

*RA Z vertritt Klientin in ausländischem Scheidungsprozess. Er erstellt ein auf der Befragung des Treuhänders der Gegenpartei beruhendes Affidavit offensichtlich als Beweismittel für das erwähnte Verfahren, da er die Bestätigungen unter der Vorgabe vornahm, er sei formgerecht zu korrekter Wiedergabe verpflichtet worden ("duly sworn"). Frage der Strafbarkeit eines solchen Vorgehens.*

Die Aufsichtskommission erachtete das Vorgehen von RA Z - unter Vorbehalt einer strafrechtlichen Sanktion - nicht als Verstoss gegen Art. 12 lit. a BGFA. Aus den Erwägungen:

"6. a) Nach der eigenen Darstellung des Beschuldigten ist vor dem Supreme Court des State of New York ein Scheidungsverfahren zwischen der Klientin des Beschuldigten und Y hängig. Der Beschuldigte hat es im Zusammenhang mit diesem Verfahren übernommen, für seine Klientin - und offensichtlich zur Verwertung im Scheidungsprozess - verschiedene Abklärungen zu treffen, nämlich die von Y im Scheidungsverfahren mit Bezug auf die X AG gemachten Angaben zu den Eigentumsverhältnissen zu überprüfen. Er kontaktierte den Verzeiger im Hinblick auf diese Abklärungen. Der Beschuldigte ersuchte in der Folge den Verzeiger, die von ihm gemachten Ausführungen zu bestätigen, und er sandte ihm einen entsprechenden Entwurf für die Bestätigung zu. Nachdem der Verzeiger diese Bestätigung nicht unterzeichnete, da - so die Ausführungen des Beschuldigten - dieser von Y erfahren habe, dass er auf keinen Fall im Scheidungsverfahren offen legen dürfe, dass ihm die X AG gehöre, und der Verzeiger ein entsprechendes Affidavit verfasst habe, um die prozessrechtliche Situation von Y zu verbessern, verfasste der Beschuldigte seinerseits auch ein Affidavit, um die tatsächlichen- und teilweise aktenwidrigen Behauptungen des Verzeigers (so der Beschuldigte) zu berichtigen. Dieses Affidavit wurde erstellt, damit es von der Klientin des Beschuldigten im Prozess der Eheleute Y als Beweismittel eingereicht werden konnte.

b) Gemäss Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB macht sich der verbotenen Handlungen für einen fremden Staat schuldig, wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder ei-

nem Beamten zukommen. Die Strafdrohung lautet auf Gefängnis, in schweren Fällen auf Zuchthaus (Art. 271 Ziff. 1 Abs. 4 StGB). Mit dieser Bestimmung soll die Gebietshoheit der Schweiz und die Unabhängigkeit geschützt werden (BK-StGB II-Hopf, Art. 271 N 5); es soll sichergestellt werden, dass staatliches Handeln auf dem Gebiete der Schweiz allein durch ihre Institutionen vorgenommen wird (BK-StGB II-Hopf, Art. 271 N 6). Beweiserhebungen in Zivil- und Strafsachen wie beispielsweise mündliche Befragung von Zeugen, sind nach schweizerischer Auffassung der Untersuchungs- und Rechtshilfebehörde bzw. dem Richter vorbehalten. Dies gilt auch für die Beschaffung oder die Erstellung von Unterlagen mit dem Zweck, sie in einem ausländischen Prozess zu verwenden. Fremde Beamte oder Anwälte oder deren schweizerische Korrespondenzanwälte, die in der Schweiz Parteien oder Zeugen einvernehmen oder diesen als Ersatz einer mündlichen Befragung unterschriftsbereite Erklärungen vorlegen, dürften jedenfalls objektiv den Tatbestand des Art. 271 StGB erfüllen. Dabei ist der Einwand unbehelflich, die Vorkehr sei lediglich zugunsten einer Prozesspartei erfolgt und nicht für einen fremden Staat (BK-StGB II-Hopf, Art. 271 N 15 und Donatsch/Wohlers, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 3.A., S. 260 sowie BGE 114 IV 128). Zulässig erscheinen dagegen Kontakte zur Abklärung von Prozesschancen oder zur Prozessvorbereitung sowie das Einreichen eigener Urkunden, sofern diese eben nicht auf der Abklärung bei Dritten beruhen (BK-StGB II-Hopf, Art. 271 N 15).

Diese mit BGE 114 IV 128 bestätigte Lehre wurde indes in einer Publikation in der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht heftig kritisiert. Delnon/Rüdy (Strafbare Beweisführung ?, in ZStrR 116 S. 314 ff.) machten unter Hinweis auf die namhafte Kritik am angeführten Bundesgerichtsentscheid durch Schultz (ZBJV 126 S. 25 ff.), Rehberg (Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 2.A., S. 220) und Stratenwerth (Schweizerisches Strafrecht, BT II, 4. A., S. 228 f.) u.a. geltend, dass eine private Befragung eines Informanten noch keine Zeugenbefragung darstellen könne. Dabei spiele es überhaupt keine Rolle, ob die Angaben dieses Informanten sich für die Fragen eines gerichtlichen Verfahrens als von Bedeutung erwiesen oder nicht. Zeugen- bzw. Zeugnisqualität erlangten der Informant und

dessen Auskünfte nur durch die formelle Befragung einer dazu von Staats wegen ermächtigten Amtsperson und erst nach dessen formgültiger Aufklärung über die Folgen eines unwahren Zeugnisses im Sinne von Art. 307 StGB (Delnon/Rüdy, a.a.O., S. 329 f.). Letztere Überlegung orientiert sich indes zu Unrecht an der Frage, ob die - beispielsweise mit einer Befragung beschafften Angaben - in der Schweiz als Beweismittel verwendet werden können und nicht daran, ob diese Dokumente als Beweismittel in Verfahren in anderen Ländern, unter anderen prozessualen Vorschriften und mit entsprechendem Gewicht, verwendet werden sollen. Der Beschuldigte hat denn auch nicht nur den Verzeiger befragt und ihm eine für das Verfahren vor dem Supreme Court in New York bestimmte Erklärung zur Unterschrift vorgelegt, sondern auch das von ihm nachträglich verfasste, auf der Befragung des Verzeigers beruhende Affidavit vom 20. November 2003 offensichtlich als Beweismittel für das erwähnte Verfahren erstellt, nahm er doch die Bestätigungen unter der Vorgabe, er sei formgerecht zu korrekter Wiedergabe verpflichtet worden ("duly sworn"), vor. Es lässt sich allerdings durchaus im Sinne von Delnon/Rüdy (a.a.O., S. 328 und S. 333) fragen, ob die Strafbestimmung von Art. 271 StGB nach der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung überdehnt worden ist und die Strafbestimmung nur auf eigentliche Spitzeltätigkeit für einen fremden Staat anzuwenden ist.

Im vorliegenden Verfahren sind diese Fragen indes nicht abschliessend zu prüfen. Es ist lediglich - wie oben erwähnt - zu klären, ob im Sinne von § 21 Abs. 1 StPO Anzeige zu erstatten ist. Eine solche Anzeigepflicht besteht zwar nur bei erheblichem Tatverdacht (N. Schmid, Strafprozessrecht, 4. A., Rz 775). Von einem solchen Tatverdacht ist jedoch angesichts des geschilderten Sachverhalts sowie der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts und den angeführten (neuen) Lehrmeinungen von Hopf und von Donatsch/Wohlens auszugehen. Es ist demnach entsprechend Anzeige zu erstatten.

Eine Minderheit der Aufsichtskommission vertritt die Auffassung, dass bei einer zeitgemässen Auslegung von Art. 271 Ziff. 1 StGB keine Anzeichen für eine strafbare Handlung des Beschuldigten vorliegen, und deshalb ein erheblicher Tatver-

dacht im Sinne von § 21 Abs. 1 StPO nicht gegeben sei. Es wird indes Sache der hierfür zuständigen Strafuntersuchungsbehörden sein, zu entscheiden, ob ein Verfahren zu eröffnen ist. Bei einer allfälligen Anhebung einer Strafuntersuchung wäre allerdings erneut auch ein Disziplinarverfahren zu eröffnen."

Beschluss der Aufsichtskommission über die  
Rechtsanwälte vom 1. Juli 2004

Die grundsätzlich zuständige Bundesanwaltschaft überwies das Verfahren zur Untersuchung an die Zürcher Behörden. Aus den Erwägungen der Einstellungsverfügung der Strafuntersuchungsbehörde:

"3. Gemäss Art. 271 Ziff. 1 StGB macht sich unter anderem schuldig, wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen.

Geschütztes Rechtsgut ist die staatliche Herrschaftssphäre, die Wahrung der Unverletzlichkeit des Gebietes und der Gebietshoheit (St. Trechsel, Kurzkommentar zum StGB, 2. A. Zürich 1997, N 1 zu Art. 271 StGB). Bei Handlungen, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen, war ursprünglich an Handlungen hoheitlicher Art gedacht, deren Durchführung für einen Schweizer, der nicht Beamter ist, ein Strafverfahren wegen Amtsanmassung (Art. 287 StGB) nach sich ziehen würde. Das Bundesgericht fasst dagegen den Begriff weiter. Seiner Rechtsprechung nach genügt, dass die Handlung ihrer Natur nach einer Behörde oder einem Beamten zukommt. Die Frage, ob eine Handlung ihrem Wesen nach amtlichen Charakter trägt, entscheidet sich nach schweizerischem Recht (St. Trechsel, a.a.O., N 2 zu Art. 271 StGB). Dies ist bei einer Zeugenbefragung für die Zwecke eines gerichtlichen Verfahrens der Fall (BGE 114 IV 128), wobei nach höchstrichterlicher Auffassung offenbar eine Zeugenbefragung bereits dann vorliegt, wenn eine Privatperson Gespräche mit Drittpersonen führt und deren Inhalt dann in ein ausländisches Verfahren einbringt. Unerheblich ist nach Auffassung des Bundesgerichtes auch, ob der Beschuldigte im Auftrag eines fremden Staates ge-

handelt hat. Es genüge, dass er dies im Interesse des fremden Staates, insbesondere dessen Rechtspflege, getan habe.

Diese Auffassung ist von Hans Schultz kritisiert worden (ZBJV 126 (1990) S. 25 bis 27). Er legt dar, dass bei einer konsequenten Anwendung dieser Auffassung schweizerischen Anwälten, aber nicht nur ihnen, der Rechtsverkehr mit dem Ausland in einer Vielzahl von Situationen praktisch verunmöglicht würde. Zudem hinge es in gewissen Situationen von Zufälligkeiten ab, ob sich ein der genannten Rechtsprechung unkundiger Laie strafbar macht oder nicht.

Der Begründung des Bundesgerichtes folgend ist offenbar jede Befragung einer Drittperson eine Zeugenbefragung, wenn der Inhalt der von dieser vorgebrachten Äusserungen in irgendeiner Form anschliessend in ein gerichtliches Verfahren eingeführt wird und dort Beweiswert hat. Das trifft zumindest für den Kanton Zürich nicht zu. Zeugenbefragungen können hierorts nur durch Beamte unter Beobachtung strenger Formvorschriften durchgeführt werden. Immer wieder kommt es vor, dass Anwälte mit potentiellen Zeugen im Sinne der zürcherischen Prozessordnung Gespräche führen und deren Inhalt über eigene Schriften in den Prozess einbringen bzw. Drittpersonen um schriftliche Stellungnahmen ersuchen, die dann den Weg in die Akten finden. Denken kann man weiter an Befragungsprotokolle von internen Untersuchungsorganen einer Gesellschaft in Fällen, in denen ein Mitarbeiter eines Vermögensdeliktes zum Nachteil der Gesellschaft verdächtigt wird, an Erklärungen gegenüber einer Revisionsfirma und viele ähnlichen Dokumente, die vor Anhebung einer Strafanzeige verfasst und dieser dann beigelegt werden. In solch einem Vorgehen liegt, wenn nicht Einfluss auf den Inhalt der Erklärungen genommen wird, nichts strafrechtlich Relevantes und, wie der Entscheidung der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte im Kanton Zürich zeigt, auch nichts Standeswidriges vor. Es kann nicht sein, dass Tätigkeiten, die in innerstaatlichen Prozessen erlaubt sind, unter dem Gesichtspunkt der Wahrung der Landessouveränität plötzlich strafbar sein sollen, wenn sie Auswirkungen auf ein ausländisches Verfahren haben. Vielmehr ist auf die ursprüngliche Intention des Gesetzgebers abzustellen, wonach Handlungen nur dann strafbar sein sollen, wenn sie innerstaatlich ein Verfahren wegen Amtsmissbrauch nach sich ziehen

würden. Die gegenteilige Auffassung passt schwer zur Internationalisierung der Gesellschaft, der auch die Schweiz unterworfen ist.

Eine andere Frage ist, welcher Stellenwert Aussagen zukommt, die über eine Drittperson, wie zum Beispiel einen Anwalt, in einen Prozess einfließen. Diese Frage ist vom jeweiligen Prozessrecht geregelt und kann, je nachdem, ob ein Straf- oder Zivilverfahren betroffen ist, auch verschieden gelöst sein. Zu Recht weisen Delnon/Rüdy in ZStR 116 (1998), S. 330, darauf hin, dass Gerichte Ergebnisse privat erfolgter Befragungen in der Regel als blosse Parteibehauptungen auffassen und im Bestreitungsfall deren Verifizierung in einer förmlichen Zeugeneinvernahme vornehmen. Keine Rolle spielen darf, welcher Beweiswert dem entsprechenden Akt vom ausländischen Gericht beigemessen wird. Sollte ein entsprechender Entscheid Wirkungen im Gebiet der Eidgenossenschaft entfalten und sich auf ein Verfahren bzw. Verfahrensregeln stützen, die nach schweizerischer Rechtsauffassung ungenügend sind, kann die Durchsetzung des Entscheides unter Verweis auf den "ordre public" verweigert werden.

Delnon/Rüdy geben in ZStR 116 (1998), S. 330, zu Recht zu bedenken, dass die Auffassung des Bundesgerichtes die grundrechtlich gesicherte Freiheit der privaten Ermittlungen beschränkt und mit der Bundesverfassung aber auch der Europäischen Menschenrechtskonvention, der zu unterziehen sich die Schweiz vertraglich verpflichtet hat, in Konflikt gerät.

Unter diesen Umständen kann das Verhalten des Angeschuldigten nicht als ein solches taxiert werden, welches einzig einer Behörde oder einem Beamten zukommt. Damit fehlt es an einem objektiven Tatbestandsmerkmal, welches Art. 271 StGB voraussetzt. Dem Angeschuldigten kann anklagegenügend auch kein entsprechender Vorsatz unterstellt werden. Entsprechend ist das vorliegende Verfahren einzustellen."

Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft I  
des Kantons Zürich vom 22. März 2005