

## **CH\_VB <td class="metadataCell">150000287</td> vom 22. Oktober 2014**

Bundesverwaltung, 2014-10-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_\\_td\\_class\\_\\_metadataCell\\_\\_150000287\\_\\_td\\_](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb__td_class__metadataCell__150000287__td_)

FR: CH\_VB <td class="metadataCell">150000287</td> du 22 octobre 2014

IT: CH\_VB <td class="metadataCell">150000287</td> del 22 ottobre 2014

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Problem und Fragestellung Gemäss schweizerischer Rechtsauffassung ist die Zustellung eines amtlichen Dokuments eine hoheitliche Handlung. Aufgrund der Gebietshoheit der Staaten dürfen hoheitliche Handlungen grundsätzlich nicht auf fremdem Staatsgebiet vorgenommen werden. Der Hoheitsakt ist also vom Staat am Ort des Empfangs vorzunehmen (Rechts- oder Amtshilfe) oder durch ihn zu billigen (passive Duldung oder ausdrückliche Zustimmung). Besteht kein Staatsvertrag, erfolgt die Übermittlung grundsätzlich auf dem diplomatischen Weg, d.h. von der Vertretung an das AM und dann meist über weitere, für das entsprechende Sachgebiet zuständige Behörden des Gaststaates an den Empfänger. Die eidgenössischen Gerichte<sup>3</sup> hatten bis anhin lediglich die Rechtmässigkeit der direkten postalischen Zustellung an den Empfänger im Ausland zu beurteilen. Sie kamen zum Schluss, dass die direkte Postzustellung völkerrechtswidrig sei und der «diplomatische oder konsularische Weg» als der völkerrechtskonforme Zustellweg zu wählen wäre, sofern kein Staatsvertrag besteht. Allerdings werden diese Begriffe jeweils nicht weiter konkretisiert. Es stellt sich die Frage, ob Zustellung auf dem «konsularischen Weg» heissen kann, dass Dokumente an eigene Staatsangehörige direkt, d.h. ohne Zwischenschaltung einer ausländischen Behörde, durch die Vertretung zugestellt werden dürfen? Infolge der steten Zunahme grenzüberschreitender Sachverhalte besteht ein praktisches Bedürfnis nach möglichst einfachen und effektiven Zustellwegen.<sup>4</sup>

#### **E. 2**

Die Übermittlung ist die Übergabe an die ausländischen Behörden, damit diese die Zustellung vornehmen.

#### **E. 3**

Urteil des Bundesverwaltungsgericht C-2343/2009 vom 26. August 2011; Urteil des Bundesverwaltungsgericht C-3587/2007 vom 18. Januar 2010; BGE 131 III 448; BGE 124 V 47 E. 3a; BGE 105 Ia 307; BGE 103 III 1; Entscheide der eidgenössischen Zollrekurskommission, VPB 69.121 und VPB 66.94.

#### **E. 4**

Die Frage, ob die direkte Zustellung von der Vertretung an eigene Staatsangehörige auch im vertragslosen Zustand völkerrechtskonform ist, wurde von der DV letztmals in einer Notiz vom 28.01.2008 behandelt. Die damalige Schlussfolgerung lautete, dass «Art. 5 Bst. j WÜK aus Sicht der DV nicht ausreicht, die Vereinbarkeit mit dem momentanen Souveränitätsverständnis der Schweiz im Rahmen des Art. 271 StGB zu gewährleisten und eine generelle Bewilligung zu rechtfertigen. Es müsste zusätzlich mit den für die Auslegung des Art. 271

StGB zuständigen Bundesstellen (bspw. Bundesanwaltschaft) sowie den von der vereinfachten Amtshilfe betroffenen Behörden (bspw. Bundesamt für Justiz) geklärt werden, ob oder in welchen Fällen eine Zustellung an eigene Bürger via konsularische Vertretungen als Souveränitätsverletzung angesehen wird oder mit der Schweizer Rechtsordnung vereinbar ist. Die Zustimmung der Schweizer Verwaltungspraxis und das Gut- heissen einer solchen Praxis durch die schweizerische Rechtsprechung könnte das nach Art. 5 Bst. j WÜK vorausgesetzte innerstaatliche Einverständnis darstellen». Ziel der vorliegenden Notiz ist eine Neu Beurteilung dieser Frage um den Be- dürfnissen der Praxis zu entsprechen und die Verfahren möglichst zu vereinfachen.

#### **E. 5**

Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24. April 1963, SR 0.191.02.

#### **E. 6**

Konsularische Aufgaben werden nicht nur von konsularischen Posten, sondern auch von diplomatischen Vertretungen wahrgenommen (Art. 3 Abs. 2 WÜK).

#### **E. 7**

Hier ist unter «Übermittlung» sowohl die förmliche Zustellung als auch jede andere Art der Weiterleitung amtlicher Doku- mente durch die konsularische Vertretung zu verstehen: Wagner/ Raasch/ Pröbstl, Wiener Übereinkommen über konsula- rische Beziehungen vom 24. April 1963: Kommentar für die Praxis, Berlin 2007, S. 105.

#### **E. 8**

Zu beachten für den vertragslosen Zustand ist beispielsweise, dass sowohl Saudi-Arabien als auch Dänemark einen Vor- behalt zu Art. 5 Bst. j WÜK abgegeben haben, welcher die erlaubten Zustellungen auf Zivil- und Handelssachen be- schränkt. Malta hat in seinem Vorbehalt die Zustellung sämtlicher Akte ausgeschlossen. Siehe: [http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=III-6&chapter=3&lang=fr&clang=\\_fr](http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-6&chapter=3&lang=fr&clang=_fr)

#### **E. 9**

Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht vom 1. März 1954, SR 0.274.12 (47 Vertragsstaaten).

#### **E. 10**

Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssa- chen vom 15. November 1965, SR 0.274.131 (67 Vertragsstaaten).

Gutachten

EDA/Direktion für Völkerrecht

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2014, Ausgabe vom 22. Oktober 2014 189

annimmt.<sup>11</sup> Diese Art der Zustellung wird als direkter konsularischer Weg bezeichnet.<sup>12</sup> Auch das Eu- ropäische Übereinkommen vom 24. November 1977 über die Zustellung von Schriftstücken in Verwal- tungssachen im Ausland<sup>13</sup> sieht wie die Haager Übereinkommen unter anderem die direkte Zustellung durch die Auslandsvertretung vor. Die Schweiz hat dieses Übereinkommen unterzeichnet, aber nicht ratifiziert. Alle drei Staatsverträge sehen

vor, dass gegen die direkte Zustellung durch die Vertretung ein Vorbehalt angebracht werden kann.<sup>14</sup> Allerdings, gegen die direkte Zustellung durch die Vertretung an Staatsangehörige des Entsendestaates darf kein Vorbehalt angebracht werden.<sup>15</sup> Kann daraus gefolgert werden, dass die Zustellung von der Vertretung an eigene Staatsangehörige auch im vertragslosen Zustand erlaubt ist? Die Tatsache, dass gegen die Zustellung durch eine Vertretung an eigene Staatsangehörige kein Vorbehalt angebracht werden kann, lässt in der Tat darauf schliessen, dass die Mehrheit der Staaten diesen Zustellweg als zulässig betrachtete,<sup>16</sup> sollten die Haager Übereinkommen doch die Zustellwege vereinfachen.<sup>17</sup> Die Möglichkeit eines Vorbehalts gegen diese Art der Zustellung wäre also ein Rückschritt gewesen. Diese Überlegungen finden auch auf den Bereich der Verwaltungssachen Anwendung. Im erläuternden Bericht zum europäischen Übereinkommen heisst es nämlich: «Aucun principe ne peut raisonnablement justifier l'opposition à l'emploi par chaque État de la voie consulaire directe, si le document doit être notifié à un ressortissant de l'État requérant et si le destinataire du document l'accepte volontairement, étant donné le lien de nature juridique entre les États et leurs ressortissants». <sup>18</sup> Die Begründung findet sich also in der Personalhoheit des Entsendestaates über seine eigenen Staatsangehörigen. Primärer Anknüpfungspunkt für die Ausübung von Jurisdiktion ist zwar das Territorium, indes liefert das Vorliegen eines Anknüpfungspunktes nur eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung der staatlichen Jurisdiktion. Die Lösung von Jurisdiktionskonflikten muss stets über eine Interessenabwägung erfolgen.<sup>19</sup> Kriterien einer Interessenabwägung sind die Nähe zum in Frage stehenden Sachverhalt, seine Wichtigkeit und die Störung des Empfangsstaates. Im Falle der Zustellung amtlicher Dokumente an eigene Staatsangehörige ist die Störung des Empfangsstaates eher gering wohingegen die Nähe zum Entsendestaat eher gross ist. International besteht zudem eine Tendenz, sogar die direkte Postzustellung von Dokumenten an Private jeglicher Nationalität nicht mehr per se als Verletzung der völkerrechtlich garantierten Souveränität zu betrachten.<sup>20</sup> Schliesslich geht es bei der Zustellung amtlicher Dokumente nicht um die Durchsetzung staatlicher Gewalt auf fremdem Staatsgebiet.

#### **E. 11**

Verweigert der Empfänger die Annahme, kann diese also nicht zwangsweise bewirkt werden, d.h. das Dokument gilt nicht trotzdem als zugestellt wie zum Beispiel in Art. 138 Abs. 3 Bst. b ZPO vorgesehen (sog. förmliche Zustellung). Siehe: Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, Wegleitung des BJ, 3. Auflage 2003, S. 13; Practical Handbook on the Operation of the Hague Service Convention, 3. Auflage 2006, Rz. 189, S. 67.

#### **E. 12**

Der indirekte konsularische Weg dagegen führt über die Behörden des Empfangsstaates, siehe Art. 9 HZÜ65.

#### **E. 13**

<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/094.htm> (8 Vertragsstaaten), Art. 10.

#### **E. 14**

Die Schweiz hat einen Vorbehalt zu Art. 8 HZÜ65 angebracht, d.h. die Schweiz hat sich immer gegen die Zustellung gemäss Art. 8 HZÜ65 durch konsularische oder diplomatische Vertreter zur Wehr gesetzt, wenn der Empfänger kein Angehöriger des Ursprungsstaates ist. Gestützt auf den Grundsatz der Gegenseitigkeit (Art. 21 WVK), müssen die schweizerischen Behörden entsprechend ebenfalls davon absehen,

Übermittlungswege zu benutzen, die in der Schweiz unzulässig sind Eine Reihe von Staaten (Argentinien, Belarus, Estland, Finnland, Grossbritannien und Nordirland, Irland, Israel, Italien, Japan, Kanada, Kuwait, Niederlande, Schweden, Spanien, USA) verzichten jedoch explizit auf die Gegenseitigkeit in Bezug auf den schweizerischen Vorbehalt. Siehe: [http://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/zivil/wegleitungen/alternativ\\_art8a.html](http://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/zivil/wegleitungen/alternativ_art8a.html)

#### **E. 15**

Art. 8 HZÜ65; Art. 6 HÜ54; Ebenso bereits Art. 6 der Übereinkunft vom 17. Juli 1905 betreffend Zivilprozessrecht, welche heute mit keinem Staat mehr Anwendung findet (BS 12 277); im noch älteren Übereinkommen von 1896 (AS 1900 187) ist die Formulierung des entsprechenden Artikels noch etwas vager formuliert: Art. 4 Ziffer 3 lautet: «[...] dass jeder Staat die in einem anderen Staate zu bewirkenden Zustellungen vermittelt seiner diplomatischen oder konsularischen Vertreter vornehmen lässt». Und Art. 4 Abs. 2 lautet: «Die in diesen Fällen vorgesehenen Zustellungsarten sind jedoch nur insoweit statthaft, als es den Gesetzen der beteiligten Staaten oder den zwischen ihnen bestehenden Vereinbarungen entspricht.» Dies ist die Formulierung, wie sie in die 1965 WÜK Eingang gefunden hat.

#### **E. 16**

Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 28.4.1966, EVGE 1966 S. 67, E. 4 S. 71.

#### **E. 17**

Die Präambel des HZÜ65 lautet beispielsweise: «in dem Wunsch, durch geeignete Massnahmen sicherzustellen, dass gerichtliche und aussergerichtliche Schriftstücke, die im Ausland zuzustellen sind, ihren Empfängern rechtzeitig zur Kenntnis gelangen, in der Absicht, dafür die gegenseitige Rechtshilfe zu verbessern, indem das Verfahren vereinfacht und beschleunigt wird».

#### **E. 18**

<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/094.htm>, Art. 10 Rz. 40.

#### **E. 19**

Dies ergibt sich aus dem Interventionsverbot und dem Prinzip von Treu und Glauben: Peters, Völkerrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage 2012, S. 161f.

#### **E. 20**

Siehe für die Schweiz Art. 9 des Entwurfs des Bundesgesetzes über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und über den Schutz der schweizerischen Souveränität vom 8. Juni 2012.

Gutachten

EDA/Direktion für Völkerrecht

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2014, Ausgabe vom 22. Oktober 2014 190

Handelt es sich also um einen Adressaten, welcher nur die Staatsangehörigkeit des Entsendestaates besitzt, darf die Vertretung vermutungsweise direkt zustellen.<sup>21</sup> Besitzt der Adressat des amtlichen Dokuments indessen (auch) die Staatsangehörigkeit des Empfangsstaates, ist eine direkte Zustellung durch die konsularische Vertretung

grundsätzlich nicht möglich. In diesem Fall ist zusätzlich zur Territorialhoheit auch die Personalhoheit des Empfangsstaates betroffen. Es wird i.d.R. nur die Zustellung über die Behörden des Empfangsstaates in Frage kommen.<sup>22</sup> Die Schweiz selbst erhebt im vertragslosen Zustand keine Einwände, wenn diplomatische oder konsularische Vertretungen anderer Länder Dokumente direkt an ihre eigenen Staatsangehörigen zustellen, soweit damit kein Zwang ausgeübt wird.<sup>23</sup> Im Bereich der Zivil- und Handelssachen stützt sich dies auf Art. 11a Abs. 4 IPRG, wonach auch im Verhältnis zu Nichtvertragsstaaten das HÜ54 angewendet wird. Das heisst, es ist zulässig, dass ausländische diplomatische oder konsularische Vertreter selber Dokumente an eigene Staatsangehörige in der Schweiz per Post oder durch persönliche Übergabe zustellen (sinngemässe Anwendung von Art. 6 Absatz 1 Ziffer 3 und Absatz 2 HÜ54).<sup>24</sup> Es spricht nichts dagegen, dies in Verwaltungssachen prinzipiell gleich zu handhaben.<sup>25</sup> 3 Die Zustellung von Verfügungen im Sozialversicherungsbereich im Besonderen Das Bundesverwaltungsgericht hat sich kürzlich in zwei Urteilen<sup>26</sup> zur Praxis der Schweizerischen Ausgleichskasse (SAK) geäussert, Verfügungen des Ausschlusses aus der freiwilligen AHV/IV<sup>27</sup> direkt per Post an die Empfänger im Ausland zuzustellen. Das Bundesverwaltungsgericht hielt fest, dass der verfügungsweise Ausschluss von der SAK auf dem diplomatischen oder konsularischen Weg übermittelt werden muss, wenn kein (bilateraler) Staatsvertrag die direkte Zustellung im konkreten Fall erlaubt. Zum genauen Verlauf des diplomatischen oder konsularischen Weges hat sich das Gericht nicht geäussert. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hingegen äusserte sich in den 1960er Jahren<sup>28</sup> explizit zum Zustellweg. Das Gericht ging erstens davon aus, dass Sozialversicherungssachen auch als Zivilsachen im Sinne des HÜ54 gelten und somit in dessen Anwendungsbereich fallen, da auch vermögensrechtliche Ansprüche von Privaten gegen den Staat, die nach heutiger Auffassung öffentlich-rechtlichen Charakter haben, als Zivilsachen gelten. Das Gericht hielt weiter fest, dass «die unmittelbare Zustellung gerichtlicher Urkunden in Zivilsachen durch die diplomatischen oder konsularischen Vertretungen des Prozessesstaates an dessen eigene Staatsangehörige [...] nach der praktisch von fast allen Staaten vertretenen Auffassung als zulässig angesehen werden [kann], und zwar unabhängig vom Bestehen zwischenstaatlicher Vereinbarungen.» Es schloss daher, dass «die unmittelbare Zustellung gerichtlicher Urkunden an Schweizerbürger durch schweizerische Vertretungen im Ausland, insbesondere in Verfahren über Ansprüche aus der freiwilligen AHV oder Invalidenversicherung, [...] grundsätzlich als zulässig [erscheint]».

#### **E. 21**

Aus Sicht der Schweizer Behörden muss es ausreichen, wenn die Schweizer Staatsbürgerschaft des Adressaten bekannt ist. Es besteht keine Pflicht, das eventuelle Vorhandensein einer Doppelbürgerschaft proaktiv abzuklären.

#### **E. 22**

Wagner/ Raasch/ Pröbstl, Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24. April 1963: Kommentar für die Praxis, Berlin 2007, S. 106.

#### **E. 23**

Gutachten der DV vom 10. April 2000, VPB 66.128, Ziff. 1.

#### **E. 24**

Botschaft betreffend Genehmigung von vier Übereinkommen im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Zivil- und Handelssachen vom 8. September 1993, BBl III, 1261, Ziff. 212.

#### **E. 25**

Im Gutachten der DV vom 10. April 2000, VPB 66.128, heisst es in Bezug auf Verwaltungssachen: «Umgekehrt praktizieren die schweizerischen Vertretungen dasselbe und eröffnen schweizerische Entscheidungen den schweizerischen Staatsangehörigen im Ausland direkt. [...] dass nach der geltenden Rechtslage bei der Zustellung von gerichtlichen Dokumenten im Bereich des Verwaltungsrechts an eine im Ausland domizilierte Partei, nicht schweizerischer Staatsangehörigkeit, der diplomatische Weg einzuschlagen ist.»

#### **E. 26**

Entscheid vom 26.8.2011 betreffend Mexiko (C-2343/2009, E. 2.2) und Entscheid vom 18.1.2010 betreffend Tunesien (C-3587/2007, E. 4.5.1 und E. 4.5.3). Diese waren der Auslöser für Konsultationen betreffend einer Änderung dieser Praxis zwischen SAK, BSV, BJ und DV.

#### **E. 27**

Siehe Art. 13 der Verordnung über die freiwillige Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (VFV, SR 831.111).

#### **E. 28**

Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 28.4.1966, EVGE 1966 S. 67.

Gutachten

EDA/Direktion für Völkerrecht

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2014, Ausgabe vom 22. Oktober 2014 191

Selbst wenn man heute davon ausgeht, dass sowohl das HÜ54 als auch das HZÜ65 grundsätzlich nicht auf den Bereich der Sozialversicherungen anwendbar sind,<sup>29</sup> muss die Zustellung einer Abschlussverfügung der SAK über die Vertretung an eigene Staatsangehörige auch im vertragslosen Zustand möglich sein. Im Sozialversicherungsbereich fällt die Interessenabwägung deutlich für die Zulässigkeit der direkten Zustellung durch die Vertretung an Staatsangehörige des Entsendestaates aus. Die Störung des Empfangsstaates durch die direkte Zustellung ist sehr gering während die Nähebeziehung des Entsendestaates zum Sachverhalt eher gross ist, da der Empfänger finanzielle Unterstützung ins Ausland bezieht bzw. Beiträge in eine Schweizer Vorsorgeeinrichtung einbezahlt. Die im Bereich der freiwilligen AHV am häufigsten betroffenen Staaten (Brasilien, Thailand, Südafrika, Peru, Costa Rica, Argentinien, Neuseeland) sind Staaten, in welchen der Weg über die lokalen Behörden sehr lange dauert und unsicher ist und wo wohl keine Empfangsbestätigung erwartet werden kann. Zudem besteht mangels staatsvertraglicher Grundlage grundsätzlich keine Pflicht zur Rechts- und Amtshilfe. 4 Empfehlung Es besteht grundsätzlich eine Vermutung zugunsten der Zulässigkeit der direkten Zustellung von der Vertretung des Entsendestaates an dessen Staatsangehörige auch im vertragslosen Verhältnis, wenn damit kein Zwang ausgeübt wird. Dies bedeutet, dass die Person die Zustellung freiwillig annehmen darf bzw. die Annahme verweigern kann. Eine Annahmeverweigerung hätte zur Folge, dass die Zustellung als

nicht erfolgt gilt (keine Zustellfiktion) und kein Fristenlauf ausgelöst wird. Diesfalls muss die ersuchende (verfügende) Behörde über das weitere Vorgehen entscheiden, namentlich, ob die Zustellung mithilfe der lokalen Behörden vorgenommen werden soll, welche ebendiesen Zwang aus- üben könnten. Die Modalitäten der Zustellung und das praktische Vorgehen, insbesondere im Hinblick auf eine Empfangsbestätigung, bestimmen sich im Einzelfall gemäss den konkreten Weisungen des BJ. Wo Gewissheit besteht, dass der Empfangsstaat eine solche Zustellung nicht akzeptiert, muss davon abgesehen und die Dokumente sind auf dem diplomatischen Weg zu übermitteln. Handelt es sich um einen Doppelbürger, besitzt der Adressat also auch die Staatsangehörigkeit des Empfangsstaates, muss ebenfalls von einer direkten Zustellung abgesehen werden.

## **E. 29**

Gemäss BJ bedingt der Begriff der Zivil- oder Handelssache eine privatrechtliche Forderung oder einen Privatrechtsstreit. Auch das Bundesverwaltungsgericht hielt unlängst fest, dass Sozialversicherungsrecht nicht in den Anwendungsbereich des HZÜ65 fällt. Die ältere Rechtsprechung ist demgegenüber nicht so kategorisch. Common law Länder fassen den Begriff der Zivilsache ungleich weiter. Da die Qualifikation nach dem Auslegungsverständnis des ersuchten Staates vorzunehmen ist, könnte im Verhältnis mit diesen Ländern das HZÜ65 Anwendung finden. Ebenso gibt es Länder, welche Sozialversicherungsrecht explizit zum Anwendungsbereich des HZÜ65 zählen.

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdruckschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 2014.10 - Zustellung amtlicher Dokumente an eigene Staatsbürger im Ausland In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2014 Année Anno Band - Volume Volume Seite 186-191 Page Pagina Ref. No 150 000 287 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert. Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale. Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.