

NIEDERER KRAFT FREY

Kooperation mit ausländischen Behörden

Art. 271 StGB: Was gilt heute?

6. EIZ Tagung zu internen und regulatorischen Untersuchungen

Philipp Candreia

Zürich — 2. Oktober 2019

I. Allgemeine Entwicklungen seit «*U.S. Program*»

II. Aktuelle Rechtsprechung

III. Erkenntnisse

I. Allgemeine Entwicklungen

Starke Sensibilisierung für StGB 271, aber wenig Klärung

1. Gerichte

- Kontinuierlich wenige Verurteilungen:

Jahr	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Verurteilungen	0	1	0	0	0	0	1	0	0

(Quelle: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht/strafjustiz/jugend-erwachsenenurteile.assetdetail.8946538.html>)

- Anzahl Verfahren höher: Freisprüche und nicht rechtskräftige Urteile nicht erfasst
- Bundesanwaltschaft gewillt, Verfahren durchzuführen. Gerichte ringen jedoch mit Strafbedürftigkeit im Einzelfall
 - Verbotsirrtum, Freispruch BStGer (9. Mai 2018, SK.2017.64), Rückweisung durch BGer (4. Dezember 2018, 6B_804/2018); Verurteilung durch BStGer, aber zu anderer als gesetzlich vorgesehener Strafe (Busse) (Art. 48a Abs. 2 StGB) (2. Mai 2019, SK.2018.71). Berufungsverhandlung 5. Dezember 2019
 - Art. 52 StGB: fehlendes Strafbedürfnis, Einstellung des Verfahrens BStGer (6. Oktober 2017, SK.2017.16/TPF 2018 16), von BGer zurückgewiesen (28. Mai 2018, 6B_117/2018); von BStGer verurteilt wegen Verletzung von Art. 271, aber Verzicht auf Bestrafung (18. Dezember 2018, SK.2018.28)
- Weite und «kreative» Auslegung der objektiven Tatbestandselemente (z.B. BStGer vom 9. Mai 2018, SK.2017.64)
- Zwei-Instanzen-Prinzip: Seit 1. Januar 2019 Berufungskammer beim BStGer

I. Allgemeine Entwicklungen

2. Behörden

- Behördenpraxis heterogen und mit Abschaffung VPB per 1. Januar 2018 weniger transparent
- Zurückhaltung bei «*Negative Clearances*» und Auskünften
- Zurückhaltende Bewilligungspraxis?
 - Umgehung der Amts- und Rechtshilfe? Unterschiedliche Praxis verschiedener Behörden (insb. bei ausl. öffentlich-rechtlichen Verfahren und (Melde-)Pflichten)
 - Geringeres Bedürfnis nach Bewilligungen? Datenschutz / Geheimnisschutz Dritter
- Wegleitungen Internationale Rechtshilfe in Zivilsachen (Stand 2013) / Strafsachen (Stand 2010). Grosse Bedeutung in Praxis, nicht aktualisiert

3. Gesetz / Staatsvertragsrecht

- Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz (ZSSG) verworfen 2015, aber gesetzliche Grundlagen in spezifischen Bereichen: z.B. Art. 42c FINMAG; Grenzüberschreitende Verwaltungszusammenarbeit / Zustellung Schriftstücke (AS 2019 975)

I. Allgemeine Entwicklungen seit «*U.S. Program*»

II. Aktuelle Rechtsprechung

III. Erkenntnisse

II. Aktuelle Rechtsprechung

Vorbemerkung:

- BStGer vom 9. Mai 2018 (BStGer vom 9. Mai 2018, SK.2017.64) auf Beschwerde hin Rückweisung durch BGer (Urteil vom 4. Dezember 2018, 6B_804/2018); BStGer Urteil (Verurteilung) vom 2. Mai 2019, SK.2018.71; Berufungsverhandlung 5. Dezember 2019
- BGer äusserte sich im Urteil vom 4. Dezember 2018 nicht zu den Begründungen des BStGer, sondern bloss zum Verbotsirrtum

Themen:

- Hoheitliches Handeln
 - (Mehr oder weniger) freiwilliges Übermitteln von Dokumenten und Informationen
 - Übermittlung identifizierender Drittinformationen / *Ordre Public*
 - Beschaffung und Bearbeitung «eigener» Unterlagen
- Handeln auf schweizerischem Gebiet
 - Daten bereits bestimmungsgemäss ausserhalb der Schweiz vorhanden
 - Antritt der Reise in der Schweiz?
- Rechtswidrigkeit / Schuld: (vermeidbarer) Verbotsirrtum; Notstand

«Freiwilligkeit»

«Entgegen vereinzelter Meinungen in der Literatur [...] kommt dem Umstand, dass die Datenherausgabe freiwillig erfolgt sein soll, keine tatbestandsausschliessende Wirkung zu. Zum einen enthält die Umschreibung des Tatbestands keine Anhaltspunkte dafür, dass in Bezug auf die Herausgabe von Unterlagen nur eine unter Androhung von Nachteilen erfolgte Handlung tatbestandsmässig sein soll. Ein solches Kriterium ergibt auch deshalb keinen Sinn, weil der Tatbestand das Rechtsgut der schweizerischen Souveränität schützt, es mithin – zumindest in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten – nicht im Belieben eines Privaten stehen kann, ob er Unterlagen nicht auf dem Amts oder Rechtshilfeweg, sondern freiwillig zuhänden eines ausländischen Staates aushändigt.» (BStGer vom 9. Mai 2018, SK.2017.64, E. 4.2.4)

- Freiwilligkeit kein relevantes Kriterium und kein «*Safe Harbour*»
- BStGer anerkennt, dass zumindest in Zivil- und Handelssachen freiwillige Herausgabe von Informationen oder Unterlagen grundsätzlich nicht rechtshilfebedürftig ist und damit Art. 271 StGB nicht verletzt (E.4.2.5)
 - Öffentlich-rechtliche Verfahren und Strafsachen nicht spezifisch adressiert. BStGer lehnt aber explizit Argument ab, dass (auch in öffentlich-rechtlichen Verfahren) Offenlegen von Informationen auf Verlangen nicht tatbestandsmässig sei, weil keine hoheitliche Handlung vorgenommen, sondern höchstens auf solche reagiert werde (E. 4.2.4)
 - Gilt *Ordre Public* Vorbehalt auch bei freiwilliger Einreichung von identifizierenden Drittinformationen in Zivilsachen?

Übermitteln identifizierender Drittinformationen / *Ordre Public*

«Tatbestandsmässig im Sinne von Art. 271 StGB verhält sich demnach insbesondere, wer Dritte betreffende Informationen, die vom schweizerischen **ordre public** geschützt sind, an eine ausländische Behörde ausserhalb des Amts- oder Rechtshilfewegs bzw. ohne Bewilligung herausgibt. Zum *ordre public* gehört dem Grundsatz nach auch das schweizerische Bankgeheimnis.» (BStGer vom 9. Mai 2018, SK.2017.64, E. 4.2.7)
[Hervorhebungen hinzugefügt]

- BStGer: Art. 271 StGB immer berührt, wenn Unterlagen identifizierende Information über Dritte enthalten, die Individualrechte tangieren, welche durch den schweizerischen *Ordre Public* geschützt werden: Souveränität der Schweiz tangiert
- Eingrenzung gegenüber EJPD in VPB 2016.4, wo grundsätzlich sämtliche identifizierenden Drittinformationen erfasst
- Bankgeheimnis gehört «*dem Grundsatz nach*» zum *Ordre Public* (E. 4.2.7). Auch bei Zustimmung der Kunden? Was fällt sonst unter (diesen) *Ordre Public*? Datenschutz? / Geheimnisschutz?
- *Ordre Public* hier Fremdkörper. Vermischung Art. 271 StGB, Art. 47 BankG, Art. 273 StGB und Rechtshilferecht

Beschaffung «eigener» Unterlagen

«Im Schrifttum wird die Meinung vertreten, dass die Informationsbeschaffung nicht tatbestandsmässig sei, wenn eine solche auch für ein Verfahren vor Schweizer Behörden zulässig wäre [...]. Dieser Auffassung kann in Bezug auf Konstellationen gefolgt werden, in denen die Person, welche die betreffenden **Daten** beschafft, **an diesen berechtigt** ist. Soweit eine Informationsbeschaffung durch eine interne Untersuchung erfolgt und **keine Unterlagen von Dritten beschafft** werden, liegt demgemäss in objektiver Hinsicht kein tatbestandsmässiges Verhalten im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 StGB vor.» (BStGer vom 9. Mai 2018, SK.2017.64, E. 4.2.1) [Hervorhebungen hinzugefügt]

- Informationsbeschaffung zulässig, sofern «*die Person, welche die betreffenden Daten beschafft, an diesen berechtigt ist.*» (E. 4.2.1)
 - Beschaffung eigener Unterlagen entsprechend möglich, auch wenn identifizierende Informationen über Dritte (z.B. Mitarbeiter)
 - Klärung gegenüber VPB 2016.4 (und Behördenauskunft), wo Unterscheidung gemacht wurde zwischen Erhebung und Übermittlung von eigenen Informationen vs. Erhebung und Übermittlung identifizierender Informationen über Dritte
 - Aber: «[...] und keine Unterlagen von Dritten beschafft werden»: Auch, wenn der Beschaffende an den Unterlagen berechtigt ist (diese sich aber dennoch nicht in seinen Händen befinden)?
- Bei *Übermittlung* der Daten sind *Ordre-Public* Vorbehalt (s.o.) sowie Daten- und Geheimnisschutz zu beachten

Territorialität: Daten auch im Ausland vorhanden (1/2)

«Argumentiert wird, dass Daten, die sich auch bereits im Ausland befunden hätten (und nicht zum Zwecke der Datenweitergabe ins Ausland gebracht worden seien), nicht durch den Schutzzweck des Tatbestands gedeckt seien [...]. Auch diese Auffassung ist vorliegend nicht einschlägig, da sich die Daten in casu zu einem grossen Teil auf einem Server in der Schweiz befanden und die diesbezüglichen Daten auch von den Schweizer Anlageberatern in der Schweiz abgerufen wurden [...], mithin die **Daten sich bestimmungsgemäss in der Schweiz befanden**. Was die [...] aus dem Ausland zugezogenen einzelnen Dokumente betrifft, wurden diese mit der Aufnahme ins Dossier Teil des [...] Datensatzes, der **insgesamt als genuin aus der Schweiz stammend** zu betrachten ist. Angesichts dieser Umstände liegt der **Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit, welche im Zusammenhang mit den Daten steht, in der Schweiz, [...]**. Mithin handelt es sich bei den inkriminierten Daten um einen in Bezug auf Art. 271 Ziff. 1 StGB **relevanten Beziehungsgegenstand**.» (BStGer vom 9. Mai 2018, SK.2017.64, E. 4.2.2) [Hervorhebungen hinzugefügt]

Territorialität: Daten auch im Ausland vorhanden (2/2)

- Schützt Art. 271 StGB auch die Beschaffung und Übermittlung von Informationen und Dokumenten, die sich auch *bereits im Ausland* befinden (und nicht zum Zwecke der Datenweitergabe ins Ausland gebracht wurden)?
 - Lehre (z.T.): Art. 271 StGB nicht berührt,
 - selbst wenn Daten letztlich aus der Schweiz heraus geliefert werden (GRAF, GesKR 2016, p. 179); bzw.
 - (unbestritten) zumindest wenn Daten letztlich aus dem Ausland übermittelt.
 - BStGer erachtet Lehre im konkreten Fall als nicht einschlägig
- Allein *Dateninhalt* massgebend? «*Relevanter Beziehungsgegenstand*» auch gegeben, wenn Daten im Ausland erhoben (und nicht zum Zwecke der Datenweitergabe ins Ausland gebracht wurden) und aus dem Ausland übermittelt werden, sofern «*Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit, welche im Zusammenhang mit den Daten steht, in der Schweiz*»?
- Argumentation BStGer weder klar noch hinreichend begründet

Territorialität: Antritt der Reise in der Schweiz

«Der Tatbestand setzt weiter voraus, dass die Handlung auf schweizerischem Gebiet erfolgt ist. Der Transport und die Weitergabe der inkriminierten Daten sind insgesamt als eine Handlung zu betrachten. Diese ist mit dem Antritt der Reise teilweise in der Schweiz erfolgt. Das diesbezügliche Tatbestandsmerkmal ist somit gegeben (vgl. *mutatis mutandis* BGE 104 IV 175 E. 3a).» (BStGer vom 9. Mai 2018, SK.2017.64, E. 4.2.3)

- Nach BStGer auch allein Antritt der Reise in der Schweiz zur Beweiserhebung im Ausland strafbar?
- Nur bei Mitnahme von Dokumenten oder auch Reise zu blossem Interview «nach Gedächtnis»?
- Lehre und Praxis gehen bisher davon aus, dass das Vorbereiten und Antreten der Reise ins Ausland zwecks Beweiserhebung grundsätzlich *keine* «*Amtshandlung*» darstellt: Handlungseinheit allein durch Antritt der Reise zu verneinen

Rechtswidrigkeit / Schuld

- Hohe Hürden für entschuldbaren **Verbotsirrtum**: Verlass auf Rechtsgutachten nach BStGer nicht hinreichend für Schuldausschluss. «*Dieser [Verbotsirrtum] sei [nach Bundesgericht] jedoch vermeidbar gewesen, da die beiden Rechtsauskünfte aufgrund ihrer (in den Urteilen der Strafkammer und des Bundesgerichts thematisierten) Mängel einen gewissenhaften Menschen zur Vorsicht gemahnt und zu weiteren behördlichen Abklärungen veranlasst hätten.*» (BStGer vom 2. Mai 2019, SK.2018.71, E. 2.4.3.2)
- **Notstand** BStGer: Keine unmittelbare Gefahr bei möglichem Strafverfahren in den USA, da «*seitens des DoJ weder Fristen für die Lieferung von Kundendossiers gesetzt noch irgendwelche Sanktionen oder sonstige Nachteile in Aussicht gestellt [wurden] für den Fall, dass die Daten nicht geliefert würden. [...]. Seine Befürchtung ging vielmehr dahin, dass ein solches Verfahren dazu geführt hätte, dass die B. AG «wahrscheinlich» das Vertrauen der Kunden verloren hätte und deshalb «allenfalls» in eine existenzbedrohliche Lage geraten wäre [...]. Angesichts dieser Umstände kann allenfalls von einer langfristig drohenden Gefahr für die Existenz der B. AG gesprochen werden. Eine unmittelbare Gefahr bestand jedenfalls nicht.*» (BStGer vom 2. Mai 2019, E. 4.3.6)

I. Allgemeine Entwicklungen seit «*U.S. Program*»

II. Aktuelle Rechtsprechung

III. Erkenntnisse

III. Erkenntnisse

**«Da steh' ich nun, ich armer Tor,
Und bin so klug als wie zuvor!»**

- Starke Sensibilisierung für StGB 271, aber wenig Klärung
 - Keine klare oder einheitliche Behörden- und Gerichtspraxis
 - Unklarheiten auf allen Ebenen: Siehe z.B. Umgang mit «*Questionnaires*» der italienischen Steuerbehörden
 - z.T. auch der konkreten Interessenlage der Parteien geschuldet
 - Vermeintliche «*Safe Harbours*» durch BStGer in Frage gestellt (Freiwilligkeit; Antritt der Reise zur Beweiserhebung im Ausland; Daten (auch) im Ausland vorhanden)
 - Tendenz, Dateninhalt bei Territorialität stärker zu gewichten
 - Weite Auslegung des objektiven Tatbestandes, dafür(?) oft geringes Strafmass
- Letztlich derzeit **nur Risikofaktoren bekannt** (insb. Freiwilligkeit / Zwang, Dateninhalt betrifft einen selbst / andere, Daten stammen aus eigenem Bestand / wurden von Dritten eingeholt, Zivilverfahren / Straf- oder Verwaltungsverfahren, ausländisches Verfahren in eigener oder fremder Sache), aber keine Kriterien, die eine Strafbarkeit klar ausschliessen (*Safe Harbours*) oder klar begründen

VIELEN DANK



Dr. Philipp Candreia
philipp.candreia@nkf.ch
D +41 58 800 84 29

NKF

Niederer Kraft Frey Ltd Bahnhofstrasse 53 CH-8001 Zurich T +41 58 800 80 00 F +41 58 800 80 80 nkf.ch