

Dominique Müller / Flavio Delli Colli / Susanne Brütsch*

Klarere Konturen für Art. 271 Ziff. 1 StGB?

Besprechung des Urteils 6B_216/2020 des schweizerischen Bundesgerichts vom 1. November 2021 (zur BGE-Publikation vorgesehen)

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen und Entscheid
 1. Zur Anwendung von Art. 271 Ziff. 1 StGB im Allgemeinen
 2. Eine Direktübermittlung von Daten, über die nicht frei verfügt werden kann, ist tatbestandsmässig
 3. Die Verwendung von Daten, die auch in einem Drittstaat belegen sind, kann ebenfalls unter Art. 271 StGB fallen
- III. Bedeutung für die Praxis
 1. Bei der Anwendung von Art. 271 StGB im Zusammenhang mit ausländischen Verfahren besteht nach wie vor Rechtsunsicherheit
 2. Die Art der für ein ausländisches Verfahren herauszugebenden Daten taugt nur beschränkt als Abgrenzungskriterium
 3. Inwiefern ist der Lageort von Daten für die Beurteilung der Anwendung von Art. 271 StGB nach wie vor hilfreich?
 4. Fazit

Kernsätze

1. Ob eine nach Art. 271 StGB strafbare Amtshandlung für einen fremden Staat vorliegt, hängt davon ab, ob sie geeignet ist, die staatliche Herrschaftssphäre der schweizerischen Behörden zu gefährden, was bei Umgehung des Amts- oder Rechtshilfewegs der Fall ist.
2. Für ein ausländisches Verfahren dürfen nur Daten herausgegeben werden, über die frei verfügt werden kann. Über nicht öffentlich zugängliche, identifizierende Informationen über Dritte kann nicht frei verfügt werden. Die Herausgabe solcher Daten muss auf dem Amts- bzw. Rechtshilfeweg erfolgen.
3. Ob Daten, über die nicht frei verfügt werden kann, neben der Schweiz auch in einem Drittland vorhanden sind, ändert nichts daran, dass ihre Herausgabe aus der Schweiz in einem ausländischen Verfahren tatbestandsmässig ist – es sei denn, die Daten würden sich nur im Ausland oder bereits in dem Land befinden, in welchem das Verfahren geführt wird.

I. Sachverhalt

Vor dem Hintergrund des Steuerstreits zwischen der Schweiz und den USA hatte das Bundesgericht Gelegenheit, sich in einem zur Publikation vorgesehenen Urteil mit der Tragweite und den Konturen von Art. 271 Ziff. 1 StGB auseinanderzusetzen.

Die B. AG, eine schweizerische Vermögensverwaltungsgesellschaft mit Tochtergesellschaften auf den Cayman Islands und in Liechtenstein, hatte im Zuge des Steuerstreits mit den USA gewisse Kundenbeziehungen prüfen lassen. Dabei wurde festgestellt, dass sich gewisse Kunden in Bezug auf ihre steuerlichen Verpflichtungen gegenüber den USA eventuell nicht regelkonform verhalten hatten. A., der Verwaltungsratspräsident der B. AG, beauftragte in der Folge eine Anwaltskanzlei sowie einen Mitarbeiter der B. AG, Dossiers von in den USA mutmasslich steuerpflichtigen Kunden zusammenzustellen.

Im Oktober 2012 reichte A. beim amerikanischen Justizdepartement (DOJ) eine Selbstanzeige ein. Das DOJ lehnte jedoch ein Gesuch, die Herausgabe der betreffenden Kundendossiers auf dem Amts- und Rechtshilfeweg zu erlangen, ab. Im Hinblick auf den Abschluss eines sog. Non Prosecution Agreement (NPA) reiste A. daraufhin in die USA und liess dem DOJ durch einen Rechtsanwalt einen USB-Stick mit insgesamt 109 Kundendossiers der B. AG sowie von deren ausländischen Tochtergesellschaften aushändigen.

Gestützt auf eine Anzeige der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) wurde A. von der Bundesanwaltschaft mit Strafbefehl wegen verbotener Handlungen für einen fremden Staat gemäss Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB verurteilt. Auf Einsprache von A. hin erhob die Bundesanwaltschaft Anklage beim Bundesstrafgericht. Nachdem ein erstinstanzlicher Freispruch¹ durch das Bundesgericht aufgehoben worden war,² wurde A. vom Bundesstrafge-

* Dominique Müller ist Partner und Leiter der Fachgruppe Investigations bei Lenz & Staehelin in Zürich. Flavio Delli Colli und Susanne Brütsch sind Rechtsanwälte bei Lenz & Staehelin.

¹ Urteil SK.2017.64 des Bundesstrafgerichts, Strafkammer, vom 9. Mai 2018.

² Urteil 6B_804/2018 des Bundesgerichts vom 4. Dezember 2018.

richt zu einer Busse von CHF 10'000 verurteilt.³ Dieses Urteil wurde von der Berufungskammer des Bundesstrafgerichts bestätigt⁴, woraufhin A. an das Bundesgericht gelangte. Mit dem vorliegend besprochenen Urteil vom 1. November 2021 hat das Bundesgericht die Beschwerde von A. abgewiesen und die Verurteilung bestätigt.

II. Erwägungen und Entscheid

1. Zur Anwendung von Art. 271 Ziff. 1 StGB im Allgemeinen

Gemäss Art. 271 Ziff. 1 StGB wird unter anderem bestraft, wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen (Abs. 1), oder wer solchen Handlungen Vorschub leistet (Abs. 3).

Mit Verweis auf Rechtsprechung und Literatur hält das Bundesgericht im besprochenen Urteil fest, dass Art. 271 Ziff. 1 StGB die Ausübung fremder Staatsgewalt auf dem Gebiet der Schweiz verhindern und das staatliche Machtmonopol und die schweizerische Souveränität schützen will.⁵ Heute steht bei der Anwendung dieser Bestimmung meist die Frage im Vordergrund, inwiefern Handlungen im Zusammenhang mit ausländischen Verfahren der Amts- bzw. Rechtshilfe durch die schweizerischen Behörden bedürfen oder von Verfahrensparteien oder Dritten selber vorgenommen werden dürfen.⁶

Von Art. 271 Ziff. 1 StGB ist grundsätzlich jede Handlung erfasst, die für sich betrachtet, d.h. nach ihrem Wesen und Zweck, als Amtstätigkeit zu charakterisieren ist. Ob ein Beamter dabei tätig wurde, ist nicht relevant. Entscheidend ist der amtliche Charakter der Handlung und nicht die Person des Täters.⁷ Um in den Anwendungsbereich von Art. 271 Ziff. 1 StGB zu fallen, muss eine Handlung zudem für einen fremden Staat, d.h. in dessen Interesse und zumindest teilweise auf dem Gebiet der Schweiz erfolgen.⁸ Der Tatbestand erfasst schliesslich nur Handlungen, die ohne Bewilligung der zuständigen Behörden⁹ vorgenommen werden.¹⁰

2. Eine Direktübermittlung von Daten, über die nicht frei verfügt werden kann, ist tatbestandsmässig

In materieller Hinsicht war vor Bundesgericht unbestritten, dass die Übergabe der Kundendossiers an das DOJ im vorliegenden Fall im Interesse der USA und damit für einen fremden Staat erfolgt war. Ebenfalls unstrittig war, dass diese Handlung auf schweizerischem Gebiet ihren Anfang nahm und keine Bewilligung der zuständigen Behörden vorlag.¹¹ Das Bundesgericht musste daher in erster Linie prüfen, ob die Übergabe der Kundendossiers an das DOJ amtlichen Charakter hat und damit als verbotene Amtshandlung für einen fremden Staat qualifiziert werden kann.¹² Hierzu ruft das Urteil in Erinnerung, dass die Qualifikation einer Handlung als Amtshandlung nach schweizerischer Rechtsauffassung vorzunehmen ist.¹³ Dafür ist zu prüfen, ob die betreffende Handlung geeignet ist, die «staatliche Herrschaftssphäre» der schweizerischen Behörden zu gefährden.¹⁴ Das ist nach Auffassung des Bundesgerichts dann der Fall, wenn mit einer solchen Handlung das (schweizerische oder internationale) Amts- und Rechtshilferecht verletzt oder umgangen wird bzw. die Handlung gemäss diesem in den Zuständigkeitsbereich einer schweizerischen Behörde fällt.¹⁵

Mit der sich in diesem Zusammenhang stellenden, in der Lehre ausführlich thematisierten und für die Praxis relevanten Frage, ob und inwieweit das Sammeln bzw. Einreichen von Dokumenten für ein ausländisches Verfahren strafbar sein kann, setzt sich das Bundesgericht jedoch nicht im Einzelnen auseinander. Massgebend ist nach seinen Erwägungen vielmehr, dass die Herausgabe von Informationen und Unterlagen, die in der Schweiz nur auf hoheitliche Anordnung hin rechtmässig herausgegeben werden können, das von Art. 271 StGB geschützte Rechtsgut berührt. Dazu hält das Bundesgericht wörtlich Folgendes fest: «In sämtlichen Konstellationen dürfen nur Akten und Informationen herausgegeben werden, über die frei verfügt werden kann. Nur der Amts- und Rechtshilfeweg bietet ein prozessuales Gefäss, in welchem Geheimhaltungs- und Offenlegungspflichten einander gegenübergestellt und der Spezialitätsgrundsatz gewährleistet werden können [...]. Nicht frei verfügt werden kann über nicht öffentlich zugängliche, identifizierende Informationen über Dritte.»¹⁶

Im vorliegenden Fall war erstellt, dass die streitgegenständlichen Bankunterlagen der Vermögensverwaltungsgesellschaft B. AG originär in der Schweiz zur Verfügung

³ Urteil SK.2018.71 des Bundesstrafgerichts, Strafkammer, vom 4. Juni 2019.

⁴ Urteil CA.2019.6 des Bundesstrafgerichts, Berufungskammer, vom 5. Dezember 2019.

⁵ E. 1.4.1.

⁶ E. 1.4.1.

⁷ E. 1.4.1.

⁸ E. 1.4.1.

⁹ Zuständig sind gemäss Art. 31 RVOV die Departemente und die Bundeskanzlei in ihrem jeweiligen Bereich. Fälle von politischer oder anderer grundsätzlicher Bedeutung sind dem Bundesrat zu unterbreiten. Die Entscheide sind der Bundesanwaltschaft und den mitinteressierten Departementen zuzustellen.

¹⁰ E. 1.4.1.

¹¹ E. 1.4.2.

¹² E. 1.4.2.

¹³ E. 1.4.2.

¹⁴ E. 1.4.2.

¹⁵ E. 1.4.2.

¹⁶ E. 1.4.2.

gestellt und unter klaren Vertragsbedingungen anvertraut worden waren. Der beschuldigte Verwaltungsratspräsident A. war nach höchstrichterlicher Auffassung daher nicht berechtigt, diese Drittpersonen betreffende Unterlagen direkt an das DOJ zu übermitteln.¹⁷ Vielmehr hätte das DOJ den Amts- bzw. Rechtshilfeweg beschreiten und die Informationen über die zuständigen schweizerischen Behörden bei der Vermögensverwaltungsgesellschaft in der Schweiz herausverlangen müssen. Die direkte Übermittlung dieser Informationen an das DOJ in Umgehung des Amts- bzw. Rechtshilfewegs qualifiziert das Bundesgericht daher als verbotene Handlung für einen fremden Staat.¹⁸

3. Die Verwendung von Daten, die auch in einem Drittstaat belegen sind, kann ebenfalls unter Art. 271 StGB fallen

Dem Vorwurf, wonach er den Amts- bzw. Rechtshilfeweg umgangen und sich tatbestandsmässig verhalten habe, hielt der Beschuldigte entgegen, die von der Herausgabe betroffenen Kundendossiers der ausländischen Tochtergesellschaften der B. AG seien im Ausland aufbewahrt worden und hätten zur Aufarbeitung in die Schweiz gebracht werden müssen. Die Kundendossiers der B. AG selbst seien zudem nicht nur in der Schweiz, sondern auch in Liechtenstein elektronisch vorhanden gewesen.¹⁹ Gestützt darauf argumentierte der Beschuldigte, dass Daten, die sich bestimmungsgemäss auch im Ausland befänden und nicht erst im Hinblick auf die Übergabe an eine ausländische Behörde dorthin verbracht würden, nicht Tatobjekt sein könnten, weil die Herausgabe solcher Daten die schweizerische Souveränität und damit Art. 271 Ziff. 1 StGB nicht verletze.²⁰

Das Bundesgericht folgt dieser Argumentation wie die Vorinstanz²¹ nur in Bezug auf 35 Konten bzw. drei Kunden (3% der insgesamt betroffenen Kunden), deren Bankunterlagen ausschliesslich im Ausland aufzubewahren waren, und erachtete den Tatbestand insoweit als nicht erfüllt.²²

Dass die in der Schweiz aufbewahrten Daten alle auch im Ausland verfügbar gewesen wären, erachtete das Bundesgericht jedoch nicht als relevant.²³ Nach Auffassung des Bundesgerichts ist für die Strafbarkeit einer Handlung nicht die Natur der Daten, sondern die Wahrung des staatlichen Machtmonopols massgebend. Indem der Beschuldigte die ihm anvertrauten, Drittperso-

nen betreffenden Daten, die sich zumindest auch in der Schweiz befanden, direkt an das DOJ geliefert und die entsprechende Reise in der Schweiz angetreten hatte, hat er nach Ansicht des Bundesgerichts die schweizerische Souveränität verletzt. Die aus der Schweiz stammenden Daten hätten von der Schweiz aus nur über den Amts- und Rechtshilfeweg unter Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen weitergegeben werden dürfen.²⁴

Die Lehrmeinungen, welche die Herausgabe von Daten, die sich bereits im Ausland befinden, als unproblematisch bezeichnen, werden vom Bundesgericht dahingehend interpretiert, dass dies lediglich für den Fall gelte, in dem mit «Ausland» der Staat gemeint sei, in welchem das betreffende Verfahren geführt werde, für welches die Daten verwendet werden sollen.²⁵ Mit anderen Worten hätte vorliegend nach höchstrichterlicher Auffassung nur die Belegenheit der Daten in den USA selbst etwas an der Strafbarkeit von deren direkten Herausgabe an das DOJ geändert.²⁶ Die Lehrmeinung von DAVID ROSENTHAL, wonach eine Erhebung von sich in der Schweiz befindlichen Beweismitteln nicht in der Schweiz stattfindet, wenn die Beweismittel bzw. deren Inhalte bestimmungsgemäss ohnehin auch im Ausland verfügbar sind und im Rahmen der konkreten Beweiserhebung im Ausland darauf zugegriffen werden kann²⁷, erachtet das Bundesgericht hier nicht für einschlägig. Dies, weil es im vorliegenden Fall nicht um eine Beweiserhebung gehe und nicht aus dem Ausland auf die Daten zugegriffen wurde, sondern diese von der Schweiz ins Ausland verbracht worden sind.²⁸

Der Schuldspruch wegen verbotener Handlungen für einen fremden Staat erachtet das Bundesgericht daher als bundesrechtskonform und weist die Beschwerde ab.²⁹

III. Bedeutung für die Praxis

1. Bei der Anwendung von Art. 271 StGB im Zusammenhang mit ausländischen Verfahren besteht nach wie vor Rechtsunsicherheit

Art. 271 Ziff. 1 StGB hat seinen Ursprung in den 1930er-Jahren.³⁰ Der Bundesrat erliess die Vorgängerbestimmung im Jahr 1935 im Rahmen eines dringlichen Bundesbeschlusses (sog. «Spitzelgesetz») mit der Begründung, dass der «Erlass von Strafbestimmungen gegen die Vor-

¹⁷ E. 1.4.3.

¹⁸ E. 1.4.3.

¹⁹ E. 1.1.

²⁰ E. 1.1.

²¹ Urteil CA.2019.6 des Bundesstrafgerichts, Berufungskammer, vom 5. Dezember 2019, E. II.1.1.2.2.1, II.1.1.2.2.3.3, II. 2.3.1.

²² E. 1.3.2.

²³ E. 1.3.2, 1.4.3.

²⁴ E. 1.4.3.

²⁵ E. 1.4.3.

²⁶ E. 1.4.3.

²⁷ DAVID ROSENTHAL, in: Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Rosenthal/Jöhri (Hrsg.), Zürich 2008, N. 35 zu Art. 271 StGB.

²⁸ E. 1.4.3.

²⁹ E. 1.5.

³⁰ Vgl. BBl 1935 742 ff.

nahme fremder Amtshandlungen und die Spitzeltätigkeit in jeder Form nach den jüngsten Vorkommnissen dringend geboten» war.³¹ Als verbotene Amtshandlungen verstand der Bundesrat damals – vor dem Hintergrund konkreter Entführungsfälle – in erster Linie Handlungen der Polizei (Erhebungen, Beschlagnahme, Verhaftung etc.) sowie Erhebungen im Interesse einer ausländischen Finanzverwaltung.³²

Seither hat sich der Anwendungsbereich von Art. 271 Ziff. 1 StGB verändert. Der Tatbestand trifft nicht mehr in erster Linie ausländische Spitzel, zu deren Abwehr er ursprünglich konzipiert worden war. Vielmehr setzt die Bestimmung heute vornehmlich international tätige Unternehmen, ihre Organe und Berater einem strafrechtlichen Risiko in der Schweiz aus, wenn sie im Zusammenhang mit einem Verfahren im Ausland Dokumente oder Daten aus der Schweiz verwenden wollen oder müssen. Entsprechend ist Art. 271 Ziff. 1 StGB seit Jahren Gegenstand von Kontroversen und Quelle erheblicher Rechtsunsicherheit. Das gilt insbesondere auch für den Steuerstreit mit den USA, vor dessen Hintergrund sich der vorliegende Fall abspielte.

Dabei sind die zu beurteilenden Sachverhalte selten derart eindeutig, dass eine Strafbarkeit klar bejaht oder strafrechtliche Risiken ausgeschlossen werden können. Es wäre daher insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit zu begrüssen gewesen, wenn das Bundesgericht in seinem neuen Leiterteil die Gelegenheit genutzt hätte, dem mittlerweile stark verschwommenen Anwendungsbereich von Art. 271 Ziff. 1 StGB klarere Konturen zu verleihen. Zwar fasst das Urteil die bisherige Gerichtspraxis und den Stand der Lehre zusammen und bietet insoweit eine aktuelle Orientierungshilfe. Einzelne sehr allgemein gehaltene, weitgehende Erwägungen schaffen jedoch für die Praxis wiederum Rechtsunsicherheit, wie in der Folge dargelegt wird.

2. Die Art der für ein ausländisches Verfahren herauszugebenden Daten taugt nur beschränkt als Abgrenzungskriterium

Wie gezeigt erwog das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid, «in sämtlichen Konstellationen» dürften in einem Verfahren im Ausland nur Daten herausgegeben werden, über die eine Person frei verfügen kann, was auf nicht öffentlich zugängliche, identifizierende Informationen über Dritte nicht zutrefte. Eine Herausgabe solcher Daten darf nach Ansicht des Bundesgerichts nur auf dem Amts- bzw. Rechtshilfsweg erfolgen.³³ Diese kategorische Aussage scheint nicht nur der anschliessenden Erwägung des Bundesgerichts zu widersprechen, wonach es für die Strafbar-

keit nach Art. 271 Ziff. 1 StGB nicht auf die «Natur der Daten», sondern die Wahrung des staatlichen Machtmonopols ankomme.³⁴ Vor allem übersieht diese Auffassung zumindest in ihrer Absolutheit, dass es für eine Partei z.B. im Rahmen eines Zivilverfahrens zur Interessenwahrung durchaus erforderlich sein kann, dem Gericht Daten vorzulegen, über welche diese Partei nach dem erwähnten Massstab des Bundesgerichts nicht frei verfügen kann. Dies ist in Zivilverfahren in der Schweiz grundsätzlich zulässig und entspricht gängiger Praxis. Weshalb der gleiche Vorgang als Handlung für einen fremden Staat strafbar sein soll, wenn eine Partei solche Daten zur Wahrung ihrer Interessen in einem ausländischen Zivilverfahren einreicht, ist nicht nachvollziehbar.³⁵ Es wäre daher zu begrüssen gewesen, wenn das Bundesgericht seine Erwägungen im vorliegenden Leiterteil entweder stärker auf den konkret zu beurteilenden Fall begrenzt oder aber sich im Einzelnen mit den Konstellationen auseinandergesetzt hätte, für welche die Lehre die Frage diskutiert, ob und inwieweit die Sammlung und Verwendung von Dokumenten für ein ausländisches Verfahren strafbar sein kann.³⁶

Das gilt nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass die für die Beurteilung von Gesuchen für eine Bewilligung im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 StGB zuständigen eidgenössischen Departemente, insbesondere das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), in ihrer (derzeit leider nicht mehr aktuell publizierten) Bewilligungspraxis³⁷ eine wesentlich grosszügigere Auffassung vertreten als das Bundesgericht in seinem neuen Urteil. Konkret hielt das EJPD in einer nicht publizierten Verfügung aus dem Jahr 2020 fest, dass die Einreichung von Unterlagen in einem ausländischen Zivilverfahren grundsätzlich keine Handlung ist, die einer schweizerischen Behörde vorbehalten ist bzw. die materiell als amtliches Handeln qualifiziert werden muss. Das gilt gemäss jener Verfügung nicht bloss für eigene Informationen, sondern auch in Bezug auf identifizierende Informationen über Drittpersonen. Die Praxis einzelner Bundesbehörden, wonach solche Daten nur auf dem Amts- bzw. Rechtshilfsweg übermittelt werden können, ist gemäss EJPD in Zusammenhang mit der Übermittlung von Kunden- oder Mitarbeiterdaten durch Finanzinstitute entwickelt worden.³⁸ Nach u.E. zutreffender Auffassung des EJPD

³¹ BBl 1935 743.

³² BBl 1935 743.

³³ Vgl. E. 1.4.2.

³⁴ Vgl. E. 1.4.3.

³⁵ Vgl. dazu die zutreffende Auffassung der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich in ZR 104 (2005) Nr. 62, S. 233, wonach «[e]s nicht sein [kann], dass Tätigkeiten, die in innerstaatlichen Prozessen erlaubt sind, unter dem Gesichtspunkt der Landessouveränität plötzlich strafbar sein sollen, wenn sie Auswirkungen auf ein ausländisches Verfahren haben.»

³⁶ Vgl. E. 1.4.2., in welcher das Bundesgericht dies ausdrücklich ablehnt.

³⁷ Vgl. für die publizierte Praxis z.B. VPB 2016.3, 2016.4, 2016.7, 2016.8.

³⁸ Vgl. auch den Hinweis von DAMIAN GRAF, Mitwirkung in ausländischen Verfahren im Spannungsfeld mit Art. 271 StGB, Unter Berücksichtigung der jüngsten Bewilligungspraxis von EJPD und EFD, GesKR 2/2016, S. 168 ff, 183 f.

kann diese Praxis jedoch nicht auf die Übermittlung von Dokumenten durch eine Partei in einem ausländischen Zivilverfahren Anwendung finden, wenn diese Daten lediglich für Zwecke dieses Verfahrens und nicht für ein hängiges oder potentielles Verfahren einer Drittperson verwendet werden sollen. Es wäre zu begrüßen gewesen, wenn das Bundesgericht in seinem – die Übermittlung von Kundendaten durch eine Vermögensverwaltungsgesellschaft betreffenden – Leiturteil seinerseits festgehalten hätte, dass in diesen, sich erheblich unterscheidenden Konstellationen eine differenzierte strafrechtliche Beurteilung erforderlich ist.

3. Inwiefern ist der Lageort von Daten für die Beurteilung der Anwendung von Art. 271 StGB nach wie vor hilfreich?

Für die Beratungspraxis ebenfalls hilfreich gewesen wäre, wenn das Bundesgericht bei der Prüfung der Tatbestandsmässigkeit den Lageort von Daten, die für ein ausländisches Verfahren herausgegeben werden, anhand der von der Lehre entwickelten Grundsätze als Abgrenzungskriterium festgehalten hätte.

Aus dem Leiturteil ergibt sich zwar (wenn auch etwas versteckt), dass die Herausgabe von Daten, die ausschliesslich im Ausland belegen sind, den objektiven Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 StGB nicht erfüllt³⁹ und insoweit ein «Safe Harbor» besteht. In Bezug auf Daten, welche sich neben der Schweiz auch im Ausland befinden, lassen die höchstrichterlichen Erwägungen des Bundesgerichts jedoch die für die Praxis wünschbare Klarheit vermissen.

Obschon es angesichts des konkret beurteilten Sachverhalts nachvollziehbar scheint, den Umstand, dass die betroffenen Daten auch im Ausland vorhanden waren, nicht als straffausschliessend zu qualifizieren, wäre es u.E. nicht erforderlich gewesen, solche Daten einzig dann vom Anwendungsbereich von Art. 271 Ziff. 1 StGB auszunehmen, wenn sie sich auch bereits in dem Staat befinden, in welchem das ausländische Verfahren hängig ist. Die dahingehende Interpretation der Lehrmeinungen von DAMIAN GRAF⁴⁰, MARKUS HUSMANN⁴¹ und DAVID ROSENTHAL⁴² durch das Bundesgericht⁴³ überzeugt nicht. Inwiefern jedenfalls die Erhebung von Daten, die sich ohnehin bereits bestimmungsgemäss auch in einem anderen ausländischen Staat befinden und auf die dort zugegriffen werden kann, die schweizerische Souveränität verletzen soll, ist nicht nachvollziehbar. Die diesbezüglichen Erwägungen des Bundesgerichts wecken u.E. ohne Not zumindest Zweifel

an der in Literatur und Beratungspraxis vertretenen Faustregel, wonach die Verwendung von bereits (irgendwo) bestimmungsgemäss auch im Ausland vorhandenen (und nicht bloss zur Umgehung ins Ausland verbrachten) Daten für die Zwecke eines ausländischen Verfahrens nicht in den Anwendungsbereich von Art. 271 Ziff. 1 StGB fallen. Die Anwendung von Art. 271 Ziff. 1 StGB im vorliegenden Fall ergab sich nämlich ohnehin bereits aus dem vom Bundesgericht erwähnten Umstand, dass die betreffenden Daten unstrittig von der Schweiz aus in die USA geliefert worden waren.⁴⁴

4. Fazit

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass das neue Leiturteil des Bundesgerichts Art. 271 Ziff. 1 StGB nur in beschränktem Umfang klarere Konturen gibt und die bestehenden Rechtsunsicherheiten bei der Anwendung dieses Tatbestandes im Zusammenhang mit der Verwendung von nicht frei verfügbaren Daten für ausländische Verfahren nicht behebt.

Konkretere Abgrenzungskriterien ergeben sich jedoch teilweise aus der Spezialgesetzgebung, welche eine solche Verwendung bzw. Übermittlung unter gewissen Voraussetzungen zulässt und damit vom Anwendungsbereich von Art. 271 Ziff. 1 StGB ausnimmt. Dazu gehören Art. 42c FINMAG und das diesbezügliche Rundschreiben der FINMA⁴⁵, welche die Übermittlung von gewissen Informationen an ausländische Aufsichtsbehörden zulassen, sofern die Rechte von Kunden und Mitarbeitern gewahrt bleiben.

Ausserhalb des Anwendungsbereichs solcher Spezialregelungen und soweit der Amts- oder Rechtshilfeweg nicht zur Verfügung steht, besteht zudem die Möglichkeit, beim zuständigen Departement eine Bewilligung im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 StGB zu beantragen. Eine entsprechende Verfügung schliesst eine Strafbarkeit zumindest praktisch selbst dann aus, wenn darin keine Bewilligung erteilt, aber immerhin festgehalten wird, dass die konkrete Handlung den Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 nicht erfüllt. In der Praxis werden solche Bewilligungsgesuche insbesondere vom EJPD nicht nur grosszügig gehandhabt, sondern wenn nötig auch kurzfristig behandelt.

³⁹ E. 1.3.2.

⁴⁰ Vgl. GRAF, a.a.O., S. 179 f.

⁴¹ Vgl. BSK StGB-HUSMANN, Art. 271 StGB, N. 72.

⁴² Vgl. ROSENTHAL, a.a.O., N. 35 zu Art. 271 StGB.

⁴³ Vgl. E. 1.4.3.

⁴⁴ Vgl. E. 1.4.3.

⁴⁵ FINMA-RS 17/6 «Direktübermittlung» in der Fassung vom 4. März 2021.