

## **CH\_VB <td class="metadataCell">150000341</td> vom 29. Dezember 2016**

Bundesverwaltung, 2016-12-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_\\_td\\_class\\_\\_metadataCell\\_\\_150000341\\_\\_td\\_](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb__td_class__metadataCell__150000341__td_)

FR: CH\_VB <td class="metadataCell">150000341</td> du 29 décembre 2016

IT: CH\_VB <td class="metadataCell">150000341</td> del 29 dicembre 2016

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Gemäss ihren eigenen Ausführungen "betrieb [die Gesuchstellerin] bis [...] eine Bank unter dem Namen [Y] AG. Seit [...] firmiert sie unter dem Namen [X] AG und widmet sich der Abwicklung der offenen Geschäfte aus der ehemaligen Bank."

#### **E. 2**

Mit Eingabe vom [...] hat sie dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) folgende Anträge gestellt (Rz 13 und 30): „Wir ersuchen Sie daher höflich um Bestätigung, dass die HANDLUNGEN [(siehe unten, Erw. 4)] nicht als Amtshandlungen für einen fremden Staat i.S.v. Art. 271 StGB [zu] qualifizieren [sind], soweit keine geschützten, identifizierenden Daten Dritter betroffen sind, oder eine Zustimmung der betroffenen Dritten zur Übermittlung vorliegt, und bitten Sie um eine entsprechende negative Feststellungsverfügung.“ "Sollten Sie die in den Abschnitten III. bis V. dieses Gesuchs gemachten Rechtsauffassungen in dem einen oder anderen Punkt nicht teilen, ersuchen wir Sie höflich, im Namen unserer Klientschaft und im Sinne eines Eventualantrags, um eine Ausnahmegewilligung unter Art. 271 StGB für die Vornahme der HANDLUNGEN."

#### **E. 3**

Hintergrund des Gesuchs sind zwei Zivilverfahren vor der Chancery Division des englischen High Court of Justice, in denen die Gesuchstellerin jeweils unter den Beklagten figuriert. Klägerinnen sind drei Gesellschaften, die Schadenersatz für erlittene Vermögenseinbussen fordern. Gemäss den Ausführungen der Gesuchstellerin geht es darum, "dass ein ehemaliger Mitarbeiter der [Gesuchstellerin], Herr [A], im Jahre [...] Bankreferenzen mündlich und auch schriftlich (E-Mail) erteilt haben soll und diese Referenzen dazu beigetragen haben sollen, dass Gelder durch Dritte veruntreut wurden."

#### **E. 4**

Nach dem Schriftenwechsel hatte das Gericht am [...] eine "case management conference" abgehalten. In Anschluss daran hatte es eine "order for directions" erlassen, welche den Ablauf des Beweisverfahrens regelt. Die Gesuchstellerin fasst diesen Ablauf wie folgt zusammen: "i. Fünf Parteien sind ermächtigt je einen Experten zu instruieren, welcher bis spätestens am [...] je einen Expertenbericht erstellt und austauscht. ii. Abhaltung einer Sitzung [in Anschluss daran], an der alle Experten (d.h. auch diejenigen von den Klägerinnen und anderen Beklagten) teilnehmen, um ein „Joint Memorandum“ betr. der umstrittenen Punkte zu erarbeiten, welches am [...] eingereicht werden muss. iii. Beantwortung von allfälligen Fragen an die Experten, welche das High Court of Justice zum Expertengutachten hat.

iv. Allfällige Cross-Examination der Experten vor dem High Court of Justice."

Dies mit dem Zusatz "Handlungen i.-iv. werden nachfolgend definiert als die "HANDLUNGEN" [(vgl. Erw. 2 hiervoor)]".

#### **E. 5**

Ziff. i bezieht sich auf Ziff. 9.4 und 9.6 der order (Gesuchsbeilage 4), die wie folgt lauten: "[Klägerinnen 1 und 2], the [B] Defendants, [die Gesuchstellerin] and Mr [A] shall each have permission to adduce oral expert evidence from an expert in private Swiss banking practices in relation to the issue of the usual or ordinary authority of a Relationship Manager and a Director in the Private Banking department in a Swiss bank to provide bank references such as the References (as defined in the Particulars of Claim)." "The [B] Defendants, [die Gesuchstellerin] and Mr [A] shall file and serve the written report of such banking experts by 4pm on [...]."

### **II. Rechtliches**

#### **E. 6**

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

3

#### **E. 7**

Nach Art. 271 Ziff. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, in schweren Fällen mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft, wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen (Abs. 1). Ferner wird bestraft, wer solche Handlungen für eine ausländische Partei oder eine andere Organisation des Auslandes vornimmt (Abs. 2) und wer solchen Handlungen Vorschub leistet (Abs. 3).

#### **E. 8**

Von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB erfasst werden Handlungen auf Schweizer Boden, die einer schweizerischen Behörde vorbehalten sind. Die betreffende Handlung muss sich "ihrem Wesen nach, also materiell, als Amtstätigkeit charakterisieren". "Entscheidend für die Qualifizierung als Amtstätigkeit ist die schweizerische Rechtsauffassung" (MARKUS HUSMANN, in: Basler Kommentar Strafrecht II, 3. Aufl., Basel 2013, N 13 zu Art. 271 StGB mit. Hinw. auf Rechtsprechung und Literatur). Die Einreichung von Unterlagen in einem ausländischen Zivilverfahren durch eine Prozesspartei ist grundsätzlich keine Handlung, die einer schweizerischen Behörde vorbehalten ist bzw. die materiell als amtliches Handeln qualifiziert werden muss. Aufgrund der Praxis verschiedener Bundesbehörden zu Art. 271 StGB kommt allerdings in besonderen Konstellationen eine Strafbarkeit nach Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB dennoch in Betracht (vgl. zum Ganzen VPB 2016.7, S. 60, 2016.4, S. 42 f., und 2016.3, S. 35, je m. Hinw.; lediglich eine Strafbarkeit nach Art. 271 Ziff. 1 Abs. 3 StGB [Tatbestand des Vorschubleistens] in Betracht ziehend allerdings das Bundesstrafgericht in RR.2015.196-198 vom 18. November

2015, E. 2.2.2).

#### **E. 9**

In den erwähnten Fällen geht es indes stets darum, eine Umgehung des Rechtshilfewegs zu verhindern. Nach der Praxis des EJPD muss in Zivilsachen für das Einholen von Dokumenten bei einer in der Schweiz ansässigen Verfahrenspartei der Rechtshilfeweg nicht beschränkt werden, wenn für den Fall einer Mitwirkungsverweigerung keine strafrechtlichen Sanktionen angedroht werden (vgl. zum Ganzen VPB 2016.7, S.60, und 2016.3, S. 36, je m. Hinw. auf die Wegleitung des Bundesamtes für Justiz zur internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen, 3. Aufl. 2003 [Stand 2013], Ziff. III.A.21; im selben Sinne offenbar auch das Bundesstrafgericht in RR.2015.196-198 vom 18. November 2015, E. 2.2.2 [eine Strafsache betreffend]; vgl. ausserdem HUSMANN, a.a.O., N 32 m. Hinw., und GAUTHEY/MARKUS, Zivile Rechtshilfe und Art. 271 Strafgesetzbuch, in: ZSR 4/2015, S. 359 ff., S. 395). Dies muss auch dann gelten, wenn es sich beim fraglichen Dokument um ein von der betreffenden Verfahrenspartei zu veranlassendes Expertengutachten handelt.

#### **E. 10**

Im vorliegenden Fall erfolgt die beantragte Herausgabe von Dokumenten somit nicht im Rahmen eines rechtshilfebedürftigen Verfahrensschrittes. Eine mit einer Androhung strafrechtlicher Sanktionen verbundene Anordnung des ausländischen Gerichts liegt in casu nicht vor. Das Gericht hat mit der erwähnten order vom [...] lediglich eine Beweisverfügung im Sinne von Art. 154 ZPO erlassen. Diese hält fest, welche Beweismittel welcher Verfahrensparteien zu welchen Fragen zugelassen werden. Gemäss den Ausführungen im Gesuch enthält die

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

4

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

#### **E. 11**

Für die Frage, ob die Herausgabe von Dokumenten durch eine Prozesspartei unter Art. 271 Ziff. 1 StGB fällt, ist es unerheblich, woher die betreffenden Dokumente stammen. Denkbar ist lediglich, dass die Beschaffung der Dokumente ihrerseits den Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 StGB erfüllt. Eine materielle Amtshandlung im Sinne von Erw. 8 hiervoor kann jedoch erst gegeben sein, wenn die betreffende Prozesspartei bei der Beschaffung der Dokumente wie ein Gerichtsorgan auftritt und eine eigentliche Beweiserhebung durchführt (vgl. GAUTHEY/MARKUS, a.a.O., S. 375). Ein blosses Ersuchen um Zurverfügungstellung von Unterlagen ist nicht erfasst. Die herrschende Lehre zur Frage der Zulässigkeit der Beschaffung von Beweismitteln im Kontext von Art. 271 StGB geht denn auch dahin, dass Handlungen, die im Rahmen eines innerstaatlichen Verfahrens auch durch Private vorgenommen werden dürfen, nicht unter den Straftatbestand fallen können, wenn sie im Hinblick auf ein ausländisches Gerichtsverfahren erfolgen (vgl. HUSMANN, a.a.O., N 26 ff. und 34 m. Hinw., sowie zum Ganzen VPB 2016.7, S. 60, und 2016.3, S. 36).

#### **E. 12**

Die order vom [...] überlässt es den Verfahrensparteien, einen geeigneten Experten zu bestimmen und diesen zu instruieren und zu entschädigen. Sie ermächtigt die Parteien in keiner Weise, eine Person hoheitlich als Experten zu verpflichten. Vielmehr ist mit der auserwählten Person ein privatrechtlicher Vertrag abzuschliessen. Auch ist es nicht so, dass die privatrechtliche Mandatierung eines Experten im Auftrag des Gerichts erfolgen soll. Die order vom [...] hält lediglich fest, dass die Aussagen eines von den genannten Parteien mandatierten Experten grundsätzlich als Beweismittel zugelassen werden. Im Gesuch wird denn auch darauf hingewiesen, dass es sich bei dem in der order erwähnten report um ein reines Partei-gutachten handelt.

#### **E. 13**

Auch der Experte selbst würde keine Handlungen vornehmen, die den Schweizer Behörden vorbehalten wären. Zum einen würde er wie gesagt nicht im Auftrag des Gerichts oder einer für dieses handelnden Person aktiv werden. Zum andern würden sich seine Handlungen in der Schweiz darauf beschränken, sein Erfahrungswissen zu den Usancen in der schweizerischen Private banking-Branche in dem für die Streitsache relevanten Bereich zu Papier zu bringen (zur Bewilligungspflicht einer Gutachtertätigkeit: GAUTHEY/MARKUS, a.a.O., S. 378 f.).

#### **E. 14**

Die in den Ziff. ii - iv genannten Handlungen (siehe Erw. 4 hiervor) sollen offensichtlich in England und nicht auf Schweizer Boden stattfinden. Allfällige Vorladungen zu den betreffenden Sitzungen sind nicht Gegenstand des vorliegenden Gesuchs. Im Übrigen ist die Gesuchstellerin vor Ort durch eine englische Anwaltskanzlei vertreten, so dass davon ausgegangen werden darf, dass sämtliche Zustellungen an diese erfolgen.

#### **E. 15**

Es ergibt sich demnach, dass die in Erw. 4 f. genannten Handlungen, so wie sie im Gesuch dargestellt werden, den Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB nicht erfüllen.  
Dasselbe

5

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

#### **E. 16**

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

Gestützt darauf wird verfügt: I. In Gutheissung des Gesuchs wird festgestellt, dass die darin umschriebenen Handlungen ("HANDLUNGEN") keiner Bewilligung im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches bedürfen.

II. Die Kosten dieses Verfahrens betragen CHF [...] und werden der Gesuchstellerin auferlegt. Der Anspruch wird mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss

verrech- net. EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT

Simonetta Sommaruga Departementsvorsteherin

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

6

Einschreiben mit Rückschein ■ Gesuchstellerin (Rechtsvertreter)

Kopie per A-Post ■ Bundesanwaltschaft ■ Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten, Direktion für Völkerrecht ■ Eidgenössisches Finanzdepartement ■ Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 2016.8 - Erteilung einer Bewilligung im Sinne von Artikel 271 Ziffer 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (StGB, SR 311.0) In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2016 Année Anno Band - Volume Volume Seite 62-70 Page Pagina Ref. No 150 000 341 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.