

Pitfalls Under Arts. 271 & 273 Criminal Code

AmCham Panel Meeting
24 May 2016

Panelists:

Michael Lauber, Attorney General of Switzerland

Lorenz Erni, Attorney at Law, Erni Brun Forrer, Zurich

Moderator:

Peter Honegger, Attorney at Law, NKF, Zurich



Swiss-American Chamber of Commerce

Panelists



Michael Lauber



Lorenz Erni

Agenda

Introduction

Art. 271 Criminal Code

Art. 273 Criminal Code

Outlook

Cocktail Riche

Introduction: AmCham had a Vision ...



Swiss-American Chamber of Commerce

Talacker 41, 8001 Zurich, Phone: +41 43 443 72 00 Fax: +4143 497 22 70
www.amcham.ch, e-mail: info@amcham.ch

Bundesanwaltschaft
Herrn Dr. Erwin Beyeler
Bundesanwalt
Taubenstrasse 16
CH-3003 Bern

17. November 2008

Art. 271 und 273 StGB

Sehr geehrter Herr Bundesanwalt

... Ein wichtiges Thema unseres Legal Committees ist das Problematik von Art. 271 und 273

StGB im Verkehr zwischen USA und der Schweiz.

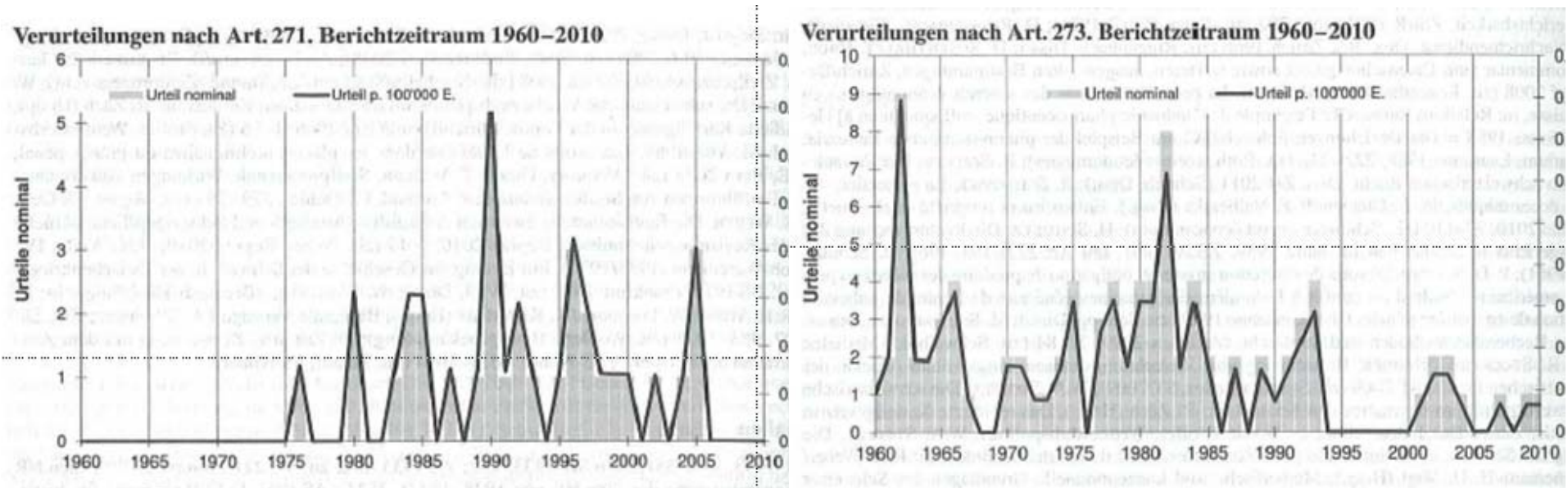
... Die einheitliche Interpretation der genannten Strafbestimmung ist für schweizerische
Konzerne, die in den USA verklagt werden, von Brisanz und Bedeutung.

Martin Naville
CEO
Swiss-American Chamber of Commerce


Swiss-American Chamber of Commerce

Introduction: Statistical Data

Convictions under Arts. 271 and 273 Criminal Code



Genesis: Informers' Law ("Spitzelgesetz")

Bundesbeschluss

betreffend

den Schutz der Sicherheit der Eidgenossenschaft und die Erweiterung der Bundesanwaltschaft.

Die Bundesversammlung
der schweizerischen Eidgenossenschaft,

gestützt auf die Art. 2, 64^{bis}, 85, Ziff. 6 und 7, und 102, Ziff. 9 und 10,
der Bundesverfassung und nach Einsicht einer Botschaft des Bundesrates
vom 29. April 1935,

beschliesst:

Art. 1.

Wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung Amtshandlungen
für einen fremden Staat vornimmt,

wer den Amtshandlungen für einen fremden Staat widerrechtlich
Vorschub leistet, insbesondere wer jemanden durch Gewalt, List oder
Drohung zwecks Festnahme oder Verhaftung ins Ausland entführt oder
eine solche Entführung vorbereitet,

wird mit Gefängnis und in schweren Fällen mit Zuchthaus bestraft.

Verbotene
Amtshand-
lungen für
einen fremden
Staat.

Introduction: Prosecuting Foreign Officials?

Verleitung zum Gesetzesbruch

Holpriges Terrain im US-Steuerdossier

Der Versuch der Anstiftung durch die US-Justiz zu einem Bruch des Schweizer Gesetzes ist ein weiteres Ärgernis im unseligen US-Steuerdossier.

von Hansueli Schöchli | 10.4.2014, 21:04 Uhr | [3 Kommentare](#)

Steuerstreit mit Deutschland

«Druck auf Schweizer Banken ist gesetzeswidrig»

Deutsche Staatsanwälte fordern von Dutzenden Schweizer Banken Informationen zum grenzüberschreitenden Geschäft mit deutschen Kunden. Die gewählte Art der direkten Kontaktaufnahme ist nicht rechtens.

von Rudolf Wyss | 7.8.2015, 05:30 Uhr | [26 Kommentare](#)

Art. 271: Swiss Territory – Threat of Sanctions

International Judicial Assistance in Civil Matters, Guidelines of the FOJ, 3rd ed. 2003 (latest update January 2013), page 20

In cases where a foreign judge or a person appointed by him or her or the representatives of the parties in common law systems do not come to Switzerland, but require a party domiciled in Switzerland to provide evidence (for the limits see Federal Supreme Court Decision 114 IV 128²³), to fill in a questionnaire, or to appear before a foreign court, the submission of a letter of request to the Swiss authorities is not necessarily required. Letters of request are therefore not necessary in the event that a refusal to cooperate leads only to consequences of a procedural nature (e.g. a factual claim of the other party is accepted as true or the loss of the right to prove the claim at a later stage). The party concerned is free to cooperate.

Art. 271: Recent FFD Clarification 2



II. Bewilligungserteilung (2)

Zuständigkeit EFD

- Zuständigkeit EFD im Steuerbereich und Finanzmarktbereich (Aufsichtsrecht)
- Im Rahmen von ausländischen Justizverfahren Zuständigkeit BJ (Rechtshilfe)
- Praxis: Einreichen Gesuch beim Rechtsdienst EFD, legt gegebenenfalls Gesuch BR vor
- Beispiele
 - Datenzugriff zugunsten deutscher Finanzämter bei Verlagerung elektronischer Buchführung in die Schweiz
 - Bewilligungen nach Art. 271 StGB zur Teilnahme von Schweizer Banken am Programm des DoJ
 - QI-Bewilligungen

Art. 271: Perception by the Wall Street Judge

Motorola Corp. et al. v. Uzan, et al. (S.D.N.Y. 2014)

³ Although the Court finds Article 47 of the Swiss Banking Act worthy of substantial deference, the Court rejects the banks' argument that similar deference is due to Article 271 of the Swiss Penal Code, which speaks only tangentially to the production of documents and, according to the Swiss Federal Department of Justice and Police, does not create criminal liability for a bank that adheres to a U.S. court's order to search for bank account documents located in Swiss bank branches.

SO ORDERED.

Dated: New York, New York
December 22, 2014


JED S. RAKOFF, U.S.D.J.

Art. 271: Service of Process by Email

In their Southern District Civil Practice Roundup, Edward M. Spiro and Judith L. Mogul write: A plaintiff seeking to serve an individual or organizational defendant located overseas can face substantial, sometimes insurmountable logistical challenges. Several recent decisions have permitted plaintiffs frustrated by elusive defendants or uncooperative foreign governments to serve defendants through email under FRCP 4(f)(3), providing a modern-day solution to an age-old problem.

Service of Process by Email on Defendants Outside the U.S. Edward M. Spiro and Judith L. Mogul, New York Law Journal April 19, 2016:
<http://www.newyorklawjournal.com/id=1202755221818/Service-of-Process-by-Email-on-Defendants-Outside-the-US#ixzz46Xb6MjM6>

Art. 273-Guidelines of the Attorney General

1. Soweit eine Auskunft ausschliesslich Verhältnisse betrifft, an denen *einzig der Auskunftserteilende ein Geheimhaltungsinteresse* hat, kann der Entscheid über die Preisgabe derartiger Belange dem Betreffenden selbst überlassen werden.
2. Nach StrGB Art. 273 ist es jedoch verboten und strafbar, zuhanden des Auslands über wirtschaftliche Verhältnisse Auskunft zu geben,
 - a) an denen *ein (direktes) gesamtschweizerisches Geheimhaltungsinteresse* besteht, oder
 - b) an deren Geheimhaltung ein **Dritter**, welcher der Preisgabe nicht vorher **in aller Form zugestimmt** hat, ein **schutzwürdiges Interesse** besitzt.»

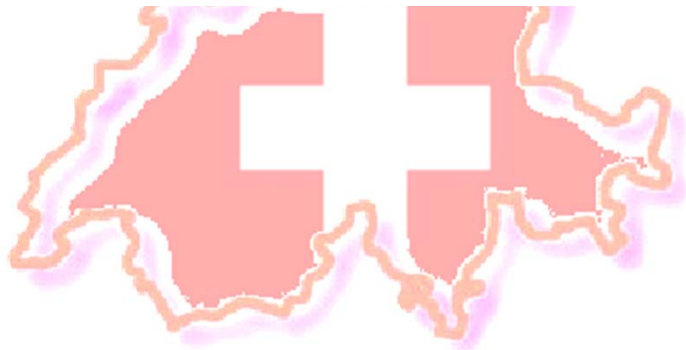
Outlook: Inland-nexus?



U.S. Subsidiary

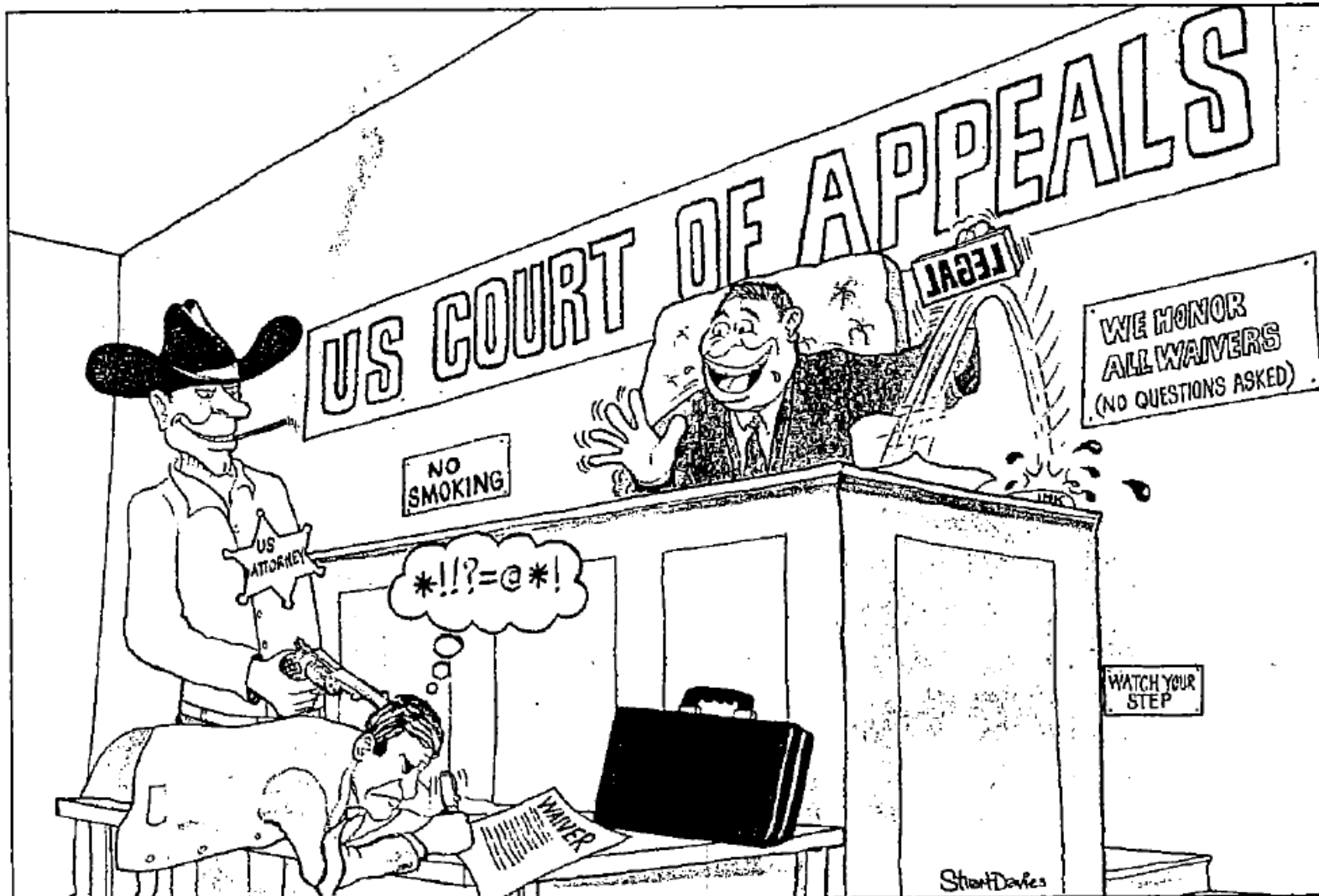
"Die in Art. 273 StGB vorausgesetzten Tatbestandselemente erscheinen kaum mehr als zeitgemäss: Die Umschreibung des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes lässt diesen Straftatbestand konturlos, wenn nicht gar schwammig erscheinen." **Giuseppe Muschietti**

Documents
located in the
U.S. and in
Switzerland



Swiss Parent
Company

Outlook: Situation of Necessity?



Swiss-American Chamber of Commerce

Outlook: Legal Risks – Who can Help?

Attorney General's Spokesman in the FIFA-Context (Oktober 2015):

"Dass das DoJ trotzdem direkt mit den Banken spricht, wird von mehreren Banken bestätigt, aber eher heruntergespielt. Die Rechtslage wird unterschiedlich beurteilt. Ein Sprecher des Bundesamtes für Justiz bestätigte frühere Aussagen, wonach es nichts davon weiss, dass Banken direkt kontaktiert wurden. Sie würden sich bei Herausgabe von Kundendaten ausserhalb der Rechtshilfe strafbar machen, heisst es."

Outlook: Repeal or Boost Arts. 271&273?

" § 10 Revision der Schweizer Verbotsgesetze?

Sind die Schweizer Verbotsgesetze revisionsbedürftig? Die Frage ist rein akademisch, denn weder gibt es zurzeit ernsthafte Bestrebungen für eine Revision unter diesem Thema noch sind solche in naher Zukunft zu erwarten. Daran werden auch die hier dargelegten Probleme und die seit Jahren vorgebrachte **Kritik etwa an der Norm von Art. 273 StGB** nichts ändern⁸⁹. Die Erfahrung zeigt zudem, ... In geeigneten Fällen von grundsätzlicher Bedeutung wären dagegen die zwischen den Souveränitätsfronten stehenden Privaten durch den Staat **aus der Schusslinie zu nehmen**, indem ihnen (wie seinerzeit im Fall Marc Rich⁹⁰) die **Kontrolle über die vom Ausland verlangten Informationen entzogen** wird. Das bedingt allerdings einen entsprechenden Mut seitens des Staates, da er die Sache damit klar zur „Staatsaffäre“ macht, was sie eben auch ist." Urs Zulauf

Reaction of U.S. Law Firm to Mutual Assistance

"I think your proposals [re. mutual assistance] are great options to limit the risk from the Swiss law perspective and get the materials to DOJ in an expeditious manner. However, any option that requires that materials first be submitted to the Swiss and then only through them to the U.S. may be problematic from the DOJ perspective. The U.S. authorities are likely not going to be happy with any proposal that gives the Swiss the discretion to decide what does or does not get passed along to DOJ."

Advance Assistance and Arts. 271/273

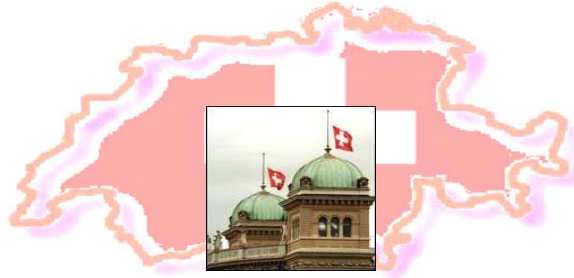
Advance Assistance Mutual Assistance




*Joint Drafting
of the Request* ?

Submission
of Request

Delivery of
Documents



Outlook: More Guidelines re. Arts. 271/273?

 Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra


Swiss Confederation

Federal Department of Justice and Police FDJP
Federal Office of Justice FOJ
Mutual Assistance Unit

9th edition 2009 (Case law as of May 2010)

International Mutual Assistance in Criminal Matters

Guidelines

 Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Swiss Confederation

Federal Department of Justice and Police FDJP
Federal Office of Justice FOJ

3rd edition 2003 (latest update January 2013)

International Judicial Assistance in Civil Matters

Guidelines

Glossary

271-exemption

**273-Guidelines of the Attorney
General's Office**

accelerated proceedings

advance assistance

Federal Court Reporter, FCR

Federal Office of Justice, FoJ

Federal Finance Department, FFD

IMAC

Informers Law

in-house counsel privilege

inland nexus

judicial assistance

Law on Cooperation and Sovereignty

mutual assistance

negative clearance

state of necessity

subpoena (duces tecum)

271-Ausnahmebewilligung

**273-Richtlinien der
Bundesanwaltschaft
abgekürztes Verfahren**

"Vorhilfe"

Bundesgerichtsentscheid, BGE

Bundesamt für Justiz, BJ

Eidg. Finanzdepartement, EFD

IRSG

"Spitzelgesetz"

**Zeugnisverweigerungsrecht für
Unternehmensjuristen**

"Binnenbeziehung"

Rechtshilfe

**Zusammenarbeits- und
Souveränitätsschutzgesetz**

Amtshilfe

negative Feststellungsverfügung

Notstand

Herausgabebefehl

Table of Cases

Court Decisions

- FCR 141 IV 155 *et seq.* (2015)
http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F141-IV-155%3Ade
- Decision of the Federal Criminal Court of 16 April 2014, BB.2013.133, consid. 5.2
- Decision of the Federal Criminal Court of 25 April 2013, BB.2012.133, consid. 2.2.2
- Decision of the Federal Criminal Court in re. Hyposwiss of 10 December 2013, SK.2013.37
- Decision of the Federal Criminal Court in re. Julius Bär of 22. August 2013, SK.2013.26
- Decision of the Federal Criminal Court in re. CS / NRW of 15 December 2011, SK.2011.21
- Decision of the Basle Appellate Court against Peter Stephanek, appeal no. 344/2008, of 24 April 2009 (unpublished)
- FCR 114 IV 128 *et seq.* (1988)
http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F114-IV-128%3Ade
- FCR 65 I 47 *et seq.* (1939), so-called Dändliker case

Decisions FFD and FOJ

- VPB 1/2016 of 26 January 2016, pp. 38 *et seq.* (<https://www.admin.ch/gov/de/start/bundesrecht/verwaltungspraxis-der-bundesbehoerden/2016.html>)
- VPB 1/2016 of 26 January 2016, pp. 32 *et seq.* (<https://www.admin.ch/gov/de/start/bundesrecht/verwaltungspraxis-der-bundesbehoerden/2016.html>)
- VPB 51 (1987) no. 5, pp. 36-45 (<http://www.vpb.admin.ch/ital/doc/51/51.5.html>)

Decisions of State Attorneys

- Decision of the Zurich Attorney General of 22 March 2005, published in ZR 104 (2005), no. 62, pp. 230 *et seq.*
- Decision of the Attorney General of Switzerland against Renzo Gadola of 21 July 2014 (unpublished), reported in SchweizamSonntag of 12 October 2014, p. 23 http://www.schweizamsonntag.ch/ressort/wirtschaft/ubs-banker_wegen_spionage_verurteilt/
- Hervé Falciani, see NZZ of 28 November 2015, p. 37
- Credit Suisse employees in Millard matter, (unpublished), reported in NZZ of 24 March 2015, p. 24
- Former German official in re. Julius Bär, (unpublished), reported in NZZ of 21 April 2013, p. 13
- Blocking of account by Goldman Sachs Zürich in re. insider trading in Heinz shares, (unpublished), reported in NZZ of 19 February 2013, p. 21

Literature

- BAZZI CLAUDIO, Internationale Wirtschaftsspionage, Eine Analyse des schweizerischen Abwehrdispositivs der Schweiz, Diss. Zurich 2014, Zurich/Basle/Geneva 2015
- CASSANI URSULA, "Pretrial Discovery" sur sol suisse et protection pénale de la souveraineté territoriale, SZW 1992, pp. 10-19
- COSANDEY PETER, Korruptionsermittlungen durch Forensic Services und Anwaltskanzleien, in: Ackermann Jürg-Beat/Wohlens Wolfgang (eds.), Korruption in Staat und Wirtschaft, Zurich 2010, pages 157-167
- FISCHER PHILIPP/RICHA ALEXANDRE, U.S. pretrial discovery on Swiss soil, ZSR Beiheft 49, Basle 2010, pp. 1-123
- FRITSCHÉ CLAUDIA M., Interne Untersuchungen in der Schweiz, Zurich/St. Gall 2013, pages 227-298
- GAUTHEY DANIELLE/MARKUS ALEXANDER R., Zivile Rechtshilfe und Artikel 271 Strafgesetzbuch, ZSR 2015, pp. 359-402.
- GERBER RUDOLF, Einige Probleme des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes, ZStrR 1977, pp. 257-307.
- HENRICH MARTIN P., Obtaining Evidence in Switzerland: The Dilemma and the Stumbling Blocks of Art. 271 and Art. 273 Swiss Penal Code, in: Swiss-American Chamber of Commerce Yearbook 2009/2010, pp. 75-78.
- HONEGGER PETER/KOLB ANDREAS, Amts- und Rechtshilfe: 10 aktuelle Fragen, ASA 77, Nr. 11/12, 2008/2009, pp. 789-823.
- BSK StGB II-THOMAS HOPF, 2nd ed., Articles 271 and 273, pp. 1910-1931, 1942-1961
- BSK StGB II-MARKUS HUSMANN, Articles 271 and 273, pp. 2330-2370, 2383-2419
- HUSMANN MARKUS, Wirtschaftlicher Nachrichtendienst : Schutz kollektiver Rechtsgüter – Bedrohung für den Einzelnen?, in: Ackermann Jürg-Beat/Hilf Marianne Johanna (eds.), Top Secret, Geheimnisschutz und Spionage, Zurich/Basle/Geneva 2015, p. 59-112
- MUSCHIETTI GIUSEPPE, Wirtschaftlicher Nachrichtendienst – eine richterliche Perspektive, in: Ackermann Jürg-Beat/Hilf Marianne Johanna (eds.), Top Secret, Geheimnisschutz und Spionage, Zurich/Basle/Geneva 2015, p. 113-145
- LAUBER MICHAEL/MEDVED ALEXANDER, Staatsschutz für Wirtschaftsgeheimnisse, in: Ackermann Jürg-Beat/Hilf Marianne Johanna (eds.), Top Secret, Geheimnisschutz und Spionage, Zurich/Basle/Geneva 2015, p. 9-28
- ROSENTHAL DAVID/JÖHRI YVONNE, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zurich 2008, Articles 271 and 273, pp. 801-850
- SCHARMM DOROTHEE, Entwicklung bei der Strafbarkeit von privaten Zeugenbefragungen in der Schweiz durch Anwälte für ausländische Verfahren, AJP 2006, pp. 491-500
- StGB PK-STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, Articles 271 and 273, pp. 1278-1286, 1289-1296
- ZULAUF URS, Kooperation mit dem Ausland: Verrat an der Schweiz? Gedanken zu den Schweizer Verbotsgesetzen («Blocking Statutes») von Art. 271 und 273 StGB und Art. 47 BankG, in: Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, pp. 1075-1094

Materials

- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesbeschlusses betreffend den Schutz der Sicherheit der Eidgenossenschaft und die Erweiterung der Bundesanwaltschaft, vom 29. April 1935 (Botschaft zum sog. Spitzelgesetz), <http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10032636>
- Bundesamt für Statistik > Themen > 19 - Kriminalität, Strafrecht > Kriminalität, Strafvollzug > Jugend- und Erwachsenenurteile > Daten, Indikatoren > Überblick > Verurteilungen – Tabellen zu Verurteilungen nach StGB, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/03/03/key/ueberblick/01.html> vide Arts. 271 and 273 <http://192.168.222.114:8080/ProgressMessages?proxy=192.168.222.114&action=start&index=209&id=7367213>
- Entwurf, Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und über den Schutz der schweizerischen Souveränität (Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz, ZSSG), <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/archiv/zssg/vorentw-d.pdf>
- Erläuternder Bericht zum Entwurf für ein Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und über den Schutz der schweizerischen Souveränität <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/archiv/zssg/vn-ber-d.pdf>.
- International Judicial Assistance in Civil Matters, Guidelines of the FOJ, 3rd ed. 2003 (latest update January 2013) <http://www.rhf.admin.ch/etc/medialib/data/rhf.Par.0064.File.tmp/wejl-ziv-e.pdf>
- Report of the FOJ on legal aspects relating to the cooperation with foreign authorities (judicial assistance, mutual assistance, protection of sovereignty), Bern 14 March 2011
- SCHMID KARIN, Verbotene Handlungen für einen fremden Staat / Art. 271 StGB, Referat im Rahmen des Swiss Compliance Officers Meeting, 5 May 2015 (presentation slides)
- WYSS RUDOLF, Steuerstreit mit Deutschland. Druck aus Deutschland auf Schweizer Banken ist gesetzeswidrig, NZZ of 7 August 2015, <http://www.nzz.ch/wirtschaft/wirtschaftspolitik/der-neue-steuerstreit-1.18595657>