

Urteilkopf

148 IV 66

7. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. A. gegen Bundesanwaltschaft (Beschwerde in Strafsachen) 6B_216/2020 vom 1. November 2021

Regeste (de):

Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB; verbotene Handlungen für einen fremden Staat.

Der Straftatbestand soll die Ausübung fremder Staatsgewalt auf dem Gebiet der Schweiz verhindern und das staatliche Machtmonopol sowie die schweizerische Souveränität schützen (E. 1.4.1). Eine Handlung, die mit einer Verletzung oder Umgehung des schweizerischen oder internationalen Amts- oder Rechtshilferechts einhergeht bzw. die gemäss Amts- und Rechtshilferecht im Zuständigkeitsbereich einer schweizerischen Behörde bzw. Amtsperson liegt, wird von Art. 271 Ziff. 1 StGB erfasst. Die Herausgabe von Informationen und Unterlagen, die in der Schweiz einzig auf hoheitliche Anordnung hin rechtmässig herausgegeben werden dürfen, tangiert das von Art. 271 StGB geschützte Rechtsgut. Betroffene dürfen nur Akten herausgeben, über die sie frei verfügen dürfen. Nicht frei verfügt werden darf über nicht öffentlich zugängliche, identifizierende Informationen über Dritte (E. 1.4.2). Dass die herauszugebenden Informationen bestimmungsgemäss auch in einem Drittstaat gespeichert sind, führt zu keiner anderen Beurteilung (E. 1.4.3).

Regeste (fr):

Art. 271 ch. 1 al. 1 CP; actes exécutés sans droit pour un Etat étranger.

L'infraction vise à empêcher l'exercice de la puissance publique d'un Etat étranger sur le territoire suisse et à protéger le pouvoir exclusif de l'Etat ainsi que la souveraineté de la Suisse (consid. 1.4.1). Un acte qui viole ou élude le droit suisse ou international en matière d'entraide administrative ou judiciaire ou qui, selon le droit en matière d'entraide administrative ou judiciaire, relève de la compétence d'une autorité, respectivement d'un fonctionnaire, suisse, est appréhendé par l'art. 271 ch. 1 CP. La remise d'informations et de documents qui, en Suisse, ne peuvent être remis légalement que sur injonction administrative, touche au bien juridique protégé par l'art. 271 CP. Les personnes concernées ne peuvent remettre que des documents dont elles peuvent disposer librement. Il n'est pas possible de disposer librement d'informations permettant d'identifier des tiers qui ne sont pas accessibles au public (consid. 1.4.2). Le fait que les informations à remettre soient également enregistrées dans un tiers Etat, conformément à l'usage prévu, ne conduit pas à une autre appréciation (consid. 1.4.3).

Regesto (it):

Art. 271 n. 1 cpv. 1 CP; atti compiuti senza autorizzazione per conto di uno Stato estero.

Il reato intende impedire che uno Stato estero eserciti la propria autorità sul territorio svizzero e tutelare il monopolio del potere statale come pure la sovranità della Svizzera (consid. 1.4.1). L'art. 271 n. 1 CP ingloba l'atto che comporta una violazione o un'elusione del diritto svizzero o internazionale in materia di assistenza amministrativa o giudiziaria, rispettivamente che compete, secondo il diritto dell'assistenza amministrativa o giudiziaria, a un'autorità o a un funzionario svizzeri. La consegna di informazioni o di documenti che in Svizzera possono essere trasmessi lecitamente unicamente su ordine dell'autorità lede il bene giuridico tutelato dall'art. 271 CP. Gli interessati possono trasmettere unicamente i documenti di cui possono disporre liberamente. Non è dato di disporre liberamente delle informazioni che identificano terzi non pubblicamente accessibili (consid. 1.4.2). Nulla muta al riguardo che le informazioni da trasmettere siano, per l'uso previsto, memorizzate anche in un terzo Stato (consid. 1.4.3).

BGE 148 IV 66 S. 67

A.

A.a Der Verwaltungsrat der B. AG, einer in Zürich domizilierten Vermögensverwaltungsgesellschaft, liess im Zuge des Steuerstreits zwischen der Schweiz und den USA die Kundenbeziehungen überprüfen. Die Prüfung ergab, dass die B. AG und ihre Tochtergesellschaften zwischen 2002 und 2012 über eine gewisse Zahl von Kunden verfügten, die sich in den USA eventuell nicht regelkonform versteuert hatten. In der Folge beauftragte A. in seiner Funktion als Verwaltungsratspräsident der B. AG eine Anwaltskanzlei sowie einen Mitarbeiter der B. AG, Dossiers von in den USA mutmasslich steuerpflichtigen Kunden zusammenzustellen. Im Oktober 2012

BGE 148 IV 66 S. 68

reichte A. eine Selbstanzeige beim amerikanischen Justizdepartement (Departement of Justice; nachfolgend: DoJ) ein. Dieses lehnte ein Gesuch um Herausgabe der betreffenden Kundendossiers auf dem Rechts- und Amtshilfeweg ab. Im Hinblick auf ein sog. Non Prosecution Agreement (nachfolgend: NPA) reiste A. schliesslich Mitte November 2013 in die USA und liess dem DoJ - ohne über eine Bewilligung im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 StGB zu verfügen - durch einen Rechtsanwalt einen USB-Stick mit insgesamt 109 Kundendossiers der B. AG sowie deren Tochtergesellschaften übergeben.

A.b Am 28. April 2015 erstattete die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) bei der Bundesanwaltschaft Anzeige gegen die Verantwortlichen der B. AG sowie allfällige weitere involvierte Personen. Die Bundesanwaltschaft verurteilte A. mit Strafbefehl vom 19. September 2017 wegen verbotener Handlung für einen fremden Staat (Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) zu einer bedingten Geldstrafe von 160 Tagessätzen zu Fr. 1'650.- und zu einer Busse von Fr. 10'000.-. Auf Einsprache von A. hin erhob die Bundesanwaltschaft am 17. November 2017 Anklage.

A.c Die Strafkammer des Bundesstrafgerichts sprach A. am 9. Mai 2018 frei.

A.d Das Bundesgericht hiess die von der Bundesanwaltschaft erhobene Beschwerde in Strafsachen am 4. Dezember 2018 gut, hob das Urteil des Bundesstrafgerichts vom 9. Mai 2018 auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an die Strafkammer des Bundesstrafgerichts zurück (Verfahren 6B_804/2018).

B.

B.a Die Strafkammer des Bundesstrafgerichts verurteilte A. am 2. Mai 2019 wegen verbotener Handlung für einen fremden Staat zu einer Busse von Fr. 10'000.- und auferlegte ihm die Verfahrenskosten.

B.b Die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts wies am 5. Dezember 2019 die von A. erhobene Berufung ab, bestätigte das erstinstanzliche Urteil und auferlegte ihm die Verfahrenskosten.

C. A. beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, das Urteil der Berufungskammer des Bundesstrafgerichts sei aufzuheben und er sei vom Vorwurf der verbotenen Handlungen für einen fremden Staat freizusprechen. Eventualiter sei das Urteil aufzuheben und die
BGE 148 IV 66 S. 69

Sache sei zum Freispruch an die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts zurückzuweisen. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. (...)

1.4

1.4.1 Gemäss Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB wird bestraft, wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen. Durch die Bestimmung sollen die Ausübung fremder Staatsgewalt auf dem Gebiet der Schweiz verhindert und das staatliche Machtmonopol und die schweizerische Souveränität geschützt werden (Urteile 6B_804/2018 vom 4. Dezember 2018 E. 3; 6B_402/2008 vom 6. November 2008 E. 2.3.2 mit Hinweis; siehe auch Urteil 8G.125/2003 vom 9. Dezember 2003 E. 1.3; MARKUS

HUSMANN, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. II, 4. Aufl. 2019, N. 6 zu Art. 271 StGB; GAUTHEY/MARKUS, Zivile Rechtshilfe und Artikel 271 Strafgesetzbuch, ZSR 134/2015 I S. 366; FISCHER/RICHA, in: Commentaire romand, Code pénal, Bd. II, 2017, N. 8 zu Art. 271 StGB; YOLANDA MC GOUGH, Verbotene Handlungen für einen fremden Staat, 2018, S. 9 f. Rz. 18). Damit ist stets der Staat Träger des geschützten Rechtsguts; private Personen können nur indirekt betroffen sein (Urteil 8G.125/2003 vom 9. Dezember 2003 E. 1.3; HUSMANN, a.a.O., N. 6 zu Art. 271 StGB). Angegriffen wird mit einer Verletzung der Bestimmung der Anspruch der Schweiz, dass staatliches Handeln auf ihrem Gebiet allein durch ihre Institutionen vorgenommen wird. Im Fokus steht heute zumeist die Frage der Amts- und Rechtshilfebedürftigkeit von Handlungen in Zusammenhang mit ausländischen Rechtsordnungen und Verfahren (vgl. HUSMANN, a.a.O., N. 8 und 27 zu Art. 271 StGB; siehe E. 1.4.2). Eine einer Behörde oder einem Beamten zukommende Handlung ist - unbekümmert, ob ein Beamter dabei tätig wurde - jede Handlung, die für sich betrachtet, d.h. nach ihrem Wesen und Zweck sich als Amtstätigkeit charakterisiert. Entscheidend ist mithin nicht die Person des Täters, sondern der amtliche Charakter der Handlung (BGE 114 IV 128 E. 2b mit Hinweisen; HUSMANN, a.a.O., N. 10, N. 12 und 23 zu Art. 271 StGB; DAMIAN K. GRAF, Mitwirkung in ausländischen Verfahren im Spannungsfeld mit Art. 271 StGB, Unter Berücksichtigung der BGE 148 IV 66 S. 70

jüngsten Bewilligungspraxis von EJPD und EFD, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht [GesKR] 2016 S. 171; OESTERHELT/FRACHEBOUD, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Amtshilfe, 2020, § 29 N. 16 ff.; MC GOUGH, a.a.O., S. 47 ff. Rz. 103 ff.; DAVID ROSENTHAL, in: Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Rosenthal/Jöhri [Hrsg.], 2008, N. 6 zu Art. 271 StGB). Die strafbare Handlung muss für einen fremden Staat, d.h. in dessen Interesse erfolgen (BGE 114 IV 128 E. 3b; HUSMANN, a.a.O., N. 14 zu Art. 271 StGB; GRAF, a.a.O., S. 172; OESTERHELT/FRACHEBOUD, a.a.O., § 29 N. 26; DUPUIS UND ANDERE, CP, Code pénal, 2. Aufl. 2017, N. 14 zu Art. 271 StGB). Der Tatbestand erfasst nur diejenigen Handlungen, die ohne staatliche Bewilligung vorgenommen werden. Über entsprechende Bewilligungen nach Art. 271 Ziff. 1 StGB zur Vornahme von Handlungen für einen fremden Staat entscheiden die Departemente und die Bundeskanzlei in ihrem Bereich (Art. 31 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV; SR 172.010.1; in der bis zum 31. Dezember 2013 geltenden Fassung]; GRAF, a.a.O., S. 172 f.; siehe ausführlich zu den Bewilligungen OESTERHELT/FRACHEBOUD, a.a.O., § 29 N. 34 ff.; HUSMANN, a.a.O., N. 78 ff. zu Art. 271 StGB; FISCHER/RICHA, a.a.O., N. 38 ff. zu Art. 271 StGB; MC GOUGH, a.a.O., S. 137 ff. Rz. 359 ff.). Die betreffende Handlung muss auf schweizerischem Gebiet stattgefunden haben. Dabei genügt es nach herrschender Lehre, dass nur ein Teil der strafbaren Handlungen in der Schweiz vorgenommen wurde (OESTERHELT/FRACHEBOUD, a.a.O., § 29 N. 22 ff. und N. 73; FISCHER/RICHA, a.a.O., N. 36 zu Art. 271 StGB; ROSENTHAL, a.a.O., N. 34 zu Art. 271 StGB; DUPUIS UND ANDERE, a.a.O., N. 13 zu Art. 271 StGB).

1.4.2 Vorliegend ist unbestritten, dass die Handlung des Beschwerdeführers, das heisst, die Übergabe der Kundendossiers an das DoJ, im Interesse der USA und für einen fremden Staat, auf schweizerischem Gebiet und ohne Bewilligung erfolgte. Umstritten und damit zu prüfen ist, ob die Handlung einer Behörde oder einem Beamten vorbehalten ist, sie mit anderen Worten amtlichen Charakter hat. Die Qualifikation einer Handlung als Amtshandlung hat nach schweizerischer Rechtsauffassung zu erfolgen (vgl. BGE 114 IV 128 E. 2c; GAUTHEY/MARKUS, a.a.O., S. 368; MC GOUGH, a.a.O., S. 48 Rz. 105; ROSENTHAL, a.a.O., N. 6 zu Art. 271 StGB; HUSMANN, a.a.O., N. 23 und 27 zu Art. 271 StGB; FISCHER/RICHA, a.a.O., N. 7 zu Art. 271 StGB; OESTERHELT/FRACHEBOUD, a.a.O., § 29 N. 16). Für die Auslegung der Tathandlung ist das geschützte Rechtsgut massgebend.
BGE 148 IV 66 S. 71

Bei der Bestimmung des strafbaren Charakters einer Handlung ist danach zu fragen, ob die betreffende Handlung geeignet ist, die "staatliche Herrschaftssphäre" zu gefährden (vgl. MC GOUGH, a.a.O., S. 75 Rz. 180; HUSMANN, a.a.O., N. 30 zu Art. 271 StGB). In der Doktrin werden die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien der verbotenen Handlung weiter konkretisiert (vgl. bspw. HUSMANN, a.a.O., N. 23 ff. zu Art. 271 StGB). Darauf braucht vorliegend jedoch nicht im Detail eingegangen zu werden, da in der Lehre weitestgehend unbestritten ist, dass eine Handlung, die mit einer Verletzung oder Umgehung des schweizerischen oder internationalen Amts- oder Rechtshilferechts einhergeht bzw. die gemäss Amts- und Rechtshilferecht im Zuständigkeitsbereich einer schweizerischen Behörde bzw. Amtsperson liegt, von Art. 271 Ziff. 1 StGB erfasst wird (HUSMANN, a.a.O., N. 27 und N. 31 zu Art. 271 StGB; OESTERHELT/FRACHEBOUD, a.a.O., § 29 N. 7 f.; ROSENTHAL, a.a.O., N. 1 zu Art. 271 StGB; CLAUDIO BAZZI, Internationale

Wirtschaftsspionage, 2015, S. 186 ff. Rz. 368 ff.; GAUTHEY/MARKUS, a.a.O., S. 394 ff.; relativierend bezüglich Privatpersonen: MC GOUGH, a.a.O., S. 75 f. Rz. 181). Eine Umgehung der Amts- oder Rechtshilfe durch eine schweizerische Partei stellt kein Vorschubleisten i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 Abs. 3 StGB, sondern die originäre Handlung i.S.v. Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB dar (vgl. GRAF, a.a.O., S. 178 f.; HUSMANN, a.a.O., N. 40 zu Art. 271 StGB; GAUTHEY/MARKUS, a.a.O., S. 394 f.). Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, wird in der Lehre ausführlich darüber diskutiert, ob und inwieweit die Sammlung von Dokumenten im Hinblick auf ein ausländisches Verfahren und deren anschliessende Einreichung strafbar sein kann. Darauf, wie auf alle denkbaren Konstellationen braucht vorliegend nicht im Detail eingegangen zu werden. Massgebend ist, dass die Herausgabe von Informationen und Unterlagen, die in der Schweiz lediglich auf hoheitliche Anordnung hin rechtmässig herausgegeben werden können, das von Art. 271 StGB geschützte Rechtsgut tangiert (vgl. HUSMANN, a.a.O., N. 40 zu Art. 271 StGB; BAZZI, a.a.O., S. 188 Rz. 370). In sämtlichen Konstellationen dürfen nur Akten und Informationen herausgegeben werden, über die frei verfügt werden kann. Nur der Amts- oder Rechtshilfeweg bietet ein prozessuales Gefäss, in welchem Geheimhaltungs- und Offenlegungspflichten einander gegenübergestellt und der Spezialitätsgrundsatz gewährleistet werden können (GAUTHEY/MARKUS, a.a.O., S. 396; HUSMANN, a.a.O., N. 45 zu Art. 271 StGB; BAZZI, a.a.O., S. 189 f. Rz. 373). Nicht frei verfügt

BGE 148 IV 66 S. 72

werden kann über nicht öffentlich zugängliche, identifizierende Informationen über Dritte (HUSMANN, a.a.O., N. 45 zu Art. 271 StGB; vgl. die bei GRAF, a.a.O., S. 183 wiedergegebenen, unveröffentlichten Verfügungen des Eidgenössischen Finanzdepartements [EFD]; kritisch GRAF, a.a.O., S. 183 ff.).

1.4.3 Gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen enthielten die vom Beschwerdeführer übergebenen Dateien ausschliesslich Unterlagen betreffend Kunden der B.-Gruppe, die potenziell steuerrechtlich relevant sind. Die Bankunterlagen der Kunden wurden der B. AG als Vermögensverwalterin gestützt auf die vertragliche Beziehung originär in der Schweiz von den Banken in Kopie zur Verfügung gestellt. Die Bankunterlagen waren der B. AG unter klaren Vertragsbedingungen anvertraut. Der Beschwerdeführer war folglich nicht berechtigt, die Drittpersonen betreffenden Unterlagen direkt an das DoJ zu übermitteln. Vielmehr hätte Letzteres den Amts- bzw. Rechtshilfeweg beschreiten und die Dateien über die zuständigen schweizerischen Behörden bei der B. AG als Informationsträgerin mit Sitz in der Schweiz herausfordern müssen. Indem der Beschwerdeführer dem DoJ die Unterlagen in Umgehung des Amts- bzw. Rechtshilfewegs direkt übermittelte, nahm er eine Handlung für einen fremden Staat vor, die den schweizerischen Behörden vorbehalten war. Inwiefern der Umstand, dass die Daten bestimmungsgemäss auch in einem Drittstaat gespeichert waren, zu einer anderen Beurteilung führen soll, ist nicht ersichtlich. Der Beschwerdeführer übersieht bei seiner Argumentation, dass bei der Bestimmung des strafbaren Charakters seiner Handlung nach dem Gesagten nicht die Natur der Daten, sondern die Wahrung des staatlichen Machtmonopols zu berücksichtigen ist. Der Beschwerdeführer hat ihm bzw. der B. AG anvertraute, Drittpersonen betreffende Daten, die sich zumindest auch in der Schweiz befanden, direkt an das DoJ geliefert, wobei er seine Reise in der Schweiz angetreten hat. Damit verletzte er die schweizerische Souveränität, da die aus der Schweiz stammenden Daten von der Schweiz aus nur von den schweizerischen Behörden über den Amts- bzw. Rechtshilfeweg unter Einhaltung der einschlägigen rechtlichen Bestimmungen hätten weitergegeben werden dürfen. Ob es dem Beschwerdeführer auch möglich bzw. ob es zulässig gewesen wäre, die sich in einem Drittstaat befindenden Daten vom Drittstaat aus an das DoJ zu übermitteln, ist vorliegend nicht relevant. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der vom

BGE 148 IV 66 S. 73

Beschwerdeführer zitierten E-Mail des Bundesamts für Justiz, da es im dort beurteilten Fall um Daten gegangen zu sein scheint, die sich bereits in den USA befanden und den dort zuständigen Behörden hätten herausgegeben werden sollen. Vorliegend befanden sich die Daten unbestrittenermassen nicht in den USA, sondern neben der Schweiz (teilweise) auch in einem Drittstaat. Auch die vom Beschwerdeführer zitierten Literaturstellen können so verstanden werden, dass darin jeweils davon ausgegangen wird, dass sich die Daten (neben der Schweiz) auch in dem Land befinden, in dem das Verfahren geführt wird, in das sie eingebracht werden sollen. So schreibt GRAF: "Befinden sich die im ausländischen Verfahren offenzulegenden Informationen nun bereits im Ausland [...], so können sie schrankenlos zur Verfügung gestellt werden. In diesem Fall müssen die Unternehmen die Unterlagen nach vorliegender Auffassung sogar wahlweise aus dem Ausland oder aus der Schweiz liefern können, falls die Informationen [...] in beiden Staaten verfügbar sind, denn solche Daten sind vom Schutzzweck von Art. 271 StGB nicht mehr gedeckt." (GRAF, a.a.O., S. 179). Hinweise darauf, dass

mit "Ausland" ein anderer Staat gemeint ist, als der in dem das Verfahren geführt wird, ergeben sich nicht. Zudem begründet GRAF seine Einschätzung nicht näher. Gleich können grundsätzlich auch die Lehrmeinungen von ROSENTHAL und HUSMANN interpretiert werden. Während HUSMANN - ebenfalls ohne weitere Begründung - vorwiegend auf GRAF und ROSENTHAL verweist (HUSMANN, a.a.O., N. 72 zu Art. 271 StGB), beschäftigt sich ROSENTHAL an der vom Beschwerdeführer zitierten Stelle mit dem Binnenbezug bzw. der Frage, ob die Handlung auf schweizerischem Gebiet stattgefunden hat. Er vertritt die Ansicht, dass eine Beweiserhebung von sich in der Schweiz befindlichen Beweismitteln dann nicht in der Schweiz stattfindet, wenn diese Beweismittel bzw. Inhalte aufgrund ihrer Bestimmung ohnehin auch im Ausland verfügbar sind und daher im Rahmen der konkreten Beweiserhebung im Ausland darauf zurückgegriffen werden kann (ROSENTHAL, a.a.O., N. 35 zu Art. 271 StGB). Von diesem Beispiel unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt in zweierlei Hinsicht: Einerseits geht es hier nicht um die Beweiserhebung, sondern die direkte Herausgabe von Daten an eine Behörde eines fremden Staates. Andererseits wurde nicht im Ausland auf die Daten zugegriffen, sondern die Daten wurden von der Schweiz ins Ausland gebracht. Folglich vermögen die vom Beschwerdeführer angeführten Lehrmeinungen an der obgenannten BGE 148 IV 66 S. 74

Beurteilung, wonach er eine Handlung vornahm, die den schweizerischen Behörden vorbehalten war, nichts zu ändern, weshalb darauf nicht näher eingegangen werden muss.