

Zum (Un-)Wert von Rechtsgutachten im Strafrecht

Damian K. Graf

Dargestellt am Beispiel von Art. 271 StGB

I. Ein Goldesel der Beratungsindustrie

Um Art. 271 StGB hat sich, mindestens seit der Jahrtausendwende, ein regelrechter Beratungshype entwickelt.

Die Bestimmung regelt verbotene Handlungen für einen fremden Staat. Danach wird bestraft, wer für einen solchen auf schweizerischem Staatsgebiet ohne Bewilligung amtliche Handlungen vornimmt. Art. 271 StGB wird u.U. aktuell, wenn eine Person in einem ausländischen Verwaltungs-, Zivil- oder Strafverfahren zur Mitwirkung (namentlich zur Herausgabe von in der Schweiz befindlichen Dokumenten) aufgefordert wird. Gerade im Steuerstreit mit den Vereinigten Staaten offenbarte sich die extensive Sperrwirkung dieser Strafbestimmung.

Zum Gehalt von Art. 271 StGB hat sich das Bundesgericht in den 77 Jahren seit dessen Inkrafttreten derweil nur spärlich geäussert. Viele Fragen sind weiterhin offen, deren Antworten weder schwarz noch weiss. Insbesondere, wann die Kooperation in einem ausländischen Verfahren tatsächlich einer amtlichen Handlung gleichkommt.

Entsprechend gross ist das Beratungsbedürfnis. Und so hat sich Art. 271 StGB für Schweizer Rechtsanwälte und Rechtsprofessoren als Goldesel entpuppt. Namentlich grosse Wirt-

schaftskanzleien schreiben derartige Gutachten und Memoranden beinahe im Akkord.

Darüber, ob in der jeweiligen Rechtsauskunft die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung als «significant» eingestuft oder doch eher als «remote» bezeichnet wird, als sogenannte «residual risk», dürfte zuweilen der subjektive Eindruck des Gutachters entscheiden, der sich wiederum nach der Interessenlage des Klienten richten wird (i.e. ob der Klient im Ausland kooperieren will oder nicht). Angesichts der genannten Unschärfe des Art. 271 StGB würde jedenfalls häufig anwaltlichen Sorgfaltspflichten (und ihrer ausgeprägten Haftungsmentalität) zuwiderlaufen, jegliches Risiko einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Klienten zu verneinen.

II. Der Esel wurde höchstrichterlich geschlachtet

Dass derartige Rechtsauskünfte, die das Strafrechtsrisiko nicht gänzlich ausschliessen, für den Klienten im Ernstfall nicht die Tinte wert sind, mit der sie verfasst wurden, ja geschweige denn das Honorar, hat unlängst der Verwaltungsratspräsident (VRP) einer Vermögensverwaltungsgesellschaft zu spüren bekommen. Dieser hatte im Zuge des US-Steuerstreits dem Department of Justice (DoJ) 109 Kundendossiers übergeben lassen, obschon er über keine Bewilligung des zuständigen Departements

verfügt hatte. Dadurch hatte er objektiv gegen Art. 271 StGB verstossen.

Der VRP hatte vor der rechtswidrigen Datenlieferung allerdings zwei Rechtsgutachten eingeholt:

1. Die Schlussfolgerung der ersten Rechtsauskunft, verfasst durch zwei Rechtsanwälte, hatte wie folgt gelautet: *«For the above outlined reasons, we are of the opinion that a disclosure within the terms of the Scenario is rather unlikely to infringe art. 271 SPC (Swiss Penal Code). Disclosing the Client Data probably does not expose those acting on behalf of B. AG to the risk of being held criminally culpable (...) for having violated art. 271 SPC. However, as regards the applicability of art. 271 SPC, this is a grey area and arguments for the applicability of art. 271 SPC to the Scenario cannot be excluded so that a residual risk of violating art. 271 remains.»*
2. Aufgrund dieser (uneindeutigen) *legal opinion* hatte der VRP bei einem Rechtsprofessor ein zweites Gutachten in Auftrag gegeben. Dieser war ähnlich zum Ergebnis gelangt, dass nicht ausgeschlossen werden könnte, dass die geplante Datenlieferung an die US-Behörden den Tatbestand von Art. 271 StGB erfüllen würde. Weiter hatte es darin jedoch geheissen, die Datenlieferung wäre «auf jeden Fall» durch den Rechtfertigungsgrund des Notstandes (Art. 17 StGB) sowie den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen, jedenfalls durch den Schuldausschlussgrund von Art. 18 Abs. 2 StGB (Entschuldbarer Notstand) gedeckt.

Während sich der VRP aufgrund dieser Rechtsauskünfte vor Bundesstrafgericht (SK 2017.64, 9.5.2018) noch auf das Fehlen eines Vorsatzes, subsidiär einen Rechtsirrtum (Art. 21 StGB), zu berufen vermocht hatte, hiess das Bundesgericht (6B_804/2018, 4.12.2018) die dagegen erhobene Beschwerde der Bundesanwaltschaft gut und verneinte das Vorliegen eines unvermeidbaren Rechtsirrtums (es verortete die

gegenständliche Streitfrage auf Schuld- und nicht auf Vorsatzstufe).

Vom Bundesgericht mussten sich sowohl der VRP wie auch die Gutachter Vorwürfe gefallen lassen (E. 3.3):

Das erste Gutachten erschien dem Gericht zunächst als nicht hinreichend unabhängig, da die Anwaltskanzlei, die diese Rechtsauskunft erteilt hatte, bereits mit der Lösung des Steuerstreits mit dem DOJ betraut gewesen war. Zudem hatten die Rechtsanwälte darin ein Strafrechtsrisiko nicht ausgeschlossen, weshalb der VRP nicht auf das Ausbleiben einer strafrechtlichen Verantwortung hätte vertrauen dürfen. Das Bundesgericht erachtete es dabei als belanglos, dass der VRP die abschliessende Bemerkung (*«However, as regards the applicability of art. 271 SPC, this is a grey area and arguments for the applicability of art. 271 SPC to the Scenario cannot be excluded so that a residual risk of violating art. 271 remains.»*) als in typischer Anwaltsprache verfassten Haftungsausschluss interpretiert hatte. Auch das zweite Gutachten hatte sich zum einen für ein (Rest-)Risiko einer strafrechtlichen Verantwortung ausgesprochen, und es hatte zum anderen insoweit nicht den Regeln der Kunst entsprochen, als der Sachverhalt, auf welchem es basiert hatte, nicht klar umschrie-

Wenn Du entdeckst,
dass Du ein totes
Pferd reitest – steig
ab.

ben gewesen bzw. der Gutachter teilweise von Szenarien ausgegangen war, die nicht der tatsächlichen Konstellation entsprochen hatten. Die Behauptung des Gutachters, wonach die Datenlieferung «auf jeden Fall» gerechtfertigt

wäre, war von der Vorinstanz zudem angesichts der fehlenden Lehre und Rechtsprechung zu dieser Thematik als «zumindest gewagt» qualifiziert worden, was das Bundesgericht widerspruchslos übernahm.

Angesichts dieser Umstände, so das Bundesgericht, hätte der VPR, selbst ausgebildeter Jurist, nicht vorschnell auf den für ihn günstigen Standpunkt vertrauen dürfen: «Die beiden nicht eindeutigen Rechtsauskünfte hätten einen gewissenhaften Menschen – auch angesichts der auf dem Spiel stehenden Interessen – zur Vorsicht gemahnt und zu weiteren behördlichen Abklärungen veranlasst» (E. 3.3). Letzten Endes hatte er nur darauf hoffen können, dass sein Tun straflos bleiben würde. Der Rechtsirrtum war daher vermeidbar gewesen.

Mit diesen Ausführungen wurde die Beschwerde gutgeheissen und die Sache zur Neubeurteilung an das Bundesstrafgericht zurückgewiesen.

III. Die Filetstücke

Was lässt sich daraus für strafrechtliche Auskünfte von Rechtsanwälten und -professoren folgern, die eine Person zur Absicherung seiner Position einholt?

1. **Die Rechtsauskunft muss auf korrektem und vollständigem Sachverhalt beruhen** und sich auch erkennbar darauf beziehen – offenbar liess dies das Gutachten des Rechtsprofessors vermissen.
2. **Auf die Auskunft des eigenen, bereits forensisch tätigen Rechtsanwalts soll offenbar nicht abgestützt werden dürfen** – kritisierte das Bundesgericht das erste Gutachten doch insoweit, als dieselbe Anwaltskanzlei bereits mit der Lösung des Steuerproblems betraut gewesen war. Doch weshalb soll der Klient nicht darauf vertrauen dürfen, was ihm sein eigener Rechtsanwalt rät, der den Sachverhalt und die Materie bestens kennt? Es ginge zu weit, allein Auskünfte eines zusätzlich beigezogenen unabhängigen Rechtsanwalts als vertrauenswürdig zu erachten.

3. **Der Gutachter muss die Rechtsprechung und Lehre konsultieren, sämtliche relevanten Aspekte tief analysieren** und daraus nachvollziehbare Schlüsse ziehen – offenbar war das professorale Gutachten auch hier ungenügend.
4. Rechtsgutachten ohne glasklare schwarz/weiss-Auskunft sind aus strafrechtlicher Perspektive weitgehend wertlos. Kann die Strafbarkeit nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, gerade weil keine höchstgerichtliche Rechtsprechung existiert, und muss, anwaltlicher Sorgfaltspflicht entsprechend, auf ein «residual risk» oder einen Graubereich hingewiesen werden, so handelt der Klient auf eigenes Risiko und kann sich im Ernstfall nicht auf die Auskunft berufen.
5. Dabei hat der Klient auch Haftungsausschlüssen Beachtung zu schenken – so das Bundesgericht implizit. Das ist zu bejahen, falls der Haftungsausschluss die Rechtsauskunft direkt torpediert, etwa wenn in Rechtsgutachten Sätze stehen wie: «Auch sorgfältige Abklärungen können keine Gewähr dafür bieten, dass mit der Angelegenheit befasste Behörden oder Gerichte zu denselben Schlüssen gelangen.»
6. Selbst eindeutige, eine Strafbarkeit ausschliessende Rechtsauskünfte sind von den Klienten auf ihre Plausibilität hin zu überprüfen. Auch einem Rechtsanwalt oder -professor darf nicht blind gefolgt werden. Die Anforderungen an die Überprüfungspflicht sind höher, wenn es sich beim Klienten um eine juristisch ausgebildete Person handelt.

Das Abstützen auf eine anwaltliche Rechtsauskunft als Grundlage für einen unvermeidbaren Verbotsirrtum (Art. 21 StGB) ist infolgedessen – wie bereits anhin – klar limitiert.

IV. Art. 271 StGB-Gutachten als Schlachtabfälle?

Angesichts der vorstehenden Ausführungen erscheint klar, dass kaum je schuldausschliessend auf ein Rechtsgutachten zu Art. 271 StGB

abgestützt werden kann. Auf dessen Einholung kann daher getrost verzichtet werden.

Ein indianisches Sprichwort besagt: Wenn Du entdeckst, dass Du ein totes Pferd reitest – steig ab.

Oder besser: Such Dir ein anderes Huftier. Denn für Art. 271 StGB gibt es einen Ausweg: Die Departemente des Bundes, die für die Ausstellung von (die Tatbestandsmässigkeit ausschliessenden) Bewilligungen zuständig sind, erlassen praxisgemäss negative Feststellungs-

verfügungen, falls ein Sachverhalt nicht unter Art. 271 StGB fällt, namentlich weil der Antragsteller keine amtliche Handlung beabsichtigt. Das stellt dann eine nachvollziehbare behördliche Auskunft dar, auf welche sich der Klient in guten Treuen stützen können wird. Alternativ erteilt das Departement die Bewilligung, oder aber eine solche wird verweigert. Dann weiss der Klient immerhin, woran er ist. Netter Nebeneffekt: Mit solchen durch Rechtsanwälte begleiteten Verwaltungsverfahren können diese ihre wegfallenden Gutachterhonorare kompensieren.

