern wiederum eine sachliche Beschränkung, wenn ein gesetzlicher Tatbestand durch seine Umschreibung anzeigt, dass er nur auf einem bestimmten Gebiete begangen werden kann, wie dies auf Art. 269, 271 Ziff. 1, 299 und 300 zutrifft.»

Art. 271 Ziff. 1 Absatz 1 und 2 geahndeten Handlungen von der speziellen Einschränkung der Ziff. 1 Abs. 1 erfasst sind.¹²⁵

Folglich sind die von Art. 271 Ziff. 1 Absatz 3 StGB erfassten «Begünstigungshandlungen» (i.S. des Vorschubleistens) unabhängig davon strafbar, ob sie auf schweizerischem Gebiet begangen wurden oder nicht, wohingegen die Tatbestände der Haupttaten die von Art. 271 Ziff. 1 Absatz 1 und 2 StGB erfasst werden, nur dann strafbar sind, wenn sie auf schweizerischem Gebiet begangen wurden. Dafür genügt es allerdings, dass bloss ein Teil der Handlungen, die von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB erfasst werden, auf schweizerischem Gebiet begangen wurden.¹²⁶ Es ist daher möglich, die Strafbarkeit nach Art. 271 Ziff. 1 StGB zu vermeiden, indem die Organisation und Umsetzung sämtlicher tatbestandlicher Handlungen im Ausland durchgeführt wird. Nur die letzte formelle Handlung auf ausländischem Gebiet umzusetzen, wie dies zuweilen vermutet wird, schützt aber nicht vor der Strafe.¹²⁷

Die Bestimmung von Art. 7 StGB wirkt sich aufgrund ihres Normzwecks nicht auf Art. 271 Abs. 1 bis 3 StGB aus.

2. Handlungsort

Um zu bestimmen, was unter «auf schweizerischem Gebiet» i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 StGB zu verstehen ist, muss auf die Definition des Handlungsorts in Art. 8 StGB zurückgegriffen werden.¹²⁸ Der Handlungsort ist der Ort, an dem der Täter physisch präsent ist, während er eines der objektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt.¹²⁹ Im Falle einer Mittäterschaft gilt jeder Ort, an dem ein Mittäter gehandelt hat, als Handlungsort aller Mittäter.¹³⁰ Laut Bundesgericht kann der Handlungsort auch durch Handlungen bestimmt werden, die zwar erst nach Vollendung der Straftat vorgenommen werden, jedoch dazu dienen, deren Beendigung zu erreichen.¹³¹ Deshalb ist diese *zeitliche Dimension* näher zu untersuchen.

125 Siehe z.B. CR CP I-HARARI/LINIGER GROS, Art. 4 N 12 und die dortigen Hinweise; LOGOZ, Art. 271 N 7 oder auch BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 65. Anders: STEFAN FLACHSMANN, Art. 271 N 2, in: Andreas Donatsch (Hrsg.), Kommentar StGB, Schweizerisches Strafgesetzbuch mit V-StGB-MStG und JStG, 19. Aufl., Zürich 2013; DELNON/NIGGLI, Rz. 4; SCHWARZ, § 19 Rz. 175. Diese Autoren lassen den Widerspruch zwischen Art. 4 Abs. 2 StGB und Art. 271 Ziff. 1 StGB allerdings unkommentiert. DELNON/NIGGLI, Rz. 11, fordern (allerdings nicht in restlos deutlicher Weise), dass ein Teil der Handlung in der Schweiz vollzogen werden muss. SCHWARZ, § 19 Rz. 175, ist der Meinung, dass eine Verletzung der territorialen Souveränität der Schweiz logischerweise nur möglich sei, wenn es eine Handlung auf schweizerischem Gebiet gebe, und bedauert, dass Art. 4 Abs. 1 StGB auf Art. 271 StGB verweist.

126 Siehe z.B. BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 64.

127 Siehe z.B. BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 64.

128 Vorne G.IV.1.

129 Zum Ganzen PC CP, Art. 8 N 4 und die dortigen Hinweise, sowie DELALOYE, Rz. 6.

130 Siehe z.B. CR CP I-HARARI/LINIGER GROS, Art. 8 N 49.

131 PC CP, Art. 8 N 6 und die dortigen Hinweise.

Eine Tat ist als *vollendet* zu betrachten, sobald alle ihre objektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt sind.¹³² Ein schlichtes Tätigkeitsdelikt gilt auch dann als vollendet, wenn kein Erfolg eintritt. Eine Tat gilt demgegenüber erst als *beendet*, sobald sich die Verletzung des geschützten Rechtsguts materiell verwirklicht.¹³³ Die vorliegende Straftat ist demnach im Moment beendet, in dem sich die Verletzung der Schweizer Souveränität i.S. eines nur in diesem Zusammenhang relevanten «Erfolgs» verwirklicht hat.

Zu erwähnen ist hier auch die Theorie der «langen Hand». Dieser zufolge muss der zeitlich unmittelbare Handlungseffekt einer Handlung mit der Handlung selbst gleichgesetzt werden. Es geht also gerade nicht um den von der Handlung zu unterscheidenden Erfolg bei Erfolgsdelikten.¹³⁴ Diese Theorie wird jedoch von der herrschenden Lehre zu Recht verworfen,¹³⁵ das Bundesgericht hat die Frage in einem Entscheid von 2004 offen gelassen.¹³⁶

3. *Erfolgsort*

Beim Erfolg handelt sich um ein Tatbestandsmerkmal von Erfolgsdelikten. Der Erfolgsort ist für die Beantwortung der Frage, ob eines der Tatbestandsmerkmale von Art. 271 Ziff. 1 StGB auf schweizerischem Territorium erfüllt worden ist, ohne Bedeutung; nur der Handlungsort ist massgebend. Gleichwohl wird vorliegend der Erfolgsort kurz definiert, um den *Zeitpunkt* der Verletzung des Rechtsguts und damit der Beendigung der Straftat bestimmen zu können.¹³⁷ Der Erfolg verwirklicht sich erst mit der Beendigung der Straftat, die nicht notwendigerweise mit ihrer Vollendung zusammenfällt. Dies gilt sogar im Rahmen schlichter Tätigkeitsdelikte.¹³⁸

Erfolg im technischen Sinne ist der Eintritt der Folgen einer Handlung, die sich in zeitlicher und räumlicher Hinsicht vom verursachenden Verhalten unterscheiden können.¹³⁹ Bei der Auslegung von Art. 8 StGB vertrat das Bundesgericht zunächst einen viel weiteren Erfolgsbegriff, indem es diesen mit der Rechtsgutsverletzung gleichsetzte.¹⁴⁰ Das Bundesgericht ist jedoch auf seine

132 STRATENWERTH, § 12 Rz. 9; KILLIAS et al., Rz. 509.

133 GRAVEN/STRÄULI, N 54 B; STRATENWERTH, § 12 Rz. 9 ff. Bei den hier nicht behandelten Absichtsdelikten gilt eine Tat als beendet, sobald sich die Absicht des Täters verwirklicht hat (KILLIAS et al., Rz. 510).

134 PC CP, Art. 8 N 8.

135 PC CP, Art. 8, N 8 und die dortigen Hinweise.

136 BGer v. 19.8.2004, 6P.61/2004 E. 6.

137 Vorne G.IV.2.

138 BGE 124 IV 241 E. 4.c und 4.d; HURTADO POZO, Rz. 207; STRATENWERTH, § 5 Rz. 8; siehe vorne F.I.

139 CR CP I-HARARI/LINIGER GROS, Art. 8 N 23; PK StGB-VEST, Art. 8 N 6; vorne F.I.

140 BGE 91 IV 228 E. 2; siehe z.B. CR CP I-HARARI/LINIGER GROS, Art. 8 N 25, oder auch HURTADO POZO, Rz. 205.

Rechtsprechung zurückgekommen und hat festgestellt, dass bei Art. 8 StGB auf den Erfolg im technischen Sinne abzustellen ist.¹⁴¹

4. *Im Rahmen der zivilen Rechtshilfe*

a. *Zustellung*

aa. *Reale Zustellung aus dem Ausland an die Schweizer Partei*

Stellt ein Rechtsanwalt *in der Schweiz* Personen mit Schweizer Wohnsitz amtliche Schriftstücke aus dem Ausland zu, so muss er sich als Täter oder Mittäter verantworten.

Im Falle der Zustellung von Urkunden *aus dem Ausland* muss u.E. der Ort, an dem die Zustellung als erfolgt gilt, berücksichtigt werden. Die Antwort auf diese Frage hängt vom Zeitpunkt ab, von dem an die Zustellung als vorgenommen gilt und ihre Wirkungen entfaltet. In diesem Zeitpunkt stellt sie sich als Äusserung hoheitlicher Gewalt dar.

Nach Schweizer Auffassung entfaltet die Postzustellung ihre Wirkungen in dem Augenblick, in welchem sich die zuzustellenden Schriftstücke im Herrschaftsbereich des Empfängers befinden. Wenn ein ausländischer Richter (oder jede andere Person) Schriftstücke auf dem Postweg direkt an die Adresse einer Person in der Schweiz übermittelt und zustellt, so handelt er auf schweizerischem Gebiet. Als Handlungsort gilt der Ort, an dem der Postbote – als selber nicht strafbares menschliches Werkzeug – die Zustellung vornimmt.¹⁴²

Der Rechtsanwalt in der Schweiz, der die zuzustellenden ausländischen Dokumente weitergibt, kann je nach den Umständen als Mittäter der Straftat oder als Person, welche der Straftat Vorschub leistet, betrachtet werden. Jeder Ort, an dem ein Mittäter gehandelt hat, gilt als Handlungsort aller Mittäter.¹⁴³

Anders ist eine Zustellung des ausländischen Gerichts via Mail zu beurteilen. Hier handelt kein menschliches Werkzeug in der Schweiz, der Versand läuft unmittelbar über den Server des Gerichts zum Server des Empfängers und von dort auf den Client des Empfängers. Weder der Service Provider des Versenders noch derjenige des Empfängers können als Täter oder Tatwerkzeug betrachtet werden,¹⁴⁴ am Ort des Abrufs fehlt es an einem physischen oder geistigen Tatbeitrag einer Person.¹⁴⁵ Die Handlung ist allein an der «Niederlassung» des Versenders zu verorten.¹⁴⁶ Da der schweizerische Erfolgsort beim schlichten Tätigkeitsdelikt keine Rolle spielt, ist eine Strafbarkeit mangels territo-

141 BGE 105 IV 326 E. 3.c bis 3.g; siehe z.B. CR CP I, HARARI/LINIGER GROS, Art. 8, N 26, oder auch HURTADO POZO, Rz. 206.

142 Theorie der mittelbaren Täterschaft, siehe z.B. CR CP I-HARARI/LINIGER GROS, Art. 8 N 51.

143 Siehe vorne G.IV.2.

144 DELALOYE, Rz. 9.

145 KERNEN, Rz. 458.

146 KERNEN, Rz. 424 ff.

rialem Bezug zur Schweiz ausgeschlossen. Dieses Ergebnis ist unbefriedigend, weil die Rechte des Zustellungsempfängers damit nicht ausreichend geschützt sind. Es hängt damit zusammen, dass Art. 271 StGB (wie auch andere schlichte Tätigkeitsdelikte) nicht auf das Internet zugeschnitten sind.¹⁴⁷

bb. Fiktive Zustellungen

Was gilt bei einer *Zustellung an eine ausländische Partei, die im Prozessstaat selber vorgenommen wird*?¹⁴⁸ Gemäss § 184 Abs. 1 ZPO/D können die deutschen Gerichte anordnen, dass die im Ausland domizilierte Partei innerhalb einer angemessenen Frist einen Zustellungsbevollmächtigten benennt, der im Inland wohnt oder dort Geschäftsräume hat. Wird kein Zustellungsbevollmächtigter benannt, so können spätere Zustellungen bis zur nachträglichen Benennung dadurch bewirkt werden, dass das Schriftstück unter der Anschrift der Partei zur Post gegeben wird. Das Schriftstück gilt gemäss § 184 Abs. 2 ZPO/D zwei Wochen nach Aufgabe zur Post als zugestellt. Die Zustellung erfolgt auf deutschem Territorium im Zeitpunkt der Übergabe an die deutsche Post; es handelt sich daher um eine interne Zustellung, welche die Souveränität des Bestimmungsstaats nicht verletzt. Dieses Vorgehen wird gegenüber der Partei dadurch entschärft, dass sowohl die verfahrenseinleitende Handlung als auch die Aufforderung, einen Zustellungsbevollmächtigten in Deutschland zu benennen, nach den anwendbaren Rechtshilferegeln zugestellt werden müssen, und zwar unter Hinweis auf die Säumnisfolgen.¹⁴⁹

Die Zustellung mittels *öffentlicher Bekanntmachung* entfaltet ihre Wirkungen im Moment der Publikation. Falls die Publikation ausschliesslich im Prozessstaat stattfindet,¹⁵⁰ handelt die Behörde somit nicht in der Schweiz. Falls die Zustellung durch die Bekanntmachung in einem Schweizer Publikationsorgan am Wohnort oder am vermuteten Wohnsitz ihres Empfängers erfolgt, so kann die Redaktion des Publikationsorgans als nicht strafbares menschliches Werkzeug oder je nach den konkreten Umständen auch als Täter oder Mittäter betrachtet werden. Die ausländische Behörde – oder jede andere veranlassende Person – kann je nach den konkreten Umständen als (mittelbarer) Täter oder Mittäter oder auch als eine der Tat Vorschub leistende Person betrachtet werden. Der Ort, an dem diese Person physisch gehandelt hat, ist nicht relevant, denn als Handlungsort in der Schweiz gilt derjenige Ort, an dem der unmittelbare Täter – als willenloses Werkzeug des mittelbaren Täters – oder ein Mittäter

147 Vgl. dazu DELALOYE, Rz. 60 ff.

148 Solche Zustellungen waren früher v.a. unter der sogenannten *remise au parquet* des vormaligen französischen Rechts bekannt. Dazu GAUTHEY/MARKUS, Rz. 261.

149 SCHACK, Rz. 673.

150 Falls die Publikation auf einer öffentlich zugänglichen Internetplattform abrufbar ist, so gilt die Zustellung unseres Erachtens nicht als auf schweizerischem Gebiet erfolgt, es sei denn, die handelnde Person befinde sich physisch in der Schweiz.

gehandelt haben; im Falle der Vorschubleistung ist Art. 4 Abs. 1 StGB anwendbar.¹⁵¹

Erfolgt die öffentliche Bekanntmachung über Internet, so fehlt es oft an einem menschlichen Tatbeitrag in der Schweiz, der Service Provider allein kommt dafür nicht in Frage. Das Internet als solches ist kein Publikationsorgan.¹⁵² Die Handlung – das Laden der Informationen durch das Gericht via dessen Client auf den Server – beschränkt sich auf den Gerichtsstaat, weshalb eine Bestrafung nach Art. 271 StGB in diesen Fällen nicht stattfindet. Aus dem Gesichtspunkt des internationalen Zivilprozessrechts ist denn auch bei einem Internetdelikt der Handlungsort die Niederlassung der Person massgeblich, die eine Information ins Web stellt, und nicht der Ort des Webservers oder das Land der top-level-domain.¹⁵³

cc. Zusammenfassung

Nach dem Gesagten kann festgehalten werden, dass eine Zustellung immer dann eine strafbare Handlung i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 oder 2 StGB darstellt, wenn sich die zustellende Person im Zeitpunkt der Zustellung physisch in der Schweiz befindet oder wenn sie sich einer Person in der Schweiz oder eines Postunternehmens, dessen Angestellte in der Schweiz handeln, oder eines Publikationsorgans in der Schweiz bedient, ohne dessen Mitwirkung die Zustellung nicht erfolgen könnte. Im Gegensatz zu einer Zeitung ist das Internet als solches kein Publikationsorgan. Dabei sei noch einmal darauf hingewiesen, dass die Schweizer Praxis Zustellungen toleriert, die keine rechtlichen Wirkungen entfalten.¹⁵⁴

b. Beweiserhebung

aa. Ausländische Beweisanordnungen mit Wirkung im Inland

Die Vorladung von Zeugen, die Anordnung der Edition von Schriftstücken, die sich nicht im Staat des angerufenen Gerichts befinden, oder die Verfügung einer anderen Tätigkeit wie eines Augenscheins, die im Ausland vorgenommen werden muss, verstossen als solche noch nicht gegen das Völkerrecht bzw. die Territorialhoheit des anderen Staats.¹⁵⁵

Die Verfügung kann mit der *Androhung von Zwangsmassnahmen* verbunden sein, so z.B. bei der Vorladung eines Zeugen. Die Schweizer Behörden betrachten eine solche Anordnung als Verletzung der schweizerischen Souveränität, gleichgültig, ob sie zugestellt wird oder nicht.¹⁵⁶ Dies liegt daran, dass eine Ver-

151 Vorne G.IV.1.

152 DELALOYE, Rz. 9.

153 EuGH v. 19.04.2012, Rs. C-523/10, Wintersteiger.

154 Vorne G.II.3.a.

155 Vorne A.

156 Vgl. vorne B.II.

letzung der schweizerischen Souveränität nach schweizerischer Auffassung auch darin bestehen kann, dass sich eine im Ausland begangene Handlung auf die Schweiz auswirkt. Deshalb hat der ausländische Prozessstaat aus dieser Sicht denn auch den Rechtshilfegeweg zu beschreiten. Wird eine solche Verfügung nicht in der Schweiz zugestellt,¹⁵⁷ so handelt die ausländische Behörde aber nicht auf schweizerischem Gebiet und ihre Handlungen fallen aufgrund des Fehlens eines objektiven Tatbestandsmerkmals nicht unter Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB.¹⁵⁸ Soweit es die Parteien betrifft, werden Entscheidungen in Beweissachen nur selten an deren Wohnsitz zugestellt (sondern an den Sitz der Prozessbevollmächtigten in dem Staat, in dem das Verfahren hängig ist); die ausländische Behörde handelt daher oft nicht auf schweizerischem Gebiet i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 StGB. Es geschieht somit im vorliegenden Bereich recht häufig, dass (aus Sicht der Schweizer Behörden) eine die Souveränität der Schweiz verletzende Handlung vorliegt, diese jedoch nicht unter Art. 271 Ziff. 1 StGB fällt, weil sie nicht auf schweizerischem Gebiet begangen wurde.

Dasselbe gälte auch in Anwendung der Minderheitslehre von der «langen Hand», wonach der zeitlich unmittelbare Handlungseffekt einer Handlung mit der Handlung selbst gleichgesetzt wird; *in casu* geht es um die angedrohten Zwangsmassnahmen, die einen Teil des Vollzugs der Handlung bilden.¹⁵⁹ Zwangsmassnahmen können ja nur innerhalb des Zuständigkeitsbereichs der Behörde, welche die Entscheidung erlassen hat, und nicht in der Schweiz vollzogen werden. Es gibt folglich keine unmittelbar mit der Verfügung zusammenhängenden Handlungseffekte auf schweizerischem Gebiet, womit aus Sicht des geographischen Tatbestandsmerkmals auch keine Verletzung von Art. 271 Ziff. 1 StGB vorliegt.

Diese Sichtweise geht damit einher, dass es – solange es nicht um eine Begünstigungshandlung geht – möglich ist, Art. 271 Ziff. 1 StGB zu umgehen, indem die Organisation und Umsetzung der Gesamtheit der beabsichtigten Handlungen im Ausland vorgenommen wird. Der Handlungsort hat keinen Einfluss auf den Ort, an dem die direkten (Forumsstaat) und/oder indirekten Folgen (Wohnsitzstaat des Empfängers) der Verfügung (oder einer Rechtsvorschrift) spürbar sind.¹⁶⁰

bb. Partei- oder Zeugenanhörungen via Telefon oder Videokonferenz

Die Person, welche die Anhörung einer Partei oder einer Drittperson per Telefon oder per Videokonferenz vornimmt, handelt selber nicht unmittelbar in der

157 Die Zustellung von Verfügungen des Beweisverfahrens fällt wie die übrigen Zustellungen in den Anwendungsbereich von Art. 271 Ziff. 1 StGB, sofern sie auf schweizerischem Gebiet erfolgt; vorne G.IV.4.a.cc.

158 Vorne G.IV.1.

159 Vorne G.IV.2.

160 Vorne G.IV.2.

Schweiz. Diese Handlungen fallen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 271 Ziff. 1 StGB, weil das objektive Tatbestandsmerkmal «auf schweizerischem Gebiet» fehlt.¹⁶¹ Die Anhörung hat indessen durchaus Wirkungen im Staat des Angehörten, weshalb die befragende Person zwar nicht das schweizerische Strafrecht, jedoch die schweizerische Souveränität verletzt und die vorliegenden Befragungen deshalb rechtshilfebedürftig sind.

V. Ohne Bewilligung

Die Person, die eine hoheitliche Handlung auf schweizerischem Gebiet ausübt, ist nur dann strafbar, wenn sie ohne Bewilligung handelt. Da Art. 271 Ziff. 1 StGB die Souveränität der Schweiz schützt, kann die Befugnis nur durch eine Bundesbehörde erteilt werden.¹⁶²

Gemäss aktueller Praxis kann in Anwendung von Art. 271 StGB in Verbindung mit Art. 31 Abs. 1 RVOV¹⁶³ im Einzelfall eine Genehmigung erteilt werden. Die Departemente und die Bundeskanzlei sind in ihrem jeweiligen Bereich dafür zuständig, eine solche Genehmigung zu erteilen.¹⁶⁴ Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement ist zuständig für den Bereich der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen.¹⁶⁵ Fälle von grundsätzlicher Bedeutung sind dem Bundesrat zu unterbreiten (Art. 31 Abs. 2 RVOV).

Diese Praxis wird insoweit kritisiert, als weder Art. 271 Ziff. 1 StGB noch Art. 31 Abs. 1 RVOV eine genügende gesetzliche Grundlage bilden.¹⁶⁶ Diese Frage hat jedoch für Streitigkeiten in Zivilsachen keine grosse praktische Relevanz, zumal die Bewilligungen grundsätzlich im Rahmen und für die Zwecke des in Kapitel II des HBewUe70 vorgesehenen Verfahrens erteilt werden, das die Beweisaufnahme durch ausländische Diplomaten, Konsuln oder Beauftragte (Commissioners) in der Schweiz erlaubt.¹⁶⁷ Das HBewUe70 stellt ohne Weiteres eine ausreichende gesetzliche Grundlage dar.¹⁶⁸

Eine Bewilligung wird nur unter der Voraussetzung erteilt, dass es sich einerseits um einen Fall handelt, für den die Rechtshilfe nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist (Bestehen eines Verweigerungsgrunds, z.B. politische Delikte, Verletzung von militärischen Pflichten), und sich andererseits die

161 Zur Stellung der Person, die auf Fragen antwortet, siehe hinten G.VII.2.a.

162 SCHWARZ, § 19 Rz. 165 und die dortigen Hinweise.

163 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung v. 25.11.1998, SR 172.010.1.

164 BSK StGB II-HOPF, Art. 271 N 18.

165 BSK StGB II-HOPF, Art. 271 N 18.

166 Zu dieser Frage siehe BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 51 und N 57 ff.; MARKUS HUSMANN, Art. 271 Strafgesetzbuch – Dreh- und Angelpunkt im Steuerstreit, zu Recht?, AJP 2014 S. 654 ff.

167 Art. 15–17 HBewUe70 i.V.m. der zugehörigen schweizerischen Erklärung.

168 BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 53; GAUTHEY/MARKUS, Rz. 769 ff. und 818 ff.

klassischen Rechtshilfewege als nicht praktikabel oder widersinnig erweisen.¹⁶⁹

Der Bundesrat qualifiziert den i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 StGB gefällten Bewilligungsentscheid über das Gesuch einer Bank betreffend die Aushändigung von Bankdokumenten im Rahmen eines in den USA hängigen Zivilverfahrens als Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG^{170,171}. Diese Qualifikation hat zur Folge, dass grundsätzlich die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht zulässig ist (Art. 44 VwVG; Art. 31 VGG). Die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht ist jedoch ausgeschlossen, wenn es um Entscheidungen geht, welche die innere oder äussere Sicherheit des Landes, die Neutralität, den diplomatischen Schutz oder andere auswärtige Angelegenheiten betreffen (Art. 72 lit. a VwVG in Verbindung mit Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG.);¹⁷² in diesen Fällen ist auch die Beschwerde an das Bundesgericht nicht möglich (Art. 75 Abs. 1 BGG¹⁷³). Allein die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat gemäss Art. 73 ff. VwVG steht offen.

Die von Art. 271 Ziff. 1 StGB erfassten Tathandlungen können durch einen Staatsvertrag generell genehmigt werden.¹⁷⁴ Es kann auch vorkommen, dass ein Gesetz oder ein Staatsvertrag das Genehmigungsverfahren in einer besonderen Weise regelt.¹⁷⁵ Das ist beispielsweise bei Art. 17 des HBewUe70 der Fall.¹⁷⁶

VI. Vorschubleisten

Unter dem Begriff des Vorschubleistens nach Art. 271 Ziff. 1 Abs. 3 StGB sind sämtliche Handlungen zu verstehen, welche die Ausübung von strafbaren Handlungen gemäss Art. 271 Ziff. 1 und 2 StGB ermöglichen oder erleichtern. Dieser Begriff geht weiter als derjenige der Gehilfenschaft, auch Vorbereitungs-

169 Bundesamt für Justiz, Wegleitungen, III.D.2.7.1; Stellungnahme der Direktion für Völkerrecht v. 8.10.1975, VPB 40.49; Entscheid des Bundesrats v. 25.6.1997, VPB 61.82, E. III.4; BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 56.

170 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren v. 20.12.1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz), SR 172.021.

171 Entscheid des Bundesrats v. 25.6.1997, VPB 61.82, E. II.4. Für eine Kritik zu dieser Qualifikation siehe den Bericht des Bundesamtes für Justiz zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden (Amtshilfe, Rechtshilfe, Souveränitätsschutz) vom 14.3.2011, Ziff. 6.2.1.1, abrufbar unter <http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/rechtshilfe/ber-auslandszusammenarbeit-d.pdf>.

172 Siehe hierzu den Bericht des Bundesamtes für Justiz zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden (Amtshilfe, Rechtshilfe, Souveränitätsschutz) vom 14.3.2011, Ziff. 6.2.1.1, abrufbar unter <http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/rechtshilfe/ber-auslandszusammenarbeit-d.pdf>.

173 Bundesgesetz über das Bundesgericht v. 17.6.2005 (Bundesgerichtsgesetz), SR 173.110.

174 Für Bsp. siehe BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 52.

175 Für Bsp. siehe BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 53.

176 Insbesondere zum Ernennungsverfahren eines *Commissioners* GAUTHEY/MARKUS, Rz. 804 ff.

handlungen sind davon erfasst.¹⁷⁷ Art. 271 Ziff. 1 Abs. 3 StGB erhebt die Begünstigung zu einem eigenständigen Straftatbestand.¹⁷⁸ Dies hat zur Folge, dass die Person, die einer Straftat i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 oder 2 StGB Vorschub leistet, sich in demselben Mass strafbar macht wie der Haupttäter und dass die allgemeinen Bestimmungen über die Teilnahme nicht anwendbar sind. Milderung gemäss Art. 25 StGB findet nicht statt, der Versuch des Vorschubleistens und die akzessorische Teilnahme daran sind möglich.¹⁷⁹

Allerdings besteht zwischen den Straftatbeständen von Ziff. 1 Abs. 1 und 2 von Art. 271 StGB sowie jenem von Ziff. 1 Abs. 3 StGB eine logische Akzessorietät, die zur Folge hat, dass es kein Vorschubleisten geben kann, ohne dass zugleich der Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 oder 2 StGB realisiert wird oder zumindest ein Versuch stattgefunden hat.¹⁸⁰ Insofern können die von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB erfassten Tatbestände als Haupttaten bezeichnet werden, ohne die ein Vorschubleisten gar nicht möglich ist.

Vor diesem Hintergrund kann argumentiert werden, dass das Vorschubleisten zeitlich wie die allgemeinen Regeln über die strafrechtliche Teilnahme zu behandeln ist. Die Teilnahme ist nach h.L. über die formelle Vollendung des Delikts hinaus bis zu dessen Beendigung möglich.¹⁸¹ Grundsätzlich kann damit auch bei Delikten wie Art. 271 StGB ein Vorschubleisten über die formelle Vollendung hinaus solange begangen werden, bis die Haupttat als beendet gilt.

Damit das Vorschubleisten strafbar ist, muss die Haupttat des Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB, dem die Unterstützung gilt, auf schweizerischem Gebiet beendet worden sein¹⁸² bzw. hätte im Falle eines Versuchs auf schweizerischem Gebiet beendet werden sollen.¹⁸³ Das Vorschubleisten selbst ist unabhängig davon strafbar, ob es in der Schweiz oder im Ausland begangen wird.¹⁸⁴

177 BGE 114 IV 128 E. 4. und die dortigen Hinweise; BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 38; SCHWANDER, Rz. 735. Die Person, die Räumlichkeiten zur Verfügung stellt, der Dolmetscher oder auch der Gerichtsschreiber, der an der Anhörung der Parteien oder von Drittpersonen teilnimmt, können als Personen betrachtet werden, welche der Handlung für einen fremden Staat Vorschub leisten.

178 PK StGB-VEST, Art. 271 N 6.

179 CR CP I-STRÄULI, Einleitung zu Art. 24 bis 27 N 143; BGer v. 9.9.1977, SJ 1978 S. 357 ff., E. 2.a.

180 SCHULTZ, SJK 1189, S. 4; dagegen BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 38.

181 Zum Grundsatz: SCHULTZ, SJK 1191, S. 3; GRAVEN/STRÄULI, N 238 D; HURTADO POZO, Rz. 1171 und 1174; STRATENWERTH, § 13 Rz. 89. Gemäss CR CP I-STRÄULI, Einleitung zu den Art. 24 bis 27 N 102, widerspricht die Ansicht, dass eine Straftat, die bei den subjektiven Tatbestandsmerkmalen einen besonderen Vorsatz voraussetzt, in dem Augenblick vollendet ist, in dem das verfolgte Ziel objektiv erreicht wird, und dass der Zeitpunkt, bis zu dem eine Teilnahme möglich ist, entsprechend zeitlich verschoben wird, dem Legalitätsprinzip. Die deutschsprachige Lehre in der Schweiz im Allgemeinen und das Bundesgericht folgen dem nicht (siehe die Autoren und die zitierten Hinweise in CR CP I-STRÄULI, Einleitung zu Art. 24 bis 27 N 102 sowie STRATENWERTH, § 13 Rz. 91 f.).

182 Vorne G.IV.2.

183 SCHWANDER, Rz. 735.

184 Vorne G.IV.1.

VII. Qualifikation von Handlungen der Parteien und von Drittpersonen, die einer ausländischen Verfügung Folge leisten oder sich einer rechtlichen Verpflichtung unterziehen

Im Folgenden wird geprüft, ob die Annahme von Schriftstücken, die Mitwirkung der Parteien oder Dritter bei einer mündlichen oder schriftlichen Anhörung, bei der Aktenherausgabe oder beim Augenschein einen der Tatbestände von Art. 271 Ziff. 1 StGB erfüllt.

1. Annahme von Schriftstücken

Die Annahme von Schriftstücken stellt auch dann, wenn die Zustellung in Verletzung von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 oder 2 StGB vorgenommen wurde, keine hoheitliche Handlung dar.¹⁸⁵ In unserer Rechtsordnung fällt die Annahme von Schriftstücken niemals in die Zuständigkeit einer Behörde, sondern in diejenige des Adressaten der Handlung.¹⁸⁶

Die Person, welche die in Verletzung von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 oder 2 StGB zugestellten Akten annimmt, leistet einer solchen Handlung bereits deshalb nicht Vorschub, weil Annahme oder Ablehnung in einem Zeitpunkt erfolgen, in dem der Tatbestand bereits beendet ist.¹⁸⁷ Sobald die Haupttat beendet ist, besteht kein Raum mehr für ein Vorschubleisten.¹⁸⁸

2. Teilnahme und Mitwirkung am ausländischen Verfahren

a. Teilnahme ausserhalb des Beweisverfahrens

Solange die Parteien Aufgaben wahrnehmen, die das schweizerische Zivilprozessrecht in Verbindung mit dem geltenden Rechtshilferecht ihnen alleine und ohne Mitwirkung des Gerichts zuteilt, ist eine Bestrafung nach Art. 271 StGB zum Vornherein ausgeschlossen. Es sind also die Bereiche der *Offerte und weitgehend der Beschaffung von Beweismitteln*, in denen grundsätzlich Straflosigkeit besteht. Zu diesem Zweck müssen die Parteien vorbereitende Abklärungen treffen können, die straflos sind.¹⁸⁹ Darunter fallen etwa das Stellen von Anträgen (auch von Beweisanträgen), die Einreichung von Rechtsschriften, die schriftliche Beantwortung von Fragen im Behauptungsstadium oder der Austausch im Hinblick auf eine gütliche Einigung. Dies gilt unabhängig davon, ob das ausländische Gericht beim Versand seiner Verfügungen oder Entscheidungen den Rechtshilfeweg eingehalten oder ggf. die Schweizer Souveränität ver-

185 BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 39; ZULAUF, S. 1087.

186 SCHWARZ, § 19 Rz. 164, für den die Duldung einer hoheitlichen Handlung nicht mit dieser Handlung gleichgestellt werden kann.

187 Vorne G.IV.2.

188 Vorne G.VI.

189 Vgl. DONATSCH/WOHLERS, S. 334.

letzt hat. Die Teilnahme am Verfahren im vorgenannten Sinne bleibt aus Schweizer Sicht immer Parteisache und ein Vorschubleisten ist deshalb bereits ausgeschlossen, weil das Delikt vor dem fraglichen Beitrag der Partei bereits beendet wurde.¹⁹⁰ Etwas schwieriger ist die Beurteilung der Situation, in der eine Partei an einer Besprechung in der Schweiz teilnehmen sollte, die das Gericht oder dessen Vertreter in Verletzung von Art. 271 StGB veranlasst haben. Diesfalls fällt der Beitrag der Partei in einen Zeitraum, in welchem das deliktische Verhalten des ausländischen Gerichts noch nicht beendet ist. Es ist allerdings zu bezweifeln, dass allein durch die blosser Teilnahme an der Sitzung dem deliktischen Verhalten der ausländischen Behörden im Sinne des Art. 271 Abs. 1 Ziff. 3 Vorschub geleistet wird. Mit Sicherheit ist hingegen die blosser Teilnahme an einer Telefon- oder Videokonferenz weder als Vorschubleisten noch als Täterschaft zu qualifizieren, weil die behördliche Haupthandlung ausschliesslich auf ausländischem Territorium stattfindet bzw. weil in diesem Bereich schlechthin keine Zuständigkeit der Schweizer Rechtshilfebehörden besteht.¹⁹¹

b. Mitwirkung im Beweisverfahren

aa. Befolgen einer ausländischen Verfügung

Gemäss einem Entscheid des Bundesrats ist es einer Bank nach Art. 271 Ziff. 1 StGB grundsätzlich verboten, einem ausländischen Richter Auskünfte zu erteilen.¹⁹² Er hat indessen nicht präzisiert, ob diese Handlungen in den Anwendungsbereich von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB (Haupttat) oder Art. 271 Ziff. 1 Abs. 3 StGB (Vorschubleisten) fallen. Das Bundesgericht gibt weder in BGE 114 IV 128 noch in BGE 65 I 39 Auskunft über das Schicksal der Personen, die Fragen beantwortet haben, Dokumente zur Verfügung gestellt haben oder Zugang zu ihren Unternehmen gewährt haben.¹⁹³ Somit können auch keine Schlussfolgerungen z.B. betreffend die Teilnahme an Telefon- oder Videokonferenzen gezogen werden.

Gewissen Autoren¹⁹⁴ zufolge fällt der Empfänger einer Anordnung bzw. die Person, die zur Auskunft oder zur Vorlage von Akten aufgefordert wird und dieser Aufforderung Folge leistet, bloss in den Anwendungsbereich des Vorschubleistens;¹⁹⁵ anderen Autoren zufolge begeht diese Person keine hoheitliche Handlung,¹⁹⁶ sie darf nicht mit der Person, auf welche die hoheitliche

190 Vorne G.IV.2.

191 Vorne G.IV.4.b.bb.

192 Entscheid des Bundesrats v. 25.6.1997, VPB 61.82, E. III.1; von der Strafbarkeit dieser Handlung gehen auch DONATSCH/WOHLERS, S. 334 f., aus.

193 Vorne G.II.3.b.ee.

194 Für einen Überblick über die Autoren siehe BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 39.

195 DONATSCH/WOHLERS, S. 334 f.

196 JÖRG REHBERG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 2. Aufl., Zürich 1996, S. 222; SCHWARZ, § 19 N 164, für den der Zeuge oder der Empfänger einer Anordnung ein «Opfer» dar-

Handlung zurückgeht, gleichgesetzt werden¹⁹⁷ oder hat als zwar notwendiger, aber nicht strafbarer Teilnehmer zu gelten.¹⁹⁸ Unsere nachfolgende Untersuchung weist in die gegenteilige, rechtspolitisch nicht zufriedenstellende Richtung.¹⁹⁹

Eine ausländische Verfügung, die zur Mitwirkung im dortigen Beweisverfahren auffordert, ist unzweifelhaft eine hoheitliche Handlung, die funktional der gerichtlichen Beweiserhebung zuzuordnen ist.²⁰⁰ Wenn die Verfügung in der Schweiz zugestellt wird, so erfolgt diese Handlung auf schweizerischem Gebiet, weshalb Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 oder 2 StGB anwendbar sind. Wird jedoch – wie oft – die Beweisverfügung nicht in der Schweiz zugestellt, dann handelt die ausländische Behörde nicht auf schweizerischem Gebiet i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 StGB.²⁰¹ Somit kommt für die Person, welche die Verfügung befolgt, nur im ersten Fall eine Bestrafung wegen Vorschubleistens nach Art. 271 Abs. 3 StGB in Frage; im zweiten Fall fehlt es an der auf schweizerischem Gebiet verübten Haupttat.²⁰² In diesen Fällen kommt allein in Betracht, dass die Handlungen der Parteien und/oder der Drittpersonen eine selbständige Haupttat darstellen. Wir gelangen leider zum Schluss, dass dieses Ergebnis durchaus zutrifft.

Nach schweizerischer Auffassung verletzt die Verfügung eines ausländischen Richters, die sich an eine Partei oder eine Drittperson mit Wohnsitz in der Schweiz richtet, die schweizerische Souveränität, weshalb der ausländische Richter den Rechtshilfeweg zu beschreiten hat.²⁰³

Der Rechtshilfe zwischen den Staaten liegt ein völkerrechtlicher Vertrag zugrunde.²⁰⁴ Der vertragsgemässe Vollzug des Ersuchens und insbesondere auch die Übermittlung der Ergebnisse des Vollzugs liegen grundsätzlich in der ausschliesslichen Zuständigkeit des Schweizer Rechtshilfegerichts. Somit mass sich die Partei oder die Drittperson, die in der Schweiz einer Beweisverfügung Folge leistet, widerrechtlich das Amt eines Schweizer Rechtshilfegerichts an und ihre Handlungen fallen dementsprechend in den Anwendungsbereich von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB. Das gleiche gilt für die Teilnahme an einer nicht bewilligten Anhörung per Telefon oder Videokonferenz, da eine solche Anhörung nur via Rechtshilfe zulässig ist.²⁰⁵ Das jüngste Vorgehen der Schweizer

stellt. Vgl. zu den Parteien BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 32 und 34 (und die Hinweise in HandKomm. DSG-ROSENTHAL, Art. 271 StGB, N 26 ff.), sowie GULDENER, S. 259, welche die Vorlage von Akten als Parteihandlung qualifizieren.

197 ZULAUF, S. 1088 f.; HandKomm. DSG-ROSENTHAL, Art. 271 StGB, N 23 und 44.

198 URSULA CASSANI, «Pretrial Discovery» sur sol suisse et protection pénale de la souveraineté territoriale, SZW 1992 10 ff., 14; SCHRAMM, S. 493.

199 Hinten K.

200 Vorne G.II.3.b.aa.

201 Vorne G.IV.4.a.cc.

202 Vorne G.VI.

203 Vorne B.II.

204 Vorne C.I.1. Vgl. GAUTHEY/MARKUS, Rz. 33 ff., sowie MARKUS/GAUTHEY, S. 58.

205 BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 66 ff.; vgl. MARKUS, S. 78 f.

Behörden bestätigt diese restriktive Ansicht, indem den Finanzintermediären gestützt auf Gesetz oder auf Art. 271 StGB bewilligt wurde, Bankdaten an ausländische Behörden zu liefern. Damit implizieren die Schweizer Behörden, dass die Lieferung von Daten an ausländische Behörden eine Handlung ist, welche den schweizerischen Amtshilfebehörden vorbehalten und deshalb ohne Bewilligung strafbar wäre.²⁰⁶

Wenn eine ausländische Behörde eine Partei oder Drittperson bloss *informell* dazu auffordert, eine bestimmte Handlung auszuführen (Herausgabe einer Akte, Beantwortung eines Fragebogens usw.), und sie diese Aufforderung zustellt, könnte dies für die Schweizer Behörden eine Verletzung der schweizerischen Souveränität im Sinne des Völkerrechts bedeuten und als hoheitliche Handlung auf schweizerischem Gebiet i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 StGB betrachtet werden. Gleichwohl wird die informelle Aufforderung toleriert, da sie keine rechtlichen Wirkungen entfaltet.²⁰⁷ Dieser Fall muss folglich gleich behandelt werden wie derjenige, in dem eine Partei oder eine Drittperson bloss einer gesetzlichen Verpflichtung Folge leistet.²⁰⁸

Wie erwähnt ist das Ergebnis, wonach sich Parteien und Drittpersonen strafbar machen, indem sie sich einer ausländischen Verfügung unterziehen, sehr unbefriedigend. Vom Souveränitätsaspekt her sind vorab die Verfügungen der ausländischen Behörden sensibel, während die Mitwirkung insbesondere der betroffenen Partei vergleichsweise zurücktritt. Die vorliegenden Mitwirkungshandlungen stellen sich als private Parteihandlungen dar, deren Form und Vorgehensweise sich von der hoheitlichen Handlung einer Schweizer Rechtshilfebehörde unterscheiden.²⁰⁹ In unserem Aufsatz *Verfahrensrechtliche Fragen der internationalen Rechtshilfe* unterscheiden wir zwischen Parteien und Drittpersonen und vertreten die Ansicht, dass eine Partei, die einer Anordnung Folge leistet, nicht widerrechtlich handle, wenn ihre Inaktivität nur prozessrechtliche Folgen nach sich ziehen würde; in allen anderen Fällen handelten sowohl die Parteien als auch Drittpersonen widerrechtlich.²¹⁰ Diese Analyse basiert auf einer Auffassung der Souveränität, die eine umfassende Gerichtshoheit ausländischer Behörden über die Parteien in einem vor ihnen hängigen Verfahren anerkennt und der Territorialhoheit des Inlands entgegengesetzt, und lässt Letztere hinter Erstere zurücktreten, wenn sich die angemasste Handlung wegen ihrer

206 Dazu ANDREAS LUKAS HAGI, FATCA & Co – wie die weltweite Finanz- und Wirtschaftskrise die schweizerische Gesetzgebung und Rechtspraxis beeinflusst(e), AJP 2015 S. 27 ff., S. 30 ff.; BEAT KLEINER/RENATE SCHWOB, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, S. 22. Nachlieferung, Zürich 2014, Art. 23sexies BankG N 2; kritisch DAVID ROSENTHAL, Entwicklungen im privaten Datenschutzrecht, in: Olivier Hari/Olivier Riske (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2015 S. 566 ff., S. 571 f.

207 Vorne G.II.1.

208 Nachstehend G.VII.2.b.bb.

209 Vgl. unsere Kritik zu BGE 114 IV 128 vorne G.II.3.b.ee.

210 MARKUS/GAUTHEY, S. 66. So lautet insbesondere auch die Wegleitung des BJ, Ziff. III.A.2; ebenso MARKUS, S. 78 f.

niederschweligen, rein prozessualen Sanktion an der Grenze zur einfachen, unqualifizierten Amtshandlung befindet.²¹¹

Diese Auffassung ermöglicht eine Begrenzung des Anwendungsbereichs von Art. 271 Ziff. 1 StGB und lässt der Partei eine weitergehende Entscheidungsfreiheit, wie sie im ausländischen Verfahren vorgehen will. Die Unterscheidung zwischen rein prozessualen Sanktionen und Sanktionen anderer Art, die grundsätzlich strafrechtlicher Natur sind, lässt sich nicht immer einfach vornehmen. Zur Gewährleistung der Rechtssicherheit wäre sogar die Meinung zu vertreten, dass sämtliche Handlungen der Parteien ausserhalb des Art. 271 Ziff. 1 StGB stehen, unabhängig davon, ob eine Verfügung zugestellt worden ist oder nicht und welcher Art die Konsequenzen im Falle einer Nichtbefolgung sind.

Es sei an dieser Stelle daran erinnert, dass sich die Handlung der Partei abgesehen von der Anmassung einer Rechtshilfetätigkeit, wie sie bei der Produktion von Urkunden vorkommen kann, sich aus anderen Gründen als eine hoheitliche Handlung i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 StGB qualifizieren kann. Dies trifft z.B. dann zu, wenn Zeugen in formeller Weise angehört werden.²¹² Die Partei kann natürlich nur Akten bzw. Informationen herausgeben, über die sie frei verfügen kann.

bb. Befolgen einer gesetzlichen Verpflichtung ohne Verfügung

Wenn eine Partei oder Drittperson von sich aus ohne Vorliegen einer Verfügung einer rechtlichen Verpflichtung Folge leistet, ergibt sich hingegen eine andere Situation. In einem solchen Fall liegt – auch nach schweizerischer Auffassung – auf Seiten der ausländischen Behörden weder im Sinne des Strafrechts noch im Sinne des Völkerrechts ein verpöntes Verhalten vor. Die Partei oder Drittperson, die sich an ihre rechtlichen Verpflichtungen hält, massiert sich kein Amt einer Schweizer Behörde an und begeht somit keine Straftat im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 StGB. Es bleiben diejenigen Fälle vorbehalten, in denen die Handlung, die von einer Partei oder Drittperson ausgeführt wird, bereits als solche als hoheitliche Handlung auf Schweizer Boden i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 StGB qualifiziert werden kann.²¹³

Parteien und Dritte dürfen Dokumente und Informationen, die sich zwar in ihrem Besitz befinden, über die sie aber nicht frei verfügen können, ohne Einwilligung der Rechtsinhaber nicht dem Gericht verfügbar machen. Abgesehen davon bietet nur der Rechtshilfeweg ein prozessuales Gefäss, in welchem Geheimhaltungs- und Offenlegungspflichten einander gegenübergestellt werden können. Ist der Rechtshilfeweg nicht offen, so kann die Übermittlung solcher

211 Vorne G.II.2.a.

212 Vorne G.II.3.b.cc.

213 Z.B. die formelle Anhörung eines Zeugen, nicht aber die Herausgabe von Akten. Vgl. vorne G.II.3.b.aa–cc.

Dokumente oder Informationen eine Straftat i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 StGB darstellen, zumal eine Anmassung des Richteramts vorliegt, das allein dazu befugt ist, die notwendige Interessenabwägung vorzunehmen. Gegebenenfalls liegt Konkurrenz mit einem anderen Tatbestand (Art. 47 BankG²¹⁴, Art. 273 StGB) vor.

H. Subjektive Tatbestandsmerkmale

Der Täter und die Mittäter sind nur bei vorsätzlichem Handeln strafbar.²¹⁵ Eventualvorsatz genügt.²¹⁶

I. Verfolgungsbehörden

Die Verfolgung der in Art. 271 Ziff. 1 StGB normierten Straftatbestände obliegt grundsätzlich den Bundesbehörden.²¹⁷ Es handelt sich dabei um ein politisches Verbrechen; die Entscheidung über die Verfolgung liegt in der Zuständigkeit des Bundesrats (Art. 66 Abs. 1 StBOG²¹⁸).²¹⁹ Der Bundesrat hat seine Zuständigkeit an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement delegiert (Art. 3 lit. a OV-EJPD²²⁰). Die Anwendung des Opportunitätsprinzips ist in diesem Rahmen zulässig.²²¹

Die Entscheidung des Bundesrats bzw. des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements über die Aufnahme der Strafverfolgung stellt keine Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG dar.²²² Die Beschwerde an den Bundesrat ist daher ausgeschlossen.²²³ Der Bundesrat kann aber beim Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement in seiner Eigenschaft als Aufsichtsbehörde intervenieren (Art. 71 VwVG).²²⁴

214 Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen v. 8. 11. 1934 (Bankengesetz), SR 952.0.

215 Siehe z.B. BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 71.

216 Siehe z.B. BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 71.

217 Art. 23 Abs. 1 lit. h StPO.

218 Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 19. 3. 2010 (Strafbehördenorganisationsgesetz), SR 173.71.

219 Vgl. den Entscheid des Bundesrats v. 10. 11. 2004, VPB 69.58 E. 2, zu Art. 105 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege v. 15. 6. 1934 (BStP). Das BStP ist nicht mehr in Kraft.

220 Organisationsverordnung für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement v. 17. 11. 1999, SR 172.213.1.

221 Entscheid des Bundesrats v. 10. 11. 2004, VPB 69.58 E. 6. Siehe auch BSK StGB II-HOPF, Vor Art. 271 N 2.

222 Entscheid des Bundesrats v. 10. 11. 2004, VPB 69.58 E. 2.

223 Entscheid des Bundesrats v. 10. 11. 2004, VPB 69.58 E. 2.

224 Entscheid des Bundesrats v. 10. 11. 2004, VPB 69.58 E. 4.

J. Strafe

Der Täter oder Mittäter muss mit einer Freiheitsstrafe von bis zu 3 Jahren oder mit einer Geldstrafe rechnen. In schweren Fällen droht ihm eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr (Art. 271 Ziff. 1 Abs. 4 StGB).²²⁵

K. Schlussfolgerungen und Ausblick

Will eine Partei oder Drittperson an der Beweiserhebung einer ausländischen Behörde teilnehmen, so ist ihr zu raten, dies vor dem Erlass einer entsprechenden Verfügung dieser Behörde zu tun. Nachdem eine Verfügung erlassen wurde, verletzt die Partei oder Drittperson, die der Verfügung Folge leistet, Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB, es sei denn, sie führe die Handlung im Ausland aus.²²⁶

In denjenigen Fällen, in denen keine Verfügung erlassen wurde, ist u.E. das Tatbestandsmerkmal der «Handlungen, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen» restriktiv auszulegen.²²⁷

Die Definition der Handlungen, die in den Anwendungsbereich von Art. 271 Ziff. 1 StGB fallen, hängt mit der weitgehenden Auffassung der Schweizer Behörden zur Souveränität zusammen.²²⁸ Souveränität, ausschliessliche Zuständigkeiten und hoheitliche Gewalt stehen in einer Wechselbeziehung. Die schweizerische Souveränitätsauffassung und in deren Gefolge das Strafrecht halten die Hürde hoch, die mit der Rechtshilfe zu überwinden ist. Das weitgefasste traditionelle Souveränitätsverständnis der Schweizer Behörden (vorbehaltlich etwa der Haltung des Bundesamtes für Justiz), wonach die sanktionsbewehrte Anordnung einer ausländischen Behörde, die sich in der Schweiz beim Betroffenen auswirkt, bereits als Verletzung der schweizerischen Souveränität gilt, hat einen zu weiten Anwendungsbereich von Art. 271 Ziff. 1 StGB zur Folge. Andere Auffassungen, insbesondere diejenigen, die zwischen Prozessparteien und Dritten und/oder zwischen strafrechtlichen oder bloss verfahrensrechtlichen Sanktionen unterscheiden, sind ebenso gut vertretbar und u.E. gar vorzuziehen.²²⁹ Die Berücksichtigung der einen oder anderen dieser liberaleren Auffassungen würde erlauben, das Dilemma zu lösen, in dem sich Schweizer Prozessbeteiligte befinden, wenn sie an einem ausländischen Verfahren teilnehmen wollen, ohne dabei die Interessen der Schweiz zu gefährden.

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement hatte einen Gesetzesentwurf über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und den Schutz

²²⁵ BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 72.

²²⁶ Vorne G.IV.2.

²²⁷ Vorne G.VII.2.b.bb. sowie G.II.3.b.aa–cc.

²²⁸ Vorne B.II.

²²⁹ Vorne G.VII.2.b.aa.

der schweizerischen Souveränität ausgearbeitet (Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz, ZSSG).²³⁰ Art. 17 dieses Gesetzesentwurfs enthielt einen Begriff der «Amtshandlungen», der eine weite Auslegung von Art. 271 Ziff. 1 StGB nach sich gezogen hätte. Zumal die geschilderten Unsicherheiten bei Parteien eines ausländischen Verfahrens dadurch noch verstärkt worden wären, ist es zu begrüßen, dass das Projekt Anfang 2015 fallen gelassen wurde.²³¹ Dass das Projekt kürzlich fallen gelassen wurde, lässt auf eine zurückhaltende Auslegung von Art. 271 Abs. 1 StGB hoffen. Den vorne geschilderten Unsicherheiten aber wäre am besten mit einer Gesetzesrevision beizukommen, bei welcher klargelegt wird, dass die Parteien eines ausländischen Zivilprozesses von der Strafbarkeit ausgenommen sind.

Zusammenfassung:

Der Globalisierungsprozess bringt es mit sich, dass die Gerichte vermehrt Zivilprozesse führen, bei denen sich Parteien oder Beweismittel in einem anderen Staat befinden. Um diese Parteien oder Beweismittel in den inländischen Prozess einzubinden, müssen souveränitäts- und – zumindest aus Schweizer Sicht – strafrechtliche Hürden überwunden werden. Dies ist die Aufgabe der internationalen Rechtshilfe. Wer sich vertieft mit der schweizerischen Rechtshilfepraxis auseinandersetzt, wird sich rasch bewusst, dass der Kern vieler spezifischer Probleme im Strafrecht liegt. Besonders die Schweizer Parteien eines ausländischen Zivilprozesses sind sich häufig im Unklaren darüber, wie sie an einem ausländischen Verfahren teilnehmen und mitwirken können, ohne mit Art. 271 StGB in Konflikt zu geraten. Mit dem vorliegenden Beitrag verfolgen die Autoren das Ziel, den Anwendungsbereich von Art. 271 StGB in der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen zu klären.

Résumé

Le processus de la globalisation a pour conséquence que de plus en plus souvent, les tribunaux sont saisis de procédures civiles dans lesquelles l'une des parties ou des moyens de preuve se situent dans un État tiers. Afin que ces parties ou ces moyens de preuve puissent participer à la procédure sur le plan national, des obstacles relevant de la souveraineté territoriale et, du moins du

230 <http://www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/dokumentation/medieninformationen/2013/ref_2013-02-20.html>.

231 <<http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2015/2015-02-11.html>>.

point de vue suisse, du droit pénal doivent être surmontés. Cette tâche incombe à l'entraide judiciaire internationale. Celui qui examine de manière plus approfondie la pratique suisse en matière d'entraide judiciaire se rend vite compte que c'est le droit pénal qui est au cœur de bon nombre de problèmes spécifiques. Les parties suisses à une procédure étrangère notamment ne savent souvent pas avec précision comment participer à cette procédure sans entrer en conflit avec l'art. 271 CP. Avec la présente contribution, les auteurs veulent clarifier le champ d'application de l'art. 271 CP dans le cadre de l'entraide judiciaire en matière civile.

L. Literaturverzeichnis

- CORBOZ, BERNARD, Les infractions en droit suisse, Volume II, 3. Aufl., Bern 2010
- DELALOYE, VALENTINE, La poursuite pénale du délit formel et les problèmes de territorialité liés à internet, Jusletter v. 27.2.2012
- DELNON, VERA/NIGGLI, MARCEL ALEXANDER, Verkaufen und Kaufen von strafbar erlangten Bankkundendaten durch ausländische Behörden als schweizerisch-deutsches Tatgeschehen, Jusletter v. 8.11.2010
- DELNON, VERA/RÜDY, BERNHARD, Strafbare Beweisführung?, ZStrR 1998, S. 314 ff.
- DONATSCH, ANDREAS, Art. 271 Ziff. 1 StGB und das Recht auf Befragung von Entlastungszeugen, in DONATSCH, ANDREAS/FORSTER, MARC/SCHWARZENEGGER, CHRISTIAN (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 587 ff.
- DONATSCH, ANDREAS/WOHLERS, WOLFGANG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011
- DUPUIS, MICHEL/GELLER, BERNARD/MONNIER, GILLES/MOREILLON, LAURENT/PIGUET, CHRISTOPHE/BETTEX, CHRISTIAN/STOLL, DANIEL (Hrsg.), Petit commentaire sur le Code pénal, Basel 2012
- GAUTHEY, DANIELLE, Zustellung und Beweis, in: FURRER, ANDREAS/MARKUS, ALEXANDER R./PRETELLI, ILARIA, Herausforderungen des europäischen Zivilverfahrensrechts für Lugano- und Drittstaaten, Zürich 2015 (in Erscheinung begriffen), Ziff. 2.4.
- GAUTHEY, DANIELLE/MARKUS, ALEXANDER R., L'entraide judiciaire internationale en matière civile, Bern 2014
- GRAVEN, PHILIPPE/STRÄULI, BERNHARD, L'infraction pénale punissable, 2. Aufl., Bern 1995

- GULDENER, MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979
- HURTADO, POZO JOSÉ, Droit pénal général, 2. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2013
- KERNEN, ALEXANDER, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, Zürich/St. Gallen 2014
- KILLIAS, MARTIN/KUHN, ANDRÉ/DONGOIS, NATHALIE/AEBI, MARCELO F., Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, Bern 2009
- KREN KOSTKIEWICZ, JOLANTA/RODRIGUEZ, RODRIGO, Internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, Bern 2013
- LOGOZ, PAUL, Commentaire du Code pénal suisse, Partie spéciale II (Art. 213 à 332), Neuenburg 1956
- MARKUS, ALEXANDER R., Neue Entwicklungen bei der internationalen Rechtshilfe in Zivil- und Handelssachen, SZW 2002 S. 65 ff.
- MARKUS, ALEXANDER R./GAUTHEY, DANIELLE, Verfahrensrechtliche Fragen der internationalen Rechtshilfe, in: EHRENZELLER, BERNHARD (Hrsg.), Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe, St. Gallen 2005, S. 55 ff.
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER, HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013
- Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 2. Aufl., Basel 2007
- PIETH, MARK, Strafrecht, Besonderer Teil, Basel 2014
- ROSENTHAL, DAVID/JÖHRI, YVONNE, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008
- ROTH, ROBERT/MOREILLON, LAURENT, Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1–110, Basel 2009
- SCHACK, HAIMO, Internationales Zivilverfahrensrecht mit internationalem Insolvenzrecht und Schiedsverfahrensrecht, 6. Aufl., München 2014
- SCHRAMM, DOROTHEE, Entwicklungen bei der Strafbarkeit von privaten Zeugenbefragungen in der Schweiz durch Anwälte für ausländische Verfahren, AJP 2006 S. 491 ff.
- SCHWANDER, VITAL, Das schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 1964
- SCHWARZ, JÖRG, Geheimnisschutz- und Spionagestrafrecht, in: ACKERMANN, JÜRGEN BEAT/GÜNTHER, HEINE (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Bern 2013, § 19

- STRATENWERTH, GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011
- STRATENWERTH, GÜNTER/BOMMER, FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl., Bern 2013
- TRECHSEL, STEFAN/PIETH, MARK (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013
- ZULAUF, URS, Kooperation mit dem Ausland: Verrat an der Schweiz? Gedanken zu den Schweizer Verbotsgesetzen («Blocking Statutes») von Art. 271 und 273 StGB und Art. 47 BankG, in: Waldburger, Robert/Baer, Charlotte M./Nobel, Ursula/Bernet, Benno (Hrsg.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, S. 1075 ff.