

(Gutachten der Direktion für Völkerrecht vom 10. April 2000)

Zustellung von gerichtlichen Schriftstücken ins Ausland im Bereich des Verwaltungsrechts. Hoheitliche Handlungen.

Art. 5 Bst. j Wiener Übereink. über konsularische Beziehungen. Art. 29 BV. Art. 26 VwVG.

- Fehlt ein entsprechendes internationales Abkommen, wie dies im Bereich des Verwaltungsrechts der Fall ist, hat die Zustellung von gerichtlichen Schriftstücken an eine im Ausland domizilierte Partei über den diplomatischen Weg zu erfolgen (Ziff. 1).
- Im Verwaltungsverfahren kann eine im Ausland domizilierte Partei mangels entsprechender gesetzlicher Grundlage nicht dazu verpflichtet werden, ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu benennen (Ziff. 2).
- Umfang des Rechts auf Akteneinsicht in diesem Zusammenhang (Ziff. 5-6).

Notification d'actes judiciaires à l'étranger dans le domaine du droit administratif. Actes de souveraineté.

Art. 5 let. j Conv. de Vienne sur les relations consulaires. Art. 29 Cst. Art. 26 PA.

- En l'absence de convention internationale, comme c'est le cas dans le domaine du droit administratif, la notification d'actes judiciaires à une partie domiciliée à l'étranger doit se faire par la voie diplomatique (ch. 1).
- En procédure administrative, une partie domiciliée à l'étranger ne peut être tenue d'élire domicile en Suisse en l'absence de base légale (ch. 2).
- Portée du droit de consulter le dossier dans ces circonstances (ch. 5-6).

Notifica di atti giudiziari all'estero nel campo del diritto amministrativo. Atti di sovranità.

Art. 5 let. j Conv. di Vienna sulle relazioni consolari. Art. 29 Cost. Art. 26 PA.

- In assenza di convenzione internazionale, come è il caso nel campo del diritto amministrativo, la notifica di atti giudiziari ad una parte domiciliata all'estero deve avvenire attraverso il canale diplomatico (n. 1).
- Nella procedura amministrativa una parte domiciliata all'estero non può essere obbligata senza base legale a eleggere domicilio in Svizzera (n. 2).
- Portata del diritto di consultare la pratica in tali circostanze (n. 5-6).

Anlässlich eines Verfahrens vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen wurde die Direktion für Völkerrecht des Eidgenössischen Departementes für auswärtige Angelegenheiten (DV/EDA) gebeten, in einem Rechtsgutachten darzulegen, unter welchen Bedingungen die Zustellung gerichtlicher Schriftstücke ins Ausland im Bereich des Verwaltungsrechtes völkerrechtlich zulässig ist.

1. Im Gegensatz zu den Bereichen Strafrecht und Zivilrecht, in welchen die Schweiz mit anderen Nationen diverse Übereinkommen bezüglich der Zustellung gerichtlicher Akten geschlossen hat, bestehen im Bereich des Verwaltungsrechtes keine entsprechenden Abkommen. Weder das Europäische Übereinkommen vom 24. November 1977 über die Zustellung im Ausland von Urkunden in Verwaltungssachen noch das Europäische Übereinkommen vom 15. März 1978 über die Erhebung von Beweisen und Informationen im Ausland in Verwaltungssachen, welchen vorliegendenfalls wesentliche Bedeutung zukäme, sind von der Schweiz bisher ratifiziert worden.

Zu der Frage, ob die direkte Zustellung von den betroffenen Staaten trotz fehlendem Übereinkommen geduldet wird, ist auf die schweizerische Ansicht und Praxis hinzuweisen: Gemäss dem völkerrechtlichen Grundsatz der Gebietsausschliesslichkeit ist den Staaten jede Setzung eines Hoheitsaktes auf fremdem Staatsgebiet untersagt. Die Zustellung gerichtlicher Akten stellt einen hoheitlichen Akt dar. Die schweizerische Praxis geht folglich in Übereinstimmung mit obengenanntem völkerrechtlichem Grundsatz davon aus, dass die direkte Zustellung gerichtlicher Akten (per Post usw.) durch eine ausländische Behörde bzw. Vertretung an schweizerische Staatsangehörige oder an Angehörige von Drittstaaten eine Verletzung unseres Hoheitsgebietes darstellt. Fehlt in diesem Bereich ein Abkommen, muss die Zustellung, damit sie rechtsgültig ist, auf diplomatischem Weg erfolgen.

Die schweizerischen Behörden erheben jedoch keine Einwände, wenn diplomatische Vertretungen anderer Länder in Anwendung von Art. 5 Bst. j des Wiener Übereinkommens vom 24. April 1963 über konsularische Beziehungen<sup>[135]</sup> Dokumente direkt an ihre eigenen Staatsangehörigen zustellen oder sie ihnen übergeben, soweit dabei keinerlei Zwang ausgeübt wird. Umgekehrt praktizieren die schweizerischen Vertretungen im Ausland dasselbe und eröffnen schweizerische Entscheide den schweizerischen Staatsangehörigen im Ausland direkt.

Unter Berücksichtigung der geschilderten schweizerischen Praxis und des aus dem grundlegenden Prinzip der Gleichheit der Staaten fliessenden Grundsatzes der Gegenseitigkeit darf nicht erwartet werden, dass die Behörden eines anderen Staates die direkte Zustellung von gerichtlichen Akten durch schweizerische Behörden oder Vertretungen ohne Vorbehalt des Gegenrechtes akzeptieren bzw. dulden.

Es kann somit abschliessend festgehalten werden, 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.

Dass dieses Verfahren mit nicht zu vernachlässigendem Aufwand verbunden ist, ist nicht von der Hand zu weisen. Eine Ratifikation der obengenannten, im Rahmen des Europarates geschlossenen Übereinkommen würde das Problem der Zustellung gerichtlicher Akten im Bereich der Verwaltung zumindest im Verhältnis zu den anderen gegenwärtigen Vertragsstaaten<sup>[136]</sup> dieses Abkommens erheblich erleichtern.

2. Gemäss Art. 71a VwVG[137] richtet sich das Verfahren vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren. Vorab ist festzuhalten, dass, während das VwVG das verwaltungsinterne Verfahren regelt, sich das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege[138] mit dem verwaltungsexternen gerichtlichen Verfahren befasst.

Nach der Bestimmung von Art. 36 Bst. b VwVG kann die Behörde ihre Verfügungen gegenüber einer Partei, die sich im Ausland aufhält und keinen erreichbaren Vertreter hat, durch Veröffentlichung in einem amtlichen Blatt eröffnen, wenn die Zustellung an ihren Aufenthaltsort unmöglich ist.

Eine analoge Anwendung des Art. 29 Abs. 4 OG, welcher die im Ausland wohnhaften Parteien verpflichtet, in der Schweiz ein Zustellungsdomizil zu errichten, setzt nach Ansicht der DV/EDA voraus, dass im betreffenden Erlass, in dessen Ergänzung die Bestimmung analog angewendet werden soll, eine entsprechende Regelung fehlt bzw. eine Lücke besteht. Wird vom Wortlaut des VwVG ausgegangen, kann erkannt werden, dass vorliegend zumindest keine echte Lücke besteht, verlangt doch der Gesetzgeber expressis verbis die Zustellung an die sich im Ausland aufhaltende Partei und sieht für den Fall deren Unmöglichkeit die Publikation in einem amtlichen Blatt vor. Die Beurteilung der Frage, ob vorliegend allenfalls von einer unechten Lücke ausgegangen werden kann, liegt nicht in der Zuständigkeit der DV/EDA. Es ist jedoch zu bedenken, dass die «zeitgerechte Ergänzung oder Korrektur» einer gesetzlichen Bestimmung über das Mittel der Lückenfüllung im Rahmen der Rechtsanwendung im Spannungsverhältnis steht zum Prinzip der demokratischen Gesetzgebung. Einen neuen Wertungsentscheid zu treffen, muss Sache des Gesetzgebers bleiben und aus diesem Grund ist eine förmliche Änderung des Gesetzes im demokratischen Verfahren der Lückenfüllung sicherlich vorzuziehen.

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, dass ausländische Parteien in einem Verwaltungsverfahren gemäss geltendem anwendbarem Recht (VwVG) nicht dazu verpflichtet werden können, ein Zustelldomizil in der Schweiz zu benennen. Die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage wäre hierfür unumgänglich. Es bleibt jedoch darauf hinzuweisen, dass, selbst wenn keine gesetzliche Grundlage für die Verpflichtung zur Nennung eines schweizerischen Zustelldomiziles besteht, es der schweizerischen verfügenden Behörde nicht verwehrt ist, der ausländischen Partei zu empfehlen, ein Prozessdomizil in der Schweiz zu errichten.

3. Wie schon unter Ziff. 1 festgehalten, ist bei der Zustellung gerichtlicher Entscheide und Akten im Falle des Fehlens eines entsprechenden Abkommens der diplomatische Weg einzuhalten. Die Bestimmung des Art. 10 Abs. 3 BZP[139] regelt das Vorgehen im so genannten Direktprozess vor Bundesgericht. Es handelt sich dabei um das Verfahren gemäss Art. 41 f. OG, also um ein zivilrechtliches Verfahren. Im Bereich des Zivilrechtes bestehen, wie schon unter Ziff. 1 angedeutet, diverse Abkommen der Schweiz mit anderen Staaten über die Zustellung gerichtlicher Akten.

Insbesondere das in diesem Bereich massgebliche Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen[140] nennt das Bundesamt für Polizeiwesen des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) als die für die Schweiz zuständige zentrale Behörde. Im Bereich des Verwaltungsrechts hat die Zustellung jedoch nicht via die Zentralstellen gemäss dem genannten Haager Abkommen zu erfolgen, sondern, wie erläutert, auf dem diplomatischen Weg. Insofern ist nicht die Vermittlung des EJPD, sondern die Mitwirkung des EDA sowie der schweizerischen Botschaften im Ausland massgeblich.

4. Unter diejenigen Staatshandlungen, welche ohne Einwilligung des betroffenen Staates oder ohne anderen völkerrechtlichen Rechtstitel (Abkommen) einen Eingriff in die Gebietshoheit des Territorialstaates darstellen, fällt auch die Zustellung amtlicher Schriftstücke an Empfänger im Ausland. Davon ausgenommen sind blosser Mitteilungen ohne rechtsgestaltende Wirkung[141]. In denjenigen Fällen, in denen eine Zustellung lediglich eine Mitteilung betrifft, welche keinerlei rechtliche Auswirkungen zeitigt, hat somit der Staat, auf dessen Territorium die Zustellung stattfindet, keine Veranlassung, sich einzuschalten. In diesem Sinn kann zwischen Entscheiden und Zwischenverfügungen einerseits und verfahrensleitenden Anordnungen und Mitteilungen andererseits eine Unterscheidung getroffen werden. Es ist jedoch zu beachten, dass auch verfahrensleitende Anordnungen rechtliche Auswirkungen entfalten können (beispielsweise Säumnis bei Nichteinhaltung einer Frist) und somit auf dem ordentlichen Weg zugestellt werden müssen.

5. Gemäss Art. 26 VwVG hat die Akteneinsicht einer Partei im Verwaltungsverfahren am Sitz der verfügenden Behörde oder einer durch diese bestimmten kantonalen Behörde zu erfolgen. Diese Bestimmung indiziert folglich, dass vom Recht auf Akteneinsicht in der Schweiz Gebrauch zu machen ist. Diesem an sich klaren Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung könnte allenfalls Art. 29 BV[142] entgegenstehen. Es stellt sich die Frage, ob unter dem Aspekt des rechtlichen Gehörs und der Gleichbehandlung im Prozess die verfügende Behörde verpflichtet ist, einer ausländischen Partei Akteneinsicht im Ausland zu gewähren.

Nach Ansicht der DV/EDA ist diese Problemstellung aufgrund der Tatsache, dass es sich um ein Recht auf Akteneinsicht handelt, nicht von erheblicher praktischer Relevanz. Für Parteien eines wettbewerbsrechtlichen Verfahrens, welche in der Schweiz eine Niederlassung haben, erscheint es, auch wenn sich der Hauptsitz des Unternehmens im Ausland befindet, durchaus zumutbar, die Akten in der Schweiz einzusehen. Eine ausländische Partei in einem wettbewerbsrechtlichen Verfahren ohne Niederlassung in der Schweiz andererseits wird, falls sie gewillt ist, sich aktiv am Verfahren zu beteiligen, aus eigenem Interesse einen Rechtsvertreter in der Schweiz benennen oder einen ihrer Vertreter in die Schweiz entsenden. Sich dem Verfahren gegenüber indifferent verhaltende ausländische Parteien werden dementsprechend auch keinen Gebrauch von ihrem Recht auf Akteneinsicht machen wollen.

Wird jedoch davon ausgegangen, dass Art. 29 BV der verfügenden Behörde gebietet, einer ausländischen Partei Akteneinsicht im Ausland zu gewähren und eine ausländische Partei auf Akteneinsicht im Ausland besteht, so müsste nach Ansicht der DV/EDA die Gewährung der Akteneinsicht am Sitz der schweizerischen Vertretung im Ausland erfolgen. Auch eine Übermittlung von Aktenkopien an die Partei im Ausland ist denkbar, soweit diese Möglichkeit nicht durch Geheimhaltungsinteressen ausgeschlossen wird. In jedem Fall ist zu bedenken, dass die Gewährung von Akteneinsicht ebenfalls hoheitliches Handeln darstellt, welches der Zustimmung des betroffenen Landes bedarf. Es ist also auch diesbezüglich um diplomatische Vermittlung zu ersuchen.

6. Die Problematik besteht auch im umgekehrten Verhältnis. So sehen sich auch die ausländischen Behörden (d. h. die europäischen Wettbewerbsbehörden) mit der Problematik der Zustellung von gerichtlichen Akten in die Schweiz konfrontiert (auf die diesbezügliche schweizerische Haltung wurde unter Ziff. 1 hingewiesen). Eine Lösung der Situation liegt dementsprechend

nicht allein im Interesse der schweizerischen Behörden.

Im Übrigen muss erkannt werden, dass eine Lösung der Problematik im Bereich der Zustellung gerichtlicher Akten ins Ausland, sei es durch eine Gesetzesrevision im Sinne der Verankerung einer Pflicht für ausländische Parteien zur Benennung einer Zustelladresse in der Schweiz im Rahmen des Verwaltungsverfahrens, sei es durch Abkommen über die Zustellung gerichtlicher Schriftstücke im Verwaltungsbereich noch nicht das einem allfälligen Entscheid der schweizerischen Behörde folgende Problem der Vollstreckung zu lösen vermag.

Abschliessend rechtfertigt sich ein Hinweis auf die strafrechtlichen Bestimmungen von Art. 271 und Art. 299 StGB<sup>[143]</sup>, welche im vorliegenden Kontext von Bedeutung sind. Gemäss Art. 299 StGB wird derjenige mit Strafe bedroht, der die Gebietshoheit eines fremden Staates verletzt, insbesondere durch unerlaubte Vornahme von Amtshandlungen auf fremdem Staatsgebiet. Als Gegenstück dazu wird nach Art. 271 StGB bestraft, wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen. Unter Amtshandlungen im Sinne dieser Bestimmung fällt nach Lehre und Rechtsprechung - unbekümmert, ob ein Beamter dabei tätig wurde - jede Handlung, die für sich betrachtet, d. h. nach ihrem Wesen und Zweck, sich als Amtstätigkeit charakterisiert<sup>[144]</sup>. Als Beispiele werden polizeiliche Erhebungen, Festnahmen, Verhaftungen, prozessuale Vernehmungen, Augenscheine, Vollstreckungshandlungen, Erhebungen für ausländische Zollbehörden, Devisenstellen usw. genannt. Praktische Bedeutung haben jedoch vor allem die Zustellung von Prozessverfügungen ausländischer Gerichte und die Durchführung von Beweisaufnahmen für ein im Ausland stattfindendes Verfahren<sup>[145]</sup>.

Auch wenn sich die Tragweite dieser strafrechtlichen Bestimmungen im Laufe der Zeit geändert haben mag, ist nicht zu vernachlässigen, dass diese die Haltung der Schweiz im Zusammenhang mit der Verletzung der Gebietshoheit weiterhin reflektieren.

[135] SR 0.191.02.

[136] Zur Zeit Österreich, Belgien, Frankreich, Deutschland, Italien, Luxemburg und Spanien.

[137] Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021).

[138] Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz [OG], SR 173.110).

[139] Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273).

[140] Übereinkommen vom 15. November 1965 über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen (SR 0.274.131).

[141] Vgl. hierzu Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl., Berlin 1984, § 456.

[142] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

[143] Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0).

[144] Vgl. BGE 114 IV 128.

[145] Vgl. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, BT II, 4. Aufl., Bern 1995, § 44 N 14.