

PROF. DR. H. WALDER
REBZELG
3136 SEFTIGEN

Seftigen, den 29. August 1975

An den
Verein Schweizerischer
Maschinen-Industrieller,
Kirchenweg 4,
8032 Z ü r i c h .

An die
Schweizerische Gesellschaft
für Chemische Industrie,
Nordstrasse 15,
8035 Z ü r i c h .

Sehr geehrte Herren!

G U T A C H T E N

I.

Einleitende Bemerkungen

Die Société Générale de Surveillance S. A., Genf, nachfolgend "SGS" genannt, übt als private Unternehmung auf schweizerischem Gebiet Ueberwachungsfunktionen aus, gemäss Rationenbuch "en contrôlant, entre autre, la quantité, la qualité et la conformité de tous produits bruts et de tous objets semifabrikés et manufacturés, etc.". Diese Kontrollen betreffen u. a. Exportgüter der Schweiz und werden für den ausländischen Importeur sowie, zur Verhinderung von Devisenvergehen, auch für staatliche Stellen des Auslandes vorgenommen. Als Ergebnis ihrer Prüfungen gibt die SGS schriftliche Erklärungen ab, sog. "Attestations de vérification" bzw. "Avis de refus d'attestation", welche auch in die Hände der interessierten ausländischen Staatsstellen gelangen, worauf den Importeuren dieser Länder entsprechende Devisen zur Verfügung gestellt werden oder nicht.

Sie haben den Unterzeichneten mit Schreiben vom 15. bzw. 23. Juli 1975 ersucht, er möge sich zur Frage der Vereinbarkeit solcher Kontrollen und Mitteilungen der SGS mit den Art. 271 und 273 StGB äussern und zur "Consultation" von Herrn a. Bundesrichter Schwartz vom 5. Mai 1975 Stellung beziehen.

Der Unterzeichnete gibt Ihnen nachstehend seine gutachtliche Stellungnahme bekannt:

II.

Die Tätigkeit der SGS und Art. 271 StGB

1. Wer kann Täter im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 StGB sein?

Nach 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". Täter kann jedermann sein, sofern er die Handlungen wenigstens zum Teil auf schweizerischem Gebiet ausführt. Es ist unbestritten, dass die SGS die in Frage stehende Kontrolltätigkeit durch ihre Organe mindestens zum Teil auf schweizerischem Hoheitsgebiet ausübt.

Als Täter treten zwar häufig Mitglieder ausländischer Behörden oder ausländische Beamte in Erscheinung. Bekannt geworden sind vor allem unerlaubte Ermittlungshandlungen ausländischer Beamter der Steuerfahndung, des Zolls, der Polizei etc. Täter können aber auch Private sein, Ausländer oder Schweizer, die direkt oder indirekt für einen ausländischen Staat oder für eine fremde Staatsstelle auf Schweizer Territorium recherchieren, inspizieren, Beweise erheben, etwas beschlagnehmen und dgl. Daher sagte das Bundesstrafgericht in einem Fall (ZStrR 1954, S. 309): "... die Anmassung amtlicher Gewalt durch einen Privaten genügt, wenn die Handlung im Interesse des fremden Staates vorgenommen wird." Als Beispiele mögen dienen: Private, die hier für einen ausländischen Zollfahndungsdienst tätig sind, d. h. Schmuggler denunzieren; private Bücherrevisoren, die für staatliche Stellen des Auslandes (z. B. Steuerbehörden) die Bücher von Firmen in der Schweiz kontrollieren; Schweizer Anwälte, die für Anwälte im Ausland und dort hängige Verfahren Beweise aufnehmen (SJZ 1969, S. 33 ff.) usw.

Die SGS ist eine private Unternehmung, eine schweizerische Aktiengesellschaft, die durch ihre Organe handelt. Unzweifelhaft können auch Organe einer privaten Gesellschaft den Tatbestand von Art. 271 StGB erfüllen.

2. Für wen hat der Täter zu handeln?

Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB - der zweite Absatz kann hier ausser Betracht bleiben - setzt voraus, dass der Täter die betreffenden Handlungen "für einen fremden Staat" vorgenommen habe. Gleiches oder ähnliche Wendungen finden sich in anderen Strafbestimmungen: "im Interesse eines fremden Staates" (Art. 272 StGB), "für einen fremden Staat" (Art. 274 und 301 StGB). Das Wort "für" wurde gewählt, "um zum Ausdruck zu bringen, dass nicht ein Auftragsverhältnis vorzuliegen brauche" (Sten. Bulletin 1935, Nat.-Rat, S. 224). Ein Auftragsverhältnis kann aber bestehen. Es ist somit denkbar, dass die betreffenden Handlungen (1) im Auftrage des fremden Staates (oder einer Staatsstelle) erfolgen oder (2) dass der Täter seine Aktivität als eine Art "Geschäftsführung ohne Auftrag" ansehe und sie zum möglichen Nutzen eines fremden Staates ausführe. Der Nachweis des Eintrittes eines Nutzens ist indessen nicht erforderlich.

Ob der Täter seine Handlungen nur für einen fremden Staat ausübe oder auch und vorwiegend für private Personen oder Unternehmungen des Auslandes, kann nicht entscheidend sein. Es genügt, wenn die Handlungen auch den Interessen des ausländischen Staates dienen und dienen sollen, dass der Täter so gehandelt hat, als würde er hier auch für eine ausländische Staatsstelle tätig sein. So können beispielsweise Kontrollhandlungen gleichzeitig für einen ausländischen Privaten und für eine staatliche Stelle des Auslandes vorgenommen werden. Oder der Täter handelt teilweise im Interesse einer ausländischen privaten Unternehmung und teilweise für einen fremden Staat. Schon in BGE 65 I 39 ff. (42) wurde daher richtig unterschieden: "Denn die Tätigkeit des Beschwerdeführers verfolgte ein doppeltes Ziel: einerseits die Vornahme von Feststellungen, um die ... gewünschte privatrechtliche Auseinandersetzung ... herbeiführen zu können, und andererseits die Prüfung der Verhältnisse gemäss den behördlichen Weisungen aus steuer- und devisen- sowie strafrechtlichen Gründen."

Keine Rolle spielt, ob die Ergebnisse der Handlungen, z. B. der Kontrolltätigkeiten, der Augenscheine etc., dem fremden Staat direkt zugehen oder ob der Täter dazu eine Mittelsperson benützt, etwa die ausländische Unternehmung, für welche die Kontrollen ebenfalls bestimmt sind.

Es darf davon ausgegangen werden, dass die SGS die von schweizerischen Unternehmungen exportierte Ware nicht nur für ausländische private Kunden, sondern auch für die betreffenden Fremdstaaten kontrolliert, um letzteren bei der Verteilung von Devisenvergehen zu helfen. Ob ein eigentliches Auftragsverhältnis zwischen der SGS und den in Frage stehenden Staaten oder staatlichen Stellen existiere, kann aufgrund der vorliegenden Dokumente nicht mit letzter Sicherheit gesagt werden. Die SGS weigert sich, Einblick in ihre Abmachungen mit den Kunden und den Fremdstaaten zu gewähren. Es gibt aber offenbar ausländische Regierungserlasse, Direktiven oder Abmachungen, welche die Kontrolltätigkeit der SGS näher bestimmen. Daher heisst es z. B. in einem Formular einer "Attestation": "(selon réglementation des importations en Rép. du Zaïre)". In einem Schreiben der Schweizerischen Gesellschaft für Chemische Industrie an den Vorort des Schweizerischen Handels- und Industrie-Vereins vom 11. September 1973 wird ferner ausgeführt: "... die Direktion der SGS in Genf habe" (im Fall einer sich beschwerenden Schweizer Firma) "beschlossen, den gewünschten Erlass aus prinzipiellen Gründen nicht zuzustellen; es läge an der Firma, die notwendigen Informationen in Ghana einzuholen!" Sodann wird in einem Schreiben des Vereins Schweizerischer Maschinen-Industrieller an den Unterzeichneten vom 28. Juli 1975 festgehalten: "Wir bestätigen Ihnen auch noch, dass wir anlässlich der Besprechung der Vertreter der interessierten Verbände und Branchen mit der Handelsabteilung (Herr Minister Moser, Herr Dr. Arioli und Herr Dr. Vogel von der Bundesanwaltschaft) erfahren haben, dass die Société Générale de Surveillance S. A. der Aufforderung der Handelsabteilung zur Herausgabe der Verträge mit ihren Auftraggebern nicht entsprochen hat." Dabei sind unter diesen Auftraggebern Regierungs- oder Staatsstellen zu verstehen, denn in der mehrfach erwähnten "Consultation" (S. 7/8) heisst es: "Au vu de l'ensemble des contrats conclus par la SGS avec les Etats" (!) "africains, il ne peut y avoir le moindre doute que les accords en question sont destinés exclusivement à assurer la régularité" (!) "des exportations ..." Auf S. 7 der gleichen "Consultation" spricht Herr a. Bundesrichter Schwartz gar vom Honorar, das die SGS für ihre Kontrolltätigkeit von diesen Staaten (nicht von den Abnehmern der Ware) beanspruche. Solche Vereinbarungen mit Fremdstaaten sind im Hinblick auf die Funk-

tion der SGS unter den gegebenen Umständen eigentlich ganz natürlich: Denn, wie könnten diese Staaten Vertrauen in die Kontrolltätigkeit einer ausländischen privaten Gesellschaft haben, die nur im Auftrage und im Interesse der Importeure tätig wäre, die den interessierten Staaten nicht näher bekannt ist und mit der diese Staaten keinerlei Abmachungen getroffen haben?!

Nach dem Gesagten ist es somit höchst wahrscheinlich, dass für die Tätigkeit der SGS eigentliche Aufträge oder Direktiven der interessierten Staaten vorliegen und dass die Kontrollen oder ein Teil derselben nicht nur nebenbei oder als Nebenwirkung für die Fremdstaaten von Nutzen sind. Die Tätigkeit der SGS würde sonst von diesen Staaten kaum bezahlt. Auf ein Auftragsverhältnis oder Direktiven lassen übrigens auch die "Attestations" schliessen; es heisst darin: "La quantité de la présente livraison correspond à celle figurant dans la déclaration d'importation." Es wird damit auf die dem Staat gegenüber abgegebene Einfuhrdeklaration Bezug genommen, nicht auf die Bestellung. Für den Importeur würde die Erklärung genügen, die Ware sei bestellungskonform. Schliesslich geht auch die Notiz der Handelsabteilung vom 31. März 1966 davon aus, dass nach Auffassung der Bundesanwaltschaft die Kontrolltätigkeit der SGS mindestens teilweise im Rahmen ausländischer Devisengesetze erfolge und insofern als eine solche für fremde Staaten im Sinne von Art. 271 StGB anzusehen sei.

Wenn von schweizerischen Behörden vorgeschlagen worden ist (es sei auf die bereits erwähnte Notiz der Handelsabteilung hingewiesen), "que les actes de contrôle soient exécutés par la Société générale de surveillance pour le compte de l'importateur congolais", so geschah dies vermutlich, um das Mandat des Staates nicht allzusehr aufscheinen zu lassen. Das änderte und ändert aber nichts an der Tatsache, dass die Kontrolltätigkeit der SGS bewilligungspflichtig ist, weil sie wesentlich auch im Interesse fremder staatlicher Stellen erbracht wird.

Herr a. Bundesrichter Schwartz hat an sich mit Recht darauf hingewiesen (S. 3 seiner Consultation): "Dès lors, on ne voit pas pour quelle raison un renseignement fourni directement et à sa demande à un Etat étranger ou à une de ses organisations (Baque de l'Etat etc.) serait punissable du moment qu'il est licite de lui faire parvenir le même renseignement en utilisant un détour." Die Meinung der Handelsabteilung dürfte jedoch

kaum die gewesen sein, dass bei dem proponierten Wechsel des Mitteilungsempfängers - an die Stelle des fremden Staates solle der ausländische Importeur treten - die Anwendung des Art. 271 StGB bzw. die Bewilligungspflicht dahinfalle. Eine solche Meinung wäre unrichtig und von der Bundesanwaltschaft sicher nicht gebilligt worden. Es scheint der Handelsabteilung lediglich um eine gewisse "Kosmetik" gegangen zu sein. Jedenfalls ergibt sich aus einer dem Unterzeichneten vorliegenden Verfügung des Vorstehers des Eidgen. Volkswirtschaftsdepartementes vom 26. Februar 1974 mit aller Deutlichkeit, dass man die Tätigkeit der SGS in solchen Fällen auch dann als bewilligungspflichtig ansah und ansieht, wenn das Prüfungsergebnis an den ausländischen Importeur adressiert wird - und von dort der fremdstaatlichen Stelle unterbreitet wird. Diese Rechtsauffassung ist auch die einzig vertretbare.

Wenn Herr a. Bundesrichter Schwartz (auf S. 4 seiner Consultation) weiter ausführt: "Il importe cependant de ne pas perdre de vue que cette activité répond en outre" (!) "et surtout à des besoins strictement privés.", so mag das zutreffen, ist aber nicht entscheidend. Die Handlungen werden eben auch (und zwar offensichtlich auftragsgemäss) für einen fremden Staat bzw. eine seiner Stellen vorgenommen, weshalb Art. 271 StGB anzuwenden ist. Daher kann der Unterzeichnete der weiteren Meinungsäusserung von Herrn a. Bundesrichter Schwartz nicht zustimmen, welche lautet (S. 4 der Consultation): "Le seul fait qu'une activité sert indirectement aussi les intérêts d'un Etat étranger ne saurait suffire pour permettre de la considérer comme étant exercée pour cet Etat." Sie widerspricht den bereits zitierten Ausführungen des Bundesgerichtes in BGE 65 I 39 ff. Kontrollhandlungen und dgl. können, wie im betreffenden Entscheid richtig differenziert wird, verschiedene Funktionen haben: Sie können für rein private Zwecke durchgeführt werden, gleichzeitig oder teilweise aber auch für eine fremde staatliche Stelle. Das genügt für die Anwendung von Art. 271 StGB. Einer Umgehung dieser Strafbestimmung wären sonst Tür und Tor geöffnet. Ausländische Staatsstellen könnten sich hinter privaten Unternehmungen verschanzen. In BGE 65 I 39 ff. (44) heisst es denn auch: "Gerade diese getarnten und deswegen gefährlichen Angriffe" (durch Private für einen fremden Staat) "auf die Gebietshoheit sollen nach Zweck und Wortlaut des

Gesetzes getroffen werden."

3. Was sind Handlungen, "die einer Behörde oder einem Beamten zukommen?"

Art. 271 Ziff. 1 StGB will nur bestimmte Kategorien von Handlungen erfassen: Amtshandlungen und amtsähnliche Handlungen, oder (wie im Gesetzestext umschrieben) Handlungen, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen. Zu diesen Kategorien gehören nach einhelliger Auffassung z. B. nicht journalistische Reportagen über die Verhältnisse in der Schweiz, über schweizerische Persönlichkeiten oder Unternehmungen, auch wenn die betreffenden Tätigkeiten mit Befragungen (Interviews), Augenscheinen usw. verbunden sind, immer vorausgesetzt, diese Handlungen werden ausschliesslich im Interesse einer Zeitung oder dgl. vorgenommen und nicht für fremde staatliche Stellen (Parteien oder ähnliche Organisationen). Auch Ueberprüfungen privater Verträge und Lieferungen, etwa die Vertragskonformität schweizerischer Lieferungen im Auftrage und ausschliesslichen Interesse ausländischer privater Abnehmer sind keine Handlungen, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen. Was sind also Handlungen, die unter Art. 271 Ziff. 1 StGB fallen?

E. Hafer erklärt (Schweiz. Strafrecht, Bes. Teil II, S. 677), es seien Handlungen, die "ihrem Wesen nach in die Zuständigkeit einer schweizerischen Behörde oder eines schweizerischen Beamten gehören" und nennt die folgenden: "Polizeiliche Erhebungen, Festnahmen, Verhaftungen, prozessuale Vernehmungen, Augenscheine, Vollstreckungshandlungen, Erhebungen für ausländische Zollbehörden, Devisenstellen usw." Diese Aufzählung ist, wie das "usw." andeutet, unvollständig. Doch wenn man das übrige Schrifttum konsultiert, findet man nicht viele weitere Beispiele. Es werden immer wieder vor allem Tätigkeiten im Rahmen repressiver Staatstätigkeit genannt: Verhaftungen, Hausdurchsuchungen, Ermittlungen und dgl. für ein ausländisches Strafverfahren, einen Fiskalprozess etc. Allein, damit wird die Tragweite des Art. 271 StGB, wie sie aus der nicht immer publizierten Praxis unserer Behörden aufscheint, nur unvollständig und zum Teil schief dargestellt. Eine löbliche Ausnahme bildet die Arbeit "Schweizerischer Staatsschutz gegen ausländisches

Wirtschaftsrecht" (Schweiz. Zentralblatt f. Staats- und Gemeindeverwaltung, Hefte 5 und 6 des Jahres 1964) von K. Reichlin. Er weist daraufhin, dass es auch andere Fälle gibt, dass z. B. die amerikanische Regierung ihre Angehörigen bei internationalen Organisationen in der Schweiz "Loyalitätsprüfungen" unterwerfen wollte, die Schweiz jedoch unter Hinweis auf Art. 271 StGB solche Handlungen untersagte usw. Er nennt Beispiele von abgelehnter oder bewilligter, nota bene nicht repressiver Amtstätigkeit oder amtsähnlicher Aktivität fürs Ausland.

Art. 271 StGB ist aus dem BB betr. den Schutz der Eidgenossenschaft, dem sog. Spitzelgesetz vom 21. Juni 1935 (AS 1935, S. 482) hervorgegangen. Schon das Spitzelgesetz sprach von Handlungen "für einen fremden Staat, die an sich einer Behörde oder einem Beamten zukommen". In den vorausgegangenen parlamentarischen Beratungen hatte man einen engeren Begriff, nämlich den der "Amtshandlung" zurückgewiesen und verlangt, dass auch "amtsähnliche" Handlungen erfasst werden. Das geschah dann mit der Formel "Handlungen ..., die an sich einer Behörde oder einem Beamten zukommen". Man wollte, wie J. Outry ("Verletzung schweizerischer Gebietshoheit durch verbotene Handlungen für einen fremden Staat", Zürich 1951, S. 47 ff.) festhält, die in Frage stehenden Amtshandlungen oder amtsähnlichen Aktivitäten möglichst vollständig erfassen.

Es ist also nicht so, dass Art. 271 Ziff. 1 StGB nur Handlungen erfassen könnte, bei welchen der Täter mit Imperium aufgetreten bzw. im Rahmen eines repressiven Verfahrens des Auslandes aktiv geworden ist. Gewiss stehen solche Handlungen im Vordergrund. Aber es wäre unrichtig zu glauben, nur sie gehörten zu den von Art. 271 StGB erfassten Kategorien von Handlungen. Mit Recht hat schon K. Reichlin (op. cit.) diese Auffassung zurückgewiesen, und die ständige Praxis unserer Behörden (Bundesrat, Departemente, Bundesanwaltschaft) geht deutlich dahin: amtliche oder amtsähnliche Handlungen für einen fremden Staat, ob im Rahmen eines repressiven Verfahrens des Auslandes oder nicht, ob der Täter mit Imperium aufträte oder nicht, Art. 271 StGB zu unterstellen. Weder dem Gesetzestext noch den Materialien ist nämlich zu entnehmen, dass man eine Einschränkung in der

einen oder andern Richtung vornehmen wollte, im Gegenteil, es sollten möglichst alle Amtshandlungen oder amtsähnlichen Tätigkeiten erfasst werden. Die Souveränität eines Staates wird ja nicht nur durch ausländische Beamte oder durch Leute im Dienste solcher Stellen tangiert oder beeinträchtigt, wenn diese mit wirklichem oder vorgetäuschem Imperium auftreten oder für ein repressives Verfahren tätig werden. Jede amtliche oder amtsähnliche Tätigkeit für das Ausland auf Schweizer Boden kommt auf unerwünschte Weise mit unserer Herrschaftsmacht in Konflikt; sie muss also bewilligt sein oder dem Völkerrecht entsprechen.

Wenn daher Herr a. Bundesrichter Schwartz (auf S. 4 seiner Consultation) im Zusammenhang mit dem Hinweis E. Hafters auf "Augenscheine" und "Erhebungen" die Auffassung vertritt: "Mais là aussi il ne peut s'agir que d'actes devant servir la marche d'une procédure et destinée à permettre une répression pénale ou administrative.", so ist dem kategorisch zu widersprechen. Art. 271 Ziff 1 StGB limitiert, wie ausführlich dargelegt, die unerlaubten Handlungen nicht auf solche in einem repressiven Verfahren des Auslandes, sondern erfasst seinem klaren Wortlaut nach alle (nicht bewilligten) Handlungen, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen, ob hier ohne Bewilligung polizeiliche Ermittlungen durchgeführt werden oder ob der Fremdstaat eine Trauung durchführen lasse (z. B. ausserhalb seines Konsulates), ob hier fürs Ausland und einen dortigen Strafprozess unerlaubterweise Beweisstücke beschlagnahmt werden oder ob jemand fürs Ausland einen Nachlass sichere. Es spielt auch keine Rolle, ob der Täter einen "Zeugen", den er ohne Erlaubnis befragen soll, mit Zwang bedrohe oder ob er ihn freundlich zu Aussagen einlade.

Die Praxis unserer Behörden, insbesondere diejenige der Bundesanwaltschaft hat denn auch immer alle in der Schweiz für einen fremden Staat (eine fremde Partei oder Organisation) vorgenommenen Handlungen, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen, nach Art. 271 StGB strafrechtlich verfolgt oder die betreffenden Staaten oder Personen rechtzeitig darauf aufmerksam gemacht, dass ihre Tätigkeit einer Bewilligung bedürfe. Somit fallen alle Handlungen unter Art. 271 Ziff. 1 StGB, welche im Sinne unserer Bundes-, Kantonal- und Gemeindegeseztgebung den Organen des Staates vorbehalten sind - oder wären, wenn sie in unserer Rechtsordnung hätten geregelt werden müssen.

Letzteres ist vor allem im Hinblick auf Sonderregelungen des Auslandes im Bereiche der Devisenbewirtschaftung und -kontrolle bedeutsam: Selbst wenn die Schweiz zu einem gegebenen Zeitpunkt keinerlei Devisengesetzgebung kennen würde, wäre eben eine Kontrolle des Devisenverkehrs grundsätzlich den Behörden vorbehalten. Man hat daher nie in Frage gestellt, dass Handlungen im Interesse eines fremden Staates, die eine Devisenkontrolle zum Inhalt haben oder einer solchen dienen sollen, Handlungen im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 StGB sind, ob die Schweiz eine ähnliche Devisenkontrolle besitze oder nicht: BGE 65 I 39 ff.

Um diese Ausführungen zu illustrieren, um insbesondere zu zeigen, dass nicht nur Handlungen im Rahmen eines repressiven Verfahrens des Auslandes oder ein Auftreten mit Imperium Art. 271 Ziff. 1 StGB unterliegen, seien weitere Beispiele aus der Praxis genannt:

- Hoheitsakte für einen ausländischen Staat durch diplomatische Vertreter des betreffenden Staates in^{der} Schweiz: erlaubt durch internationale Abkommen, Gesetz oder Gewohnheitsrecht;
- Kontrollen ausländischer Grenzpolizei- und Zollbeamter auf schweizerischem Gebiet (in Grenzbahnhöfen und auf Zügen): erlaubt aufgrund von Vereinbarungen;
- Polizeiliche Schutzmassnahmen ausländischer Bewacher ("body guards", "Gorillas") bei Besuchen fremder Staatsoberhäupter: Es werden jeweils besondere Bewilligungen ausgestellt;
- Andere Handlungen durch "Kontrolleure", die in der Schweiz im Interesse des Auslandes (und der Schweiz) tätig sind: so der US Food and Drug Administration, die durch Vertrauenspersonen, aber aufgrund zwischenstaatlicher Abmachung Betriebe der Pharma-Industrie inspizieren lässt (sog. "plant inspections"); Kontrolle der friedlichen Verwendung des Urans in unseren Atomenergie-Anlagen durch ausländische Beamte oder Personen gemäss einem Abkommen; In-Augenschein-Nahme der Schweizer "Niederlassung" einer ausländischen Stiftung durch fremde Beamten mit entsprechender Bewilligung der Schweizer Behörden usw.

In allen diesen Fällen kann von einer Amtstätigkeit im Rahmen eines repressiven Verfahrens des Auslandes bzw. von der Handhabung des Imperiums keine Rede sein. Nicht selten geht es einfach um z. T. "technische" oder kontrollierende Tätigkeiten, aber eben doch um Tätigkeiten, die für einen ausländischen Staat vorgenommen werden und Grundlage für eine weitere Tätigkeit des Fremdstaates sind: Erteilung einer Bewilligung, Entzug einer solchen usw. Dabei ginge es nicht an zu sagen, man

könne ja die rein technische Kontrolltätigkeit in der Schweiz von der nachher getroffenen Entscheidung im Ausland trennen und ersterer den Charakter einer amtlichen Kontrolle absprechen. Beide Vorgänge gehören zusammen und bilden eine amtliche Tätigkeit, die eben teilweise in der Schweiz vorgenommen wird und damit nach Art. 271 Ziff. 1 StGB bewilligungspflichtig oder strafbar ist. Es kann also Herrn a. Bundesrichter Schwartz wiederum nicht zugestimmt werden, wenn er (auf S. 5 seiner Consultation) erklärt, es handle sich bei der Tätigkeit der SGS nicht um eine solche im Rahmen eines ausländischen repräsentativen Verfahrens und deshalb unterständen die betreffenden Handlungen nicht Art. 271 StGB. Wie dargetan unterliegen auch Handlungen anderer Art der genannten Bestimmung bzw. einer Bewilligungspflicht, insbesondere solche, welche dem ausländischen Staat die Unterlagen dafür liefern sollen "que les conditions exigées pour l'autorisation d'un transfert de devises sont réalisées".

Nun gibt es (wie bereits ausgeführt) Handlungen, welche teils für einen ausländischen Privaten, teils für eine fremde Staatsstelle vorgenommen werden. Ja, es gibt Handlungen, die gleichzeitig beide Funktionen haben können. So sagt etwa G. Stratenwerth (Strafrecht, Bes. Teil II, S. 554): "auch ein Journalist oder Privatdetektiv usw. kann recherchieren". Geschehen Handlungen teils für einen ausländischen Privaten, teils für eine fremde Staatsstelle, dann unterstehen eben die letzteren Art. 271 StGB. Haben die Handlungen gleichzeitig beide Funktionen, private und amtsähnliche, so unterstehen sie eben in dieser zweiten Funktion Art. 271 StGB. Ob "Recherchen" dem einen oder andern Zweck dienen, ist eine Tatfrage, die sich meistens lösen lässt: Die Handlung mag als solche "ambivalent" sein; der Nutzniesser ist es normalerweise nicht, jedenfalls dann nicht, wenn er eine staatliche Stelle des Auslandes ist. Mögen die von der SGS durchgeführten Kontrollen zu einem (erheblichen) Teil dem ausländischen privaten Importeur dienen; sie erfolgen unbestreitbar auch und in gewisser Hinsicht ausschliesslich für eine ausländische Behörde, für die im Hinblick auf die Devisenkontrolle zuständige Staatsstelle, und damit werden die Kontrollen der SGS zu amtlichen oder amtsähnlichen Handlungen. Diese erfüllen nach dem Gesagten den Tatbestand des Art. 271 StGB, wenn sie von der zuständigen Schweizer Behörde nicht bewilligt sind.

4. Ausschluss der Tatbestandsmässigkeit durch Bewilligung der Handlungen

Handlungen, die an sich unter Strafbestimmungen von Vermögensdelikten fallen würden, und bestimmte andere scheinbar deliktische Handlungen sind dann nicht tatbestandsmässig bzw. rechtswidrig, wenn und weil der unmittelbar Betroffene zum voraus sein Einverständnis erklärt oder zum voraus eingewilligt hat: Daher kann man einen Einverständlichen nicht bestehlen und bei einem Zustimmenden keinen Hausfriedensbruch begehen. Der Wille des "Geschädigten" ist in diesen Fällen entscheidend, denn bei den betreffenden Rechtsgütern handelt es sich um Individualgüter, über die der Inhaber verfügen darf. Anders liegen die Dinge bei Art. 271 Ziff. 1 StGB. Der Wille des von der Handlung vielleicht unmittelbar Betroffenen spielt keine derartige Rolle. Es geht eben um den Schutz von Allgemeingütern, in concreto um den Schutz der Gebietshoheit der Eidgenossenschaft. Das Bundesgericht hat daher in BGE 65 I 39 ff. (46) erklärt: "Darauf, dass die Betroffenen, ... mit der Prüfung einverstanden gewesen seien, kann sich der Beschwerdeführer nicht als Strafausschliessungsgrund berufen. Denn die Verbote des Bundesbeschlusses" (jetzt Art. 271 StGB und andere Bestimmungen) "sind nicht in erster Linie zur Wahrung der Rechte Privater, sondern um der öffentlichen Ordnung und Sicherheit willen aufgestellt. Verletzt ist schweizerisches Hoheitsgebiet. Ein verbotener Angriff darauf kann nicht durch die Zustimmung von Privaten zu einer erlaubten Handlung werden."

Der Ausdruck "ohne Bewilligung" in Art. 271 Ziff. 1 StGB bezieht sich demnach nicht auf eine private, sondern auf eine behördliche Bewilligung. Da die sog. "auswärtige Verwaltung" Sache des Bundes ist, muss die in Frage stehende Bewilligung von den Bundesbehörden erteilt werden, d. h. vom Bundesrat oder (nach Delegation) durch ein Departement oder eine Abteilung. Mit seinem Beschluss vom 7. Juli 1971 hat der Bundesrat diese Sache allgemein geregelt und damit bekundet, dass er sein Bewilligungsrecht im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 StGB handhaben wolle. Liegt in bezug auf Handlungen, welche der Umschreibung des genannten Artikels entsprechen, keine behördliche Bewilligung vor, so erfüllen sie den Tatbestand. Wird dagegen eine Bewilligung erteilt, so schliesst das die Erfüllung des Tatbestandes aus: ein Merkmal ist dann eben nicht erfüllt.

Herr a. Bundesrichter Schwartz ist (auf S. 6 seiner Consultation) hinsichtlich der Tätigkeit der SGS der Meinung: "L'autorisation qu'elle a obtenue du Département de l'Economie publique se relève donc être, à cet égard, un acte non pas constitutif d'un droit, mais simplement déclaratif." Dazu ist jedoch anzumerken: Ob man die Bewilligung des Departementes "konstitutiv" oder "deklaratorisch" nennen wolle, ist ohne Belang. Entscheidend ist, dass dann, wenn sie nicht vorliegt, der Tatbestand des Art. 271 Ziff. 1 StGB erfüllt sein kann, wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind. Dass die SGS mit ihrer oben umschriebenen Tätigkeit Handlungen an den Tag legt, die dem Tatbestand des Art. 271 StGB entsprechen, ist eingehend dargelegt worden. Die SGS benötigt daher eine solche Bewilligung; sie macht sich sonst strafbar. Ja, sie macht sich auch strafbar, wenn sie die ihr auferlegten Bedingungen nicht einhält, denn wenn die Tätigkeit nur unter bestimmten Auflagen erlaubt worden ist, kann sie bei Missachtung dieser Auflagen nicht als bewilligt angesehen werden. Ferner: Die Bewilligung, wie sie am 26. Februar 1974 erteilt worden ist, gilt nur für die Kontrolle von Waren in bestimmte Länder. (Damit wird übrigens zum Ausdruck gebracht, dass es nicht auf den ausländischen Kunden ankomme, sondern auf den Staat und seine Devisenbestimmungen, für welchen die SGS auch tätig ist.) Diese Länderaufzählung ist abschliessend und kann nur durch eine ausdrückliche Erweiterung seitens der Bewilligungsbehörde geändert werden. Jede eigenmächtige Ausdehnung der Kontrolltätigkeit auf Waren für andere Länder stellt eine Verletzung der Bewilligung dar und ist nach Art. 271 StGB strafbar.

Die SGS sollte deshalb in aller Form auf die Folgen einer Tätigkeit ohne Bewilligung, nach Widerruf der Bewilligung oder bei Missachtung der Auflagen hingewiesen werden. Sie könnte sich, nach Kenntnisnahme dieses Gutachtens, auch nicht mehr auf Rechtsirrtum gemäss Art. 20 StGB berufen.

Das ganze Bewilligungsverfahren und die Strafnorm sind im übrigen sehr flexibel. Durch die Formel "ohne Bewilligung" wird klargestellt, dass eben ein Bewilligungsverfahren möglich ist, jedenfalls in Fällen, in denen es notwendig und richtig ist. Doch das ist weitgehend ein politischer Entscheid.

Ein Delikt nach Art. 271 Ziff. 1. StGB muss auch nicht unbedingt zu einer strafrechtlichen Verfolgung führen. Die genannte Strafbestimmung gehört zur Gruppe der politischen Straftatbestände, die nur mit Ermächtigung des Bundesrates (Art. 105 BStP) verfolgt werden können. Der Bundesrat kann also trotz Vorliegens einer strafbaren Handlung nach Opportunität entscheiden, ob er die Sache verfolgen lassen wolle.

5. Rechtfertigungsgründe?

Man könnte die Meinung vertreten, dass nur jene Tätigkeit für einen fremden Staat auf Schweizer Gebiet rechtswidrig sei, durch die der Täter irgendwie Zwang ausübe, und dies ohne Bewilligung. "Gewöhnliche" Kontrollen, Augenscheine usw. seien demgegenüber erlaubt, durch das Völkerrecht erlaubt, d. h., obwohl tatbestandmässig, gerechtfertigt. Dass das Völkerrecht auch für das Strafrecht Rechtfertigungsgründe "liefern" kann, ist bekannt und unbestritten. Ohne tiefer auf die bezüglichen, zum Teil kontroversen Grundsätze des Völkerrechts einzugehen, mag folgendes Zitat von W. K. Geck im "Wörterbuch des Völkerrechts" von Strupp/Schlochauer (Bd. I, Berlin 1960, S. 795) genügen:

"Im Schrifttum wird verschiedentlich die Zulässigkeit von Hoheitsakten behauptet, die weder Zwangsakte sind noch auf Zwangsakte zielen. Diese Unterscheidung ist jedoch nicht begründet und in der Praxis kaum durchführbar. Die Staatenpraxis zeigt vielmehr, dass auch staatliche Hoheitsakte, die keine Zwangshandlungen sind oder Zwangshandlungen nach sich ziehen, auf fremdem Staatsgebiet nur auf Grund eines völkerrechtlichen Titels statthaft sind."

Solche Titel sind eben u. a. Bewilligungen. Der Schweizer Gesetzgeber hat jedenfalls in Art. 271 StGB deutlich zum Ausdruck gebracht, er wolle entsprechende Handlungen nur straflos lassen, wenn sie bewilligt worden seien. In Weiterführung dieser Haltung hat der Bundesrat jenen bereits erwähnten Beschluss vom 7. Juli 1971 gefasst und damit die bisherige Bewilligungspraxis normiert.

6. Vorsatz

Art. 271 Ziff. 1 StGB umschreibt ein Vorsatzdelikt. Der Täter ist nur dann strafbar, wenn er die einzelnen Tatbestandsmerk-

male mit Wissen und Willen verwirklicht hat, wobei Eventualvorsatz genügt. Die Organe der SGS machen sich daher dann strafbar, wenn sie ihre Tätigkeit bewusst ohne Bewilligung ausüben oder vorsätzlich auf nicht bewilligte Länder ausdehnen sollten und wenn sie wissen oder ahnen, dass die Kontrollen nicht nur dem ausländischen Kunden, sondern auch fremden Devisenstellen dienen sollen. Dieses Wissen oder Ahnen ist sicher vorhanden, bestehen doch offenkundig Abmachungen mit Fremdstaaten oder Weisungen fremder staatlicher Stellen hinsichtlich der Durchführung der Kontrollen.

III.

Die "Attestation", der "Refus d'attestation" und Art. 273 StGB

1. Die "Attestation" und der "Avis de refus"

Der schweizerische Lieferant und der ausländische Abnehmer werden, um das Geschäft überhaupt abwickeln zu können, mit der Kontrolltätigkeit der SGS und der entsprechenden (direkten oder indirekten) Mitteilung an die ausländische Devisenstelle dann sicher einverstanden sein, wenn die Kontrolle günstig ausgefallen ist, wenn es also zu einer "Attestation de vérification" gekommen ist. Da ferner durch die Kontrolltätigkeit im Einzelfall wohl keine Geheimnisse Dritter preisgegeben oder gesamtschweizerische Interessen wirtschaftlicher Natur verletzt werden, wird man gegen ein positives Attest kaum etwas einwenden können. Anders liegen die Dinge in bezug auf den "Avis de refus d'attestation". Zwar müssen die schweizerischen Lieferanten und die ausländischen Kunden auch ein negatives Urteil der SGS in Kauf nehmen, was ein Scheitern des Geschäftes in dieser Form bedeutet. Mit dem In-Kauf-Nehmen des negativen Urteils haben sie aber nicht ohne weiteres einer Mitteilung an die ausländische Devisenstelle in Form eines "Avis de refus d'attestation" zugestimmt. Wenn der Unterzeichnete Herr n. a. Bundesrichter Schwartz richtig verstanden hat (S. 10 seiner Consultation), gelangt der "Avis" auf alle Fälle an die ausländische Devisenstelle, und die Beteiligten können das nicht verhindern: "De plus, l'exportateur sait que l'Avis de Refus est porté à la connaissance d'autorités étrangères." Die Geschäftspartner könnten nun trotz der Kontrolle der SGS - etwa

weil sie die Fähigkeiten der SGS-Kontrolleure unterschätzen - eine Devisenmanipulation versuchen und hoffen, ihr Tun werde nicht aufgedeckt. In einem solchen Falle dürfte man jedenfalls nicht davon ausgehen, die Vertragspartner hätten einer Meldung an die Devisenbehörden zugestimmt. Kommt es daher gleichwohl zu einem "Avis de refus", der direkt oder indirekt an die staatliche Stelle gemeldet wird, so stellt dies eine nicht erlaubte "Denunziation" dar. Zwar liegt bei einem "Avis de refus" nicht immer ein (versuchtes) Devisenvergehen vor; mitunter aber doch, und dann ist eben der "Avis" eine Denunziation. Wie ist dieser Fall im Hinblick auf Art. 273 StGB zu beurteilen?

2. Die Tragweite des Art. 273 StGB im vorliegenden Fall

Nach Art. 273 Abs. 2 StGB wird bestraft, "wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis einer fremden amtlichen Stelle ... zugänglich macht". Geheimnisse im Sinne des genannten Artikels sind Tatsachen, die nur einem relativ kleinen Kreis von Personen bekannt, also nicht jedermann ohne weiteres zugänglich sind. Ferner muss der Geheimnisherr die Geheimhaltung wollen, und es muss (objektiv) ein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung bestehen. Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse sind alle wirtschaftlich bedeutsamen Tatsachen einer Person, einer Unternehmung usw., welche geheimgehalten werden sollen: bestimmte Geschäftsbeziehungen; Transaktionen, legale und illegale; Bezugsquellen; Herstellungsverfahren; Kalkulationen; Finanzierungen usw. Geschäftsgeheimnis ist insbesondere auch die Tatsache, dass jemand gegen die ausländische Devisengesetzgebung verstossen hat oder einen solchen Verstoss versuchte. Die Denunziation solcher Handlungen ans Ausland ist von jeher als wirtschaftlicher Nachrichtendienst geahndet worden: BGE 65 I 47 ff., BGE 74 IV 102 ff. und kantonale Entscheide.

Sollte der "Avis de refus d'attestation" tatsächlich der ausländischen Devisenstelle gemeldet werden, und zwar auch gegen den (erkennbaren) Willen der Beteiligten, so wäre das, unter Vorbehalt der nachstehenden Ausführungen, ein verbotenes Zugänglich-Machen eines Geschäftsgeheimnisses.

3. Der Geheimnisherr und die Grenzen einer Einwilligung

Eine schweizerische Unternehmung darf gegebenenfalls ausländischen Stellen Tatsachen bekanntgeben, die bis dahin als Geschäftsgeheimnisse gehütet worden sind. Die Firma kann z. B. angeben, woher sie bestimmte Bestandteile für die Weiterverarbeitung beziehe. Insofern ist sie "Herr ihrer Geheimnisse"; sie kann über sie verfügen. Es bestehen aber gewisse Grenzen: Es darf niemand, insbesondere auch nicht der Geheimnisherr, Tatsachen bekanntgeben, die zugleich schutzwürdige Geheimnisse anderer sind oder gesamtschweizerische Wirtschaftsinteressen verletzen. Man könnte auch sagen, dass der primäre Geheimnisherr in diesen Fällen nicht mehr alleiniger Herr über die betreffenden Geheimnisse sei. Kurz, die Verfügungsmöglichkeiten können eingeschränkt sein. Es sei in diesem Zusammenhang auf Th. Hug ("Der wirtschaftliche Nachrichtendienst im schweizerischen Recht", Zürich 1961, S. 69) verwiesen.

4. Der "Avis de refus d'attestation" als verbotener Nachrichtendienst

Es liegt, wie bereits unter III. 1. dargetan, auf der Hand, dass Exporteure und ausländische Kunden, die trotz einer Kontrolle durch die SGS eine Umgehung der Devisengesetzgebung versucht haben, mit einer Mitteilung an die interessierte Devisenstelle keineswegs einverstanden sind. Gewiss mussten sie mit der Möglichkeit einer Aufdeckung ihrer Machenschaften rechnen; wahrscheinlich hofften sie aber, die Kontrollinstanz täuschen zu können. Das bedeutet zugleich, dass sie mit einer Mitteilung der SGS im Sinne eines "Avis de refus d'attestation" an die ausländische Devisenstelle nicht einig gehen. Wenn daher Herr a. Bundesrichter Schwartz in seiner Consultation (S. 8) ausführt: "l'exportateur sait que l'Avis de Refus est porté à la connaissance d'autorité étrangères", so entlastet dies die SGS nicht. Das Rechnen mit einer Möglichkeit und das Einwilligen in eine solche sind bekanntlich verschiedene Dinge. Nur eine besondere formelle Einwilligung in eine "Denunziation" könnte die SGS vom Vorwurf des verbotenen Nachrichtendienstes befreien.

Selbst wenn der "Avis de refus" von der SGS ohne Begründung wei-

tergeleitet wird, gibt es für die informierte Devisenstelle nur wenige Erklärungsmöglichkeiten: die Ware war qualitativ nicht konform oder das Gewicht stimmte nicht, ohne dass ein Devisenvergehen beabsichtigt war; ihr Preis war nicht angemessen; oder die Ware war nicht vertragskonform, und es wurde ein Devisenvergehen versucht. Auch ein Hinweis, der lediglich unter anderen Möglichkeiten ein (versuchtes) Devisenvergehen andeutet, ist eine verbotene Meldung im Sinne von Art. 273 StGB.

Wenn daher der "Avis de refus d'attestation" tatsächlich (auch) in Fällen versuchter Devisenvergehen direkt oder indirekt an die ausländische Devisenstelle gelangen sollte, dann erfüllen die Organe der SGS den Tatbestand des Art. 273, weisen sie doch mit ihrer Stellungnahme auf ein mögliches Devisenvergehen hin und nehmen in Kauf, dass ihre Meldung in die Hände des ausländischen Staates gelangt. (Es wäre in diesem Zusammenhang interessant festzustellen, ob die SGS ihre Stellungnahme zwar primär dem ausländischen Importeur zugehen lässt, eine Kopie aber direkt an die ausländische staatliche Stelle richtet.)

5. Die Erforschung der Preise, der Kalkulationen usw. schweizerischer Unternehmungen

Es scheint, dass sich die SGS nicht nur mit der Vertragskonformität exportierter Ware und mit der Kontrolle der Ausfuhr für fremde Devisenstellen befasst, wobei sie sich von beiden "Interessenten" (dem Importeur und dem Fremdstaat) honorieren lässt. Sie erforscht ganz allgemein auch die schweizerischen Preise und möglicherweise sogar die Kalkulationen der Unternehmungen. Diese Tätigkeit könnte, wenn die Resultate in dieser oder jener Form dem Ausland bekanntgegeben werden sollten, den Tatbestand des Art. 273 Abs. 1 StGB erfüllen. Es kommt nämlich in diesen Fällen nicht mehr darauf an, ob die einzelnen Unternehmungen die bezüglichen Unterlagen (mehr oder weniger freiwillig) zur Verfügung gestellt und so vielleicht gewisse Kalkulationsgeheimnisse gelüftet haben. Wenn durch das Sammeln, Auswerten und Weitergeben dieser Daten gesamtschweizerische Wirtschaftsinteressen verletzt würden, käme es auf die Einwilligung der einzelnen Unternehmungen nicht an. Der Unterzeichnete kann jedoch ohne zusätzliche Unterlagen zu dieser Frage nicht abschliessend Stellung beziehen.

IV.

Zusammenfassung

Abschliessend kann somit gesagt werden:

- Die in Frage stehende Kontrolltätigkeit der SGS ist im Sinne von Art. 271 StGB nur mit behördlicher Bewilligung erlaubt und ohne eine solche strafbar. Die Bewilligung kann (geographisch, nach Art der Ware usw.) begrenzt werden. Sie kann ferner mit Auflagen versehen werden.
- Sollte der "Avis de refus d'attestation" in Fällen von versuchten Devisenvergehen direkt oder indirekt ausländischen Staatsstellen zugeleitet werden, dann machen sich die Organe der SGS nach Art. 273 StGB strafbar.

Genehmigen Sie, sehr geehrte Herren, die Versicherung meiner ausgezeichneten Hochachtung.

Walden