

Urteilkopf

145 IV 114

13. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen X. und vice versa (Beschwerde in Strafsachen) 6B_1314/2016 / 6B_1318/2016 vom 10. Oktober 2018

Regeste (de):

Art. 1 und Art. 47 (in den ab 1. Juli 2004 und ab 1. Januar 2009 geltenden Fassungen) BankG; Unterstellung unter das Bankkundengeheimnis durch eine Tätigkeit für ein ausländisches Bankinstitut, welches einen Teil von Vermögensverwaltungsdienstleistungen einer schweizerischen Bank erbringt?

Anwendbare Fassungen von Art. 47 BankG (E. 3.1). Zum Anwendungsbereich des BankG (E. 3.2). Persönlicher Geltungsbereich von Art. 47 Abs. 1 lit. a BankG (E. 3.3): Verhältnis des persönlichen und sachlichen Geltungsbereichs (E. 3.3.2). Prüfung der Eigenschaft eines "Angestellten" (E. 3.3.3) oder "Beauftragten" (E. 3.3.4) im Sinne dieser Strafbestimmung. Da im konkreten Fall weder das eine noch das andere zutrifft, entfällt eine Prüfung des räumlichen Geltungsbereichs (E. 3.4). Für einen Schuldspruch wegen Verletzung des Geschäftsgeheimnisses (Art. 162 StGB) bleibt kein Raum (E. 4).

Regeste (fr):

Art. 1 et art. 47 (dans leur teneur en vigueur au 1er juillet 2004 et au 1er janvier 2009) LB; soumission au secret bancaire d'un institut bancaire étranger en raison du fait qu'il fournit une partie des services de gestion de fortune d'une banque suisse?

Versions applicables de l'art. 47 LB (consid. 3.1). Champ d'application de la LB (consid. 3.2). Champ d'application personnel de l'art. 47 al. 1 let. a LB (consid. 3.3): rapport entre le champ d'application personnel et le champ d'application matériel (consid. 3.3.2). Examen de la qualité d'"employé" (consid. 3.3.3) ou de "mandataire" (consid. 3.3.4) au sens de cette disposition pénale. Dès lors que dans le cas d'espèce, ni l'une, ni l'autre notion ne s'applique, il n'est pas nécessaire d'examiner le champ d'application dans l'espace (consid. 3.4). Une condamnation pour violation du secret commercial (art. 162 CP) n'entre pas en ligne de compte (consid. 4).

Regesto (it):

Art. 1 e art. 47 (nelle versioni in vigore dal 1° luglio 2004 e dal 1° gennaio 2009) LBCR; assoggettamento al segreto bancario in ragione di un'attività svolta per un istituto bancario straniero che effettua una parte delle prestazioni di servizi di gestione patrimoniale di una banca svizzera?

Versioni applicabili dell'art. 47 LBCR (consid. 3.1). Campo d'applicazione della LBCR (consid. 3.2). Campo d'applicazione personale dell'art. 47 cpv. 1 lett. a LBCR (consid. 3.3): rapporto tra il campo d'applicazione personale e quello materiale (consid. 3.3.2). Esame della qualità di "impiegato" (consid. 3.3.3) o di "mandatario" (consid. 3.3.4) secondo questa disposizione penale. Non sussistendo in concreto né l'una né l'altra, risulta superfluo l'esame del campo d'applicazione territoriale (consid. 3.4). Non vi è spazio per una condanna per titolo di violazione del segreto commerciale (art. 162 CP; consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 115

BGE 145 IV 114 S. 115

A. Vorgeschichte

X. arbeitete seit September 1987 als Revisor für die Bank Julius Bär & Co. AG in Zürich. Deren Mutterhaus, die Julius Bär Holding mit Sitz in Zürich, entsandte ihn im September 1994 zunächst für eine Dauer von fünf Jahren als Chefbuchhalter zu einer auf den Kaimaninseln (Cayman Islands) domizilierten Tochtergesellschaft, der Julius Baer Bank & Trust Company Ltd. (nachfolgend: JBBT). Die Kaimaninseln sind ein britisches Überseegebiet (British Overseas Territory) in der Karibik mit eigener Privatrechtsordnung. Ab dem 1. September 1999 leitete X. das operative Geschäft der JBBT. Am 10. Dezember 2002 kündigte die JBBT das Arbeitsverhältnis ordentlich mit Wirkung auf den 10. März 2003 und stellte ihn ab sofort frei. Dies wurde unter anderem damit begründet, X. habe sich angeordneten Massnahmen zur Sicherheitsüberprüfung entzogen. In der Folgezeit verwickelte sich X. in rechtliche Auseinandersetzungen mit der Bank Julius Bär & Co. AG. In den Jahren 2005 und 2007 stellten für die Holdinggesellschaften tätige Personen infolge von Handlungen, die später X. zugeordnet werden konnten, jeweils wegen Drohung Strafanzeige gegen Unbekannt.

B. Erstes Strafverfahren

B.a Die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland eröffnete im Juni 2005 ein Strafverfahren (Anklageschrift vom 25. Juni 2010). Am 25. Juni 2010 erhob sie folgendermassen Anklage gegen X.: Im Zentrum stand der Vorwurf einer mehrfachen Verletzung des Bank- resp. des Geschäftsgeheimnisses, die X. begangen haben soll, indem er Bankkundendaten, die ihm in seiner Eigenschaft als Mitarbeiter der Julius Bär Holding resp. einer zugehörigen Konzerngesellschaft auf den Kaimaninseln zugänglich waren, an Personen und Stellen weiterleitete, die darauf keinen Anspruch hatten. So habe er im Juni 2004 der Steuerverwaltung des Kantons Basel-Stadt die fingierte Selbstanzeige eines Kunden der Bank Julius Bär & Co. AG wegen nicht deklarerter steuerbarer Einkünfte (Offshore-Aktivitäten mit Mutual Funds) zukommen lassen. Die Steuerverwaltung leitete ein Prüfverfahren ein, das ergebnislos blieb.

BGE 145 IV 114 S. 116

Im März 2005 habe X. von Berlin aus anonym jeweils eine CD mit Begleitschreiben an die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) sowie an die Steuerverwaltung des Kantons Zürich gesandt. Darin habe er eine Vielzahl von Bankkundendaten sowie interne Geschäftsabläufe einer auf den Kaimaninseln niedergelassenen Einheit der Julius Bär Holding offenbart. Die kantonale Behörde leitete in mindestens einem Fall ein Nachsteuer- und Bussenverfahren ein. Im Juni 2005 habe X. der Redaktion der Zeitschrift Cash in Zürich anonym eine CD mit Begleitschreiben zugestellt. Diese habe vertrauliche Daten (interne Geschäftsabläufe der Bank, Namen von Firmen- und natürlichen Personenkunden, Adress-, Konto- und Vermögensangaben) enthalten. Die Zeitschrift veröffentlichte am 16. Juni 2005 einen Artikel unter dem Titel "Datenklau bei der Bank Julius Bär". Weiter beschuldigte die Staatsanwaltschaft X., im Mai 2004 von einem Internet-Café in Zürich aus unter Pseudonym eine E-Mail an den damaligen Chief Executive Officer (CEO) der JBBT, A., verschickt zu haben. In dieser Sendung habe er vorgegeben, im Besitz von vertraulichen Kundendaten zu sein, die er veröffentlichen würde, falls ihm nicht USD 50'000.- bezahlt würden. Auf diesem Weg habe er ihm seiner Meinung nach zustehende Forderungen durchsetzen wollen. Es liege eine versuchte Nötigung vor. Zudem legte die Anklage X. eine Drohung zur Last. Er habe einem Mitglied des Verwaltungsrates der JBBT, B., im Juni 2005 aus zwei öffentlichen Telefonkabinen in Zürich und Pfäffikon/SZ drei Telefaxe mit drohendem Inhalt zugesandt, um diesen dazu zu bewegen, die Schweiz zu verlassen oder "zu kooperieren". Der Beschuldigte sei davon ausgegangen, der Geschädigte sei (als früherer Repräsentant der Bank Julius Bär & Co. AG in Mexiko) in die sog. Salinas-Affäre und ausserdem in unsaubere Geschäfte auf den Kaimaninseln verwickelt gewesen. Die Staatsanwaltschaft beschuldigte X. sodann der versuchten Nötigung. Er habe im August 2005 aus seinem Urlaub in Serfaus (Österreich) zwei anonyme E-Mails in englischer Sprache mit identischem Inhalt an die Bank Julius Bär & Co. AG sowie in Kopie an die Zeitschrift Cash resp. an einen Mitarbeiter der Bank versandt. In diesen E-Mails habe er die Adressatin aufgefordert, laufende "Aktionen" gegen Mitarbeiter zu stoppen. Für den Fall, dass dies nicht geschehen sollte, drohte er an, er werde Kundendaten, die er sich pflichtwidrig

BGE 145 IV 114 S. 117

verschafft habe, an Steuerbehörden, Zeitungen und rechtsextreme "Gruppierungen" weiterleiten. Weiter soll X. im August 2007 aus Mauritius über ein Onlineformular der Zeitung Tages-Anzeiger mitgeteilt haben, am selben Tag werde bei "Julius Baer, Zürich" eine Explosion erfolgen. Dies erfülle den Tatbestand der Drohung. Ebenfalls im August 2007 habe er von seinem damaligen Wohn- und Arbeitsort Mauritius aus unter dem Pseudonym "Robin Hood" eine E-Mail (Anrede: "Hi dirty pig") mit einer Todesdrohung an C., Mitarbeiter des Rechtsdienstes der Julius Bär & Co. AG, gesendet. Wiederum den Tatbestand der Drohung erfüllt haben soll X., als er im September 2007 von der Isle of Man aus eine weitere E-Mail an C. mit der Textpassage "Are you still alive? That will change soon"

gesendet habe.

B.b Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 19. Januar 2011

Mit Urteil vom 19. Januar 2011 sprach das Bezirksgericht Zürich X. schuldig: der Drohung zum Nachteil des Privatklägers C. (E-Mail "Hi dirty pig"); der mehrfachen versuchten Nötigung (Versand von E-Mails aus dem österreichischen Serfaus an die Bank Julius Bär & Co. AG und einen ihrer Mitarbeiter sowie durch Versand von drei Telefaxen an B., sowie der mehrfachen Verletzung des Bankgeheimnisses durch Bekanntgabe von Daten gegenüber der Steuerverwaltung des Kantons Basel-Stadt, der ESTV und der Steuerverwaltung des Kantons Zürich sowie gegenüber der Zeitschrift Cash.

Freigesprochen wurde X. von den Vorwürfen betreffend Drohungen zum Nachteil der Bank Julius Bär & Co. AG (Hinterlegung einer Bombendrohung auf der Internetseite der Zeitung Tages-Anzeiger) resp. zum Nachteil von C. (Zusendung des E-Mails "Are you still alive") sowie vom Vorwurf der versuchten Nötigung (Versand eines E-Mails an A.). Das Bezirksgericht verurteilte X. zu einer Geldstrafe von 240 Tagessätzen zu Fr. 30.-. Den Vollzug dieser Strafe schob es auf, dies bei einer Probezeit von zwei Jahren. X. erhob am 20. Januar/21. März 2011, die Staatsanwaltschaft am 24. Januar/10. März 2011 Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich. Angefochten wurden die Schuldsprüche betreffend Drohung (E-Mail "Hi dirty pig"), versuchter Nötigung (Telefaxe an B.) und mehrfacher BGE 145 IV 114 S. 118

Verletzung des Bankgeheimnisses, die ausgesprochene Sanktion, die Festlegungen betreffend Strafvollzug und Probezeit sowie die Kostenverlegung und Prozessentschädigung. Am 17. November 2011 wies das Obergericht des Kantons Zürich die Akten zur weiteren Untersuchung sowie zur allfälligen Ergänzung resp. Abänderung der Anklageschrift an die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland zurück. Am 27. November 2013 legte die Staatsanwaltschaft einen "Abschlussbericht zu ergänzenden Untersuchungshandlungen" auf und erliess am 10. Dezember 2013 eine geänderte Anklageschrift. Mit Zwischenentscheid vom 10. März 2014 wies das Obergericht des Kantons Zürich unter anderem einen Antrag von X. ab, das Verfahren sei an das Bezirksgericht zurückzuweisen. Das Bundesgericht trat auf die dagegen erhobene Beschwerde nicht ein (Urteil 1B_143/2014 vom 14. Mai 2014).

C. Zweites Strafverfahren

C.a Die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich eröffnete im Januar 2011 ein zweites Strafverfahren. Dieses mündete in folgende Anklagen (Anklageschrift vom 30. Juni 2014): Zur Last gelegt wurde X. zunächst eine Urkundenfälschung. Mittels Elementen des Briefpapiers, auf welchem ihm die Bank Julius Bär & Co. AG am 6. Juni 2006 eine Arbeitsbestätigung ausgestellt hatte, habe er gegen Ende des Jahres 2007 ein gefälschtes Schreiben dieser Bank an die deutsche Bundeskanzlerin Angela Merkel bei WikiLeaks publiziert. In diesem Schriftstück wird der Eindruck erweckt, die Bank verwahre sich dagegen, Offshore-Konti und Trusts zu halten, die für Zahlungen an deutsche Politiker benützt würden, in diesem Fall an ein Nummernkonto bei der Bank D., und sie werde diese Vorgänge an nicht näher bezeichnete Behörden melden. Gegenstand der Anklage war wiederum der Vorwurf einer mehrfachen Verletzung des Bankkunden- resp. Geschäftsgeheimnisses: Der Sachverhaltskomplex "WikiLeaks 2008" betrifft den Vorwurf an X., im Zeitraum Dezember 2007 bis Dezember 2008 von seinem damaligen Lebensmittelpunkt Mauritius aus Daten mit Bezug auf die Bank Julius Bär & Co. AG und ihre Kunden an die Enthüllungsplattform WikiLeaks weitergeleitet zu haben, die er während seiner Tätigkeit als Chief Operating Officer (COO) der JBBT (September 1999 bis August 2002) zurückbehalten habe. WikiLeaks habe im BGE 145 IV 114 S. 119

Zeitraum Januar 2008 bis März 2009 in Zusammenarbeit mit dem Beschuldigten nach und nach "Falldossiers" mit aufbereiteten Daten aus den zur Verfügung gestellten Dokumenten veröffentlicht. Unter dem Titel "Steinbrück 2009/2010" warf die Anklage X. versuchte Verletzung des Bankkündengeheimnisses vor. Er habe am 6. April 2009 aus Mauritius einen Brief an den damaligen deutschen Finanzminister Peer Steinbrück gesendet. Darin habe er auf seine Veröffentlichungen in WikiLeaks hingewiesen und einschlägige, noch nicht publizierte Bankkundendaten von in Deutschland ansässigen Personen angeboten, denen er Steuerhinterziehung unterstellte. Als Gegenleistung habe er Schutz für seine Familie eingefordert. Sodann habe er in seinem 2010 erschienenen Buch "Z." ein entsprechendes Angebot bekräftigt.

Der Anklagekomplex "WikiLeaks 2011" betrifft den Vorwurf an X., ab Mitte November 2010, nunmehr wieder in der Schweiz wohnhaft, eine zweite Kampagne von Publikationen über WikiLeaks vorbereitet zu haben. Zu diesem Zweck habe er den Text eines an Kunden der Bank Julius Bär & Co. AG gerichteten Drohbriefs entworfen, wonach im Januar 2011 die Veröffentlichung individueller Kundendaten bei WikiLeaks bevorstehe; die Adressaten sollten sinngemäss zur Selbstanzeige im

jeweils zuständigen Land aufgefordert werden. Am 17. Januar 2011 habe in London eine Pressekonferenz im Beisein von Julian Assange, dem Begründer von WikiLeaks, stattgefunden. In einer Wortmeldung während dieser Veranstaltung habe X., wie schon tags zuvor über die Wochenzeitung The Observer, die Übergabe von CDs an WikiLeaks angekündigt und auf eine Aussage des Investigativjournalisten Leo Müller im Buch "Tatort Zürich" hingewiesen, wonach sich auf den Datenträgern Informationen zu Bankverbindungen von Persönlichkeiten aus Wirtschaft, Politik und Kultur sowie von grossen Unternehmen befänden. Womöglich seien schon in den Tagen vor der Pressekonferenz Daten übergeben worden.

C.b Urteil des Bezirksgerichts vom 12. Januar 2015

Diese Anklagen beurteilte das Bezirksgericht Zürich in einem weiteren Urteil vom 12. Januar 2015. Darin sprach es X. der Urkundenfälschung schuldig sowie der mehrfachen Verletzung des Bankgeheimnisses. Der letztere Schuldspruch erstreckte sich indessen nur auf einen Teil des Anklagekomplexes "WikiLeaks 2008". Hinsichtlich eines weiteren Teils sprach das Bezirksgericht X. von den Vorwürfen der mehrfachen Verletzung des Bankkündengeheimnisses

BGE 145 IV 114 S. 120

frei. Ebenfalls freigesprochen wurde er von den Vorwürfen der mehrfachen versuchten Verletzung des Bankkündengeheimnisses ("Steinbrück 2009/2010") und von der mehrfachen, teilweise versuchten Verletzung des Bankkündengeheimnisses (Anklagekomplex "WikiLeaks 2011"). In einem verbleibenden Teil des Anklagekomplexes "WikiLeaks 2008" stellte das Bezirksgericht das Verfahren ein. Die Schuldsprüche führten zu einer Geldstrafe von 300 Tagessätzen zu Fr. 150.-. Der Vollzug dieser Sanktion wurde - bei einer Probezeit von drei Jahren - aufgeschoben. Hinsichtlich der von der Staatsanwaltschaft beschlagnahmten Datenträger (CDs, DVDs, USB-Sticks, diverse Computer und externe Festplatten) setzte das Bezirksgericht X. eine nach Eintritt der Rechtskraft wirksam werdende, nicht erstreckbare Frist von drei Monaten, "um konkret unter Angabe des Dateinamens, des Pfades und des Datenträgers zu substantiieren, welche Dateien ohne inkriminierte Bankdaten er in Kopie herausverlangen möchte". Ansonsten werde angenommen, der Betroffene verzichte auf eine Herausgabe. Bei einem hinreichend substantiierten Herausgabeantrag werde ihm eine nicht erstreckbare dreissigtägige Frist angesetzt, um einen Vorschuss für die entstehenden Kosten zu leisten. Nach Eintritt der Rechtskraft würden die Datenträger eingezogen und vernichtet. Gegen das Urteil vom 12. Januar 2015 erhoben X. am 19. Januar/6. Februar 2015 und die Staatsanwaltschaft am 19. Januar/23. Februar 2015 Berufung beim Obergericht.

D. Angefochtenes Urteil des Obergerichts vom 19. August 2016 Die Vorinstanz vereinigte beide Berufungsverfahren und erledigte sie mit Urteil vom 19. August 2016.

D.a Vorab stellte das Obergericht die Rechtskraft des Bezirksgerichtsurteils vom 19. Januar 2011 fest, was den Schuldspruch betreffend versuchter Nötigung (E-Mails aus Serfaus an die Bank Julius Bär & Co. AG) und die Freisprüche bezüglich Drohung (Fälle E-Mail von Isle of Man an C. "Are you still alive?" und Bombendrohung gegen die Bank Julius Bär & Co. AG) sowie versuchter Nötigung (E-Mail an den CEO der JBBT) anging.

D.b Was die vor Obergericht noch strittigen Punkte betrifft, gelangte dieses hinsichtlich sämtlicher Vorwürfe der (versuchten oder vollendeten) Verletzung des Bankkündengeheimnisses zu einem

BGE 145 IV 114 S. 121

Freispruch oder einer Einstellung des Verfahrens. Für einen Teil der unter diesem Titel angeklagten Vorgänge kam das Obergericht zum Schluss, die jeweiligen Sachverhalte seien entweder nicht tatbestandsmässig oder nicht hinreichend nachgewiesen. Dies betraf die fingierte Selbstdeklaration zuhanden der Basler Steuerverwaltung und die Offenlegung des "Falldossiers" eines bestimmten Kunden im Rahmen des Komplexes "WikiLeaks 2008". In den übrigen Fällen gelangte die Vorinstanz zwar zur Überzeugung, der jeweilige Sachverhalt sei erstellt, im Einzelnen was die Offenbarung von geschützten Bankkündendaten durch CD-Versände an die ESTV, die Zürcher Steuerverwaltung und die Zeitschrift Cash anging, sodann bezüglich der vier weiteren "Falldossiers" des Komplexes "WikiLeaks 2008", hinsichtlich des Angebots an das deutsche Finanzministerium sowie (abweichend vom bezirksgerichtlichen Erkenntnis) betreffend die Datenübergabe vor oder während der Londoner Pressekonferenz vom 17. Januar 2011 ("WikiLeaks 2011"). Für alle diese Fälle verneinte die Vorinstanz indessen die Tatbestandsmässigkeit, weil der Beschuldigte zu den möglichen Tatzeitpunkten weder bei einer Schweizer Bank angestellt noch von einer solchen beauftragt gewesen sei. Entsprechend habe er nicht dem Bankgeheimnis unterstanden. Das Schreiben an den damaligen deutschen Finanzminister vom 4. April 2009 stelle eine straflose Vorbereitungshandlung dar. Was die inkriminierte Passage aus dem Buch "Z." angehe, mangle es an einem genügenden Anknüpfungspunkt für eine Anwendung des schweizerischen Strafgesetzbuches. Zusage Verletzung des Anklagegrundsatzes eingestellt wurde das Verfahren zu den Vorwürfen der mehrfachen Verletzung des Bankkündengeheimnisses betreffend eines Teils des Komplexes "WikiLeaks 2008"

("Diverse weitere Publikationen 2008"). Der Vorwurf der mehrfachen Verletzung des Geschäftsgeheimnisses bezog sich auf dieselben Vorgänge. Diesbezüglich gelangte die Vorinstanz zum Schluss, X. habe sich unter anderem deswegen nicht strafbar gemacht, weil er unter keinem massgeblichen Titel gesetzlich oder vertraglich zur Geheimhaltung verpflichtet gewesen sei. Mangels Beweisen ebenfalls freigesprochen hat die Vorinstanz X. vom Vorwurf der versuchten Nötigung zum Nachteil von B. Schuldig gesprochen hat die Vorinstanz X. der Drohung, begangen durch den Versand einer E-Mail ("Hi dirty pig") an einen Mitarbeiter der Bank Julius Bär & Co. AG, sowie der Urkundenfälschung (fingierter Brief an die deutsche Bundeskanzlerin). Hierfür
BGE 145 IV 114 S. 122

fällte sie eine Freiheitsstrafe von 14 Monaten, wovon 220 Tage durch Untersuchungshaft erstanden seien. Den Vollzug der Freiheitsstrafe schob die Vorinstanz auf; die Probezeit setzte sie auf drei Jahre fest.

D.c Bezüglich der Abwicklung der Dateien, die sich auf den beschlagnahmten Datenträgern befinden, ordnete die Vorinstanz (wie bereits das Bezirksgericht) an, der Beschuldigte möge innert drei Monaten nach Eintritt der Rechtskraft konkrete Dateien auf den fraglichen Datenträgern bezeichnen, die er herausverlangen wolle. Dazu habe er jeweils den Dateinamen, den Pfad und den Datenträger zu substantiieren. Ebenfalls bestätigt wurde - für den Fall eines hinreichend substantiierten Herausgabeantrags - die Ansetzung einer Frist zur Leistung eines Vorschusses für die mit dem Kopieren der Dateien verbundenen Kosten.

D.d Die Kosten der Untersuchung und des bezirksgerichtlichen Verfahrens auferlegte die Vorinstanz X. zu drei Vierteln, was die im bezirksgerichtlichen Urteil vom 19. Januar 2011 behandelten Punkte anbelange, und zu neun Zehnteln hinsichtlich der angefochtenen Punkte des Urteils vom 12. Januar 2015. Sie belastete ihm insbesondere auch diejenigen Kosten, die auf die Vorwürfe der mehrfachen Verletzung des Bankkundengeheimnisses entfielen, obwohl es den Betroffenen davon freigesprochen hat: Er habe sich diesbezüglich in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise verhalten und damit das Strafverfahren adäquat-kausal verursacht. Die Kosten des vereinigten Berufungsverfahrens, einschliesslich jener der amtlichen Verteidigung, auferlegte es ihm zu einem Fünftel.

E. Bezug nehmend auf Ausführungen, die der vorsitzende Obergerichter bei der mündlichen Urteilseröffnung gemacht hatte, reichte X. gegen diesen Strafanzeige wegen Verleumdung, eventuell Ehrverletzung, ein. Die Geschäftsleitung des Kantonsrates Zürich lehnte es ab, die zuständige Staatsanwaltschaft zur Eröffnung einer Strafuntersuchung zu ermächtigen (Beschluss vom 19. Januar 2017). Am 12. Mai 2017 wies das Bundesgericht die dagegen erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Verfahren 1D_4/2017).

F.

F.a Die am 21. November 2016 eingereichte Beschwerde in Strafsachen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich wird im Verfahren 6B_1314/2016 behandelt.
BGE 145 IV 114 S. 123

Die Oberstaatsanwaltschaft beantragt, das angefochtene Urteil sei im Schuldpunkt aufzuheben, soweit die Vorinstanz X. vom Vorwurf der mehrfachen, teilweise versuchten Verletzung des Bankkundengeheimnisses resp. mehrfachen Verletzung des Geschäftsgeheimnisses freigesprochen hat. Sie verlangt Schuldsprüche hinsichtlich der Bekanntgabe von Daten an die ESTV, die Steuerbehörde des Kantons Zürich und die Zeitschrift Cash sowie bezüglich der vier sachverhaltlich erstellten "Falldossiers" des Komplexes "WikiLeaks 2008", des Schreibens an den damaligen deutschen Finanzminister (nicht aber der inkriminierten Passage aus dem Buch "Z.") und des Komplexes "WikiLeaks 2011". X. sei zu einer Freiheitsstrafe von insgesamt 36 Monaten zu verurteilen. Der Vollzug der Freiheitsstrafe sei im Umfang von 24 Monaten aufzuschieben, dies bei einer Probezeit von drei Jahren. Im Umfang von zwölf Monaten (abzüglich 220 Tage erstandene Untersuchungshaft) sei die Freiheitsstrafe zu vollziehen. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich jener der amtlichen Verteidigung, seien dem Beschuldigten zu neun Zehnteln aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Eventuell sei die Sache zur neuen Beurteilung im Schuld- und Strafpunkt sowie hinsichtlich der Kosten an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese sei zudem anzuweisen, das Beweisverfahren wieder aufzunehmen.

F.b X. führt - mit eigener Eingabe und durch seine Rechtsvertreterin jeweils am 21. November 2016 - ebenfalls Beschwerde in Strafsachen. Diese wird im Verfahren 6B_1318/2016 behandelt. In der Sache beantragt X., das angefochtene Urteil sei aufzuheben, soweit ihn das Obergericht der Drohung (E-Mail "Hi dirty pig") schuldig gesprochen habe. Zudem sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese die Strafe neu zumesse, die Voraussetzungen hinsichtlich der Rückgabe beschlagnahmter Gegenstände anders umschreibe sowie die Verlegung der Kosten für das

Untersuchungs- und das bezirksgerichtliche Verfahren (Auflage zu neun Zehnteln) ändere.

F.c Im Verfahren 6B_1318/2016 weist das Bundesgericht das Gesuch von X. um unentgeltliche Rechtspflege (Prozessführung und rechtliche Verbeiständung) ab (Verfügung vom 19. Januar 2017). BGE 145 IV 114 S. 124

F.d Im Verfahren 6B_1314/2016 schliesst X. auf Abweisung der Beschwerde der Oberstaatsanwaltschaft, soweit darauf einzutreten sei. Mit der Vernehmlassung lässt er zwei Kurzgutachten der Prof. E., Universität U., vom 4. September 2017 und F., Universität V., vom 20. September 2017 einreichen. Das Obergericht äussert sich in der Sache.

F.e Im Verfahren 6B_1318/2016 beantragt die Oberstaatsanwaltschaft, die Beschwerde von X. sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Dieser repliziert durch seine Verteidigerin und mit eigener Eingabe.

G. Die Strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts hat die Angelegenheit am 10. Oktober 2018 an einer öffentlichen Sitzung beraten.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Verletzung des Bankkündengeheimnisses

Die Beschwerdeführerin vertritt die Rechtsauffassung, die Nichtanwendung von Art. 47 BankG auf den Beschwerdegegner verletze Bundesrecht (Art. 95 BGG).

3.1 Anwendbare Fassungen von Art. 47 BankG

3.1.1 Nach Art. 47 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0; in der seit Januar 2009 geltenden Fassung) wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe unter anderem derjenige bestraft, welcher vorsätzlich ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Organ, Angestellter, Beauftragter oder Liquidator einer Bank anvertraut worden ist oder das er in dieser Eigenschaft wahrgenommen hat. Die Verletzung des Berufsgeheimnisses ist auch nach Beendigung des amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses oder der Berufsausübung strafbar (Abs. 4). Die allgemeinen Bestimmungen des StGB kommen zur Anwendung (Abs. 6 zweiter Satz). Soweit frühere, seit dem 1. Juli 2004 resp. 1. Juli 1971 geltende Fassungen von Art. 47 BankG den persönlichen Geltungsbereich abweichend von der heute geltenden Fassung definiert haben, sind diese Unterschiede hier nicht von Bedeutung. Hingegen ist zu beachten, dass bis Ende Juni 2004 die Strafdrohung auf Gefängnis bis zu sechs Monaten oder Busse bis zu 50'000 Franken lautete. BGE 145 IV 114 S. 125

3.1.2 Entsprechend der jeweiligen zeitlichen Einordnung der vor Bundesgericht noch im Streit liegenden einschlägigen Tathandlungen sind die Offenlegung von Daten zuhanden ESTV, Zürcher Steuerbehörde und Zeitschrift Cash sowie der Komplex "WikiLeaks 2008" anhand von aArt. 47 BankG (2004) zu beurteilen, das Angebot der Datenübermittlung an den damaligen deutschen Finanzminister sowie der Komplex "WikiLeaks 2011" anhand von Art. 47 BankG in der seit dem 1. Januar 2009 gültigen Fassung. Der Einfachheit halber wird im Folgenden für beide Fassungen von "Art. 47 BankG" gesprochen.

3.2 Anwendungsbereich des BankG

Der Anwendungsbereich des schweizerischen Bankenrechts und damit auch von Art. 47 BankG kann sich nur auf Banken beziehen, welche in der Schweiz Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen und über eine Bewilligung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) verfügen (vgl. Art. 1 BankG). Mit der Auslagerung bestimmter Geschäftsfelder in das Ausland, insbesondere mit der Errichtung einer rechtlich selbstständigen Bank im Ausland, unterstehen die in diesem Zusammenhang im Ausland erlangten oder verarbeiteten Informationen nicht mehr der schweizerischen, sondern der jeweiligen nationalen Rechtsordnung des betreffenden Landes. So ist denn auch allgemein anerkannt, dass die Kundenbeziehungen der ausländischen Zweigniederlassungen einer Schweizer Bank nicht Schutzobjekt von Art. 47 BankG bilden. Dies entspricht herrschender Lehre und Rechtsprechung und wurde vom Bundesgericht erst kürzlich in BGE 143 II 202 E. 8.6.1 bestätigt. Bankinstitute, die nicht in der Liste der von der FINMA bewilligten Banken und Effektenhändler aufgeführt sind, insbesondere Zweigniederlassungen von schweizerischen Banken im Ausland, unterstehen weder direkt noch auf dem Weg einer analogen Anwendung dem schweizerischen Bankengesetz (vgl. BGE 143 II 202 E. 8.6.1 S. 219: "...il ne peut y avoir violation de l'art. 47 LB en lien avec la transmission de documents internes à cette entité"). Dies gilt nicht nur für Zweigniederlassungen, sondern erst recht für ausländische

Tochtergesellschaften einer schweizerischen Holding. Das BankG ist auf die Julius Baer Bank & Trust Company Ltd. (JBBT) und deren Angestellte somit grundsätzlich nicht anwendbar.

3.3 Persönlicher Geltungsbereich

3.3.1 Im erstinstanzlichen Strafprozess stand insofern noch die Frage des sachlichen Geltungsbereichs von Art. 47 BankG im
BGE 145 IV 114 S. 126

Vordergrund, als strittig schien, ob es sich bei den vom Beschwerdegegner offenbarten Daten um solche der auf den Kaimaninseln domizilierten JBBT oder aber der - über eine Bewilligung der FINMA verfügenden - Bank Julius Bär & Co. AG gehandelt habe. Nur Letztere sind solche im Sinne des schweizerischen Bankengesetzes (Art. 1 Abs. 4 und Art. 3 ff. BankG; vgl. BGE 143 II 202 E. 8.6.1 S. 219). Anhand der ergänzenden Abklärungen, welche die Staatsanwaltschaft während des Berufungsprozesses getätigt hat, legt die Vorinstanz dar, dass es in zahlreichen Fällen um Daten der Bank Julius Bär & Co. AG ging. Wie erwähnt unterstehen die JBBT und deren Angestellte nicht dem schweizerischen Bankgeheimnis (E. 3.2). Zu prüfen bleibt aber, ob der Beschwerdegegner aufgrund seiner Tätigkeit für die Bär-Gruppe persönlich dem schweizerischen Bankengesetz unterstanden hat. Auf den Beschwerdegegner kann Art. 47 BankG in persönlicher Hinsicht Anwendung finden, wenn ihm die kundenbezogenen Daten der Bank Julius Bär & Co. AG, welche er offenbart hat, in der Eigenschaft als Organ, Angestellter, Beauftragter oder Liquidator einer Bank anvertraut worden sind oder wenn er sie in dieser Eigenschaft wahrgenommen hat (Abs. 1 lit. a).

3.3.2 Abhängigkeit des persönlichen Geltungsbereichs von Art. 47 BankG vom sachlichen Geltungsbereich? Nach dem Verständnis der beschwerdeführenden Oberstaatsanwaltschaft ist die Strafbestimmung - entsprechend einem auf ihren Schutzzweck abzustimmenden Begriff des "Angestellten" resp. "Beauftragten" - auch auf Personen anwendbar, deren Zugang zu schweizerischen Bankdaten nicht auf einer direkten vertraglichen Bindung mit einer Bank im Sinne von Art. 1 f. BankG (vgl. BGE 143 II 202 E. 8.6.1 S. 219) beruht, sondern auf einem Vertrag mit einem Dritten (ohne Qualifikation als Bank im Sinne des BankG), der im Auftrag der Bank wesentlich an deren wirtschaftlicher Tätigkeit mitwirkt. Damit verknüpft die Beschwerdeführerin den persönlichen Geltungsbereich von Art. 47 BankG prinzipiell mit dem sachlichen Geltungsbereich dieser Strafbestimmung. Ob dies einen verbotenen Analogieschluss begründet, ist nach dem strafrechtlichen Legalitätsprinzip (Art. 1 StGB; nullum crimen sine lege) zu prüfen. Dazu bedarf es vorab einer Analyse der der Strafnorm zugrunde liegenden Wertungen (BGE 128 IV 272 E. 2 S. 274 mit Hinweis). Der

BGE 145 IV 114 S. 127

Schutzbereich von Art. 47 BankG entspricht dem Umfang des Bankgeheimnisses. Dieses hat eine individuelle und eine institutionelle Dimension: Betroffen ist einerseits das Persönlichkeitsrecht des Bankkunden, andererseits die Funktionsfähigkeit des Finanzplatzes (EMMENEGGER/ZBINDEN, Die Standards zur Aufhebung des Bankgeheimnisses, in: Cross-Border Banking, Emmenegger [Hrsg.], 2009, S. 207 f., mit Hinweisen auf die Materialien zum BankG). Das Bankgeheimnis bezeichnet die durch straf- und allenfalls aufsichtsrechtliche Sanktionen verstärkte Pflicht einer Bank und ihrer Angehörigen, alle Informationen, die ihnen im Laufe der Geschäftsbeziehung vom Kunden anvertraut werden oder in diesem Rahmen zur Kenntnis gelangen, nach aussen hin geheim zu halten. Es beruht ebenso auf der vertraglichen Beziehung zwischen der Bank und dem Kunden wie auf dessen Persönlichkeitsschutz (BGE 137 II 431 E. 2.1.1 S. 436 mit zahlreichen Hinweisen). Art. 47 BankG nimmt die auftragsrechtliche Verpflichtung der Bank gegenüber ihrem Kunden, dessen Daten vertraulich zu behandeln (Art. 398 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 321a Abs. 4 OR), auf und sichert sie ab, indem er das diesbezüglich pflichtwidrige Verhalten von natürlichen und juristischen Personen, die für die Bank tätig sind, unter Strafe stellt. Die Bestimmung ist das strafrechtliche Pendant zur Vertraulichkeitsverpflichtung des Bankinstituts (ROLF H. WEBER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 6. Aufl. 2015, N. 11 zu Art. 398 OR). Folgerichtig hat der Gesetzgeber den Kreis der dem Bankgeheimnis unterstehenden Personen mit der Revision des BankG von 1971 (vgl. oben E. 3.1) unter anderem auf "Beauftragte" einer Bank ausgedehnt. Er dachte dabei insbesondere an Rechenzentren, die von Banken mit der elektronischen Datenverarbeitung betraut werden (Botschaft vom 13. Mai 1970 über die Revision des Bankengesetzes, BBl 1970 1182 zu Art. 47). Weiter unterstellt Art. 47 BankG auch Organe und Angestellte einer Prüfgesellschaft der Strafdrohung. Der persönliche Geltungsbereich von Art. 47 BankG ist auf den Zweck der Bestimmung - den Schutz des Bankgeheimnisses - abzustimmen. Insofern präjudiziert der sachliche Geltungsbereich der Strafbestimmung den Kreis der Personen, die der Sanktionsdrohung unterstehen. Unter dieser Prämisse ist zu prüfen, ob der Beschwerdegegner noch in der Eigenschaft als Angestellter der Bank Julius Bär & Co. AG (unten E. 3.3.3) gehandelt hat resp. (als Angestellter der

JBBT) im Sinne von Art. 47 BankG Beauftragter der Schweizer Bank war (E. 3.3.4). Mit Blick auf das Legalitätsprinzip (Art. 1 StGB)
BGE 145 IV 114 S. 128

ist indessen grundsätzlich von einer engen Auslegung der Begriffe "Angestellter" bzw. "Beauftragter" auszugehen.

3.3.3 Eigenschaft als Angestellter

Ausgehend vom Begriff des "Angestellten" war für die Vorinstanz ausschlaggebend, ob der Beschwerdegegner im Zeitpunkt, als er vom Geheimnis Kenntnis genommen hat, mit der Bank Julius Bär & Co. AG, einem Bankinstitut im Sinne von Art. 1 Abs. 4 BankG, arbeitsvertraglich verbunden war. Sie stellte dafür auf die Ausgestaltung diverser arbeitsvertraglicher Vereinbarungen mit Gesellschaften der Bär-Gruppe ab, welche die gegenseitigen Ansprüche während der Tätigkeit des Beschwerdegegners auf den Kaimaninseln regelten. Gestützt auf eine eingehende Analyse der Sachlage und der Verfahrensgeschichte schliesst sich die beschwerdeführende Staatsanwaltschaft der Auffassung des Bezirksgerichts (Urteil vom 12. Januar 2015) an, der Beschwerdegegner sei von September 1999 bis August 2002 Angestellter der Bank Julius Bär & Co. AG gewesen und als solcher verpflichtet, das Bankkundengeheimnis nach Schweizer Recht zu wahren, dies auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Dass er daneben noch einen Arbeitsvertrag nach ausländischem Recht gehabt habe und im Ausland für eine Konzerngesellschaft tätig gewesen sei, ändere nichts an dieser Verpflichtung. Soweit die Vorinstanz auf etwas anderes erkenne, verletze sie Bundesrecht. Die Vorinstanz setzt das Tatbestandselement "Eigenschaft als (...) Angestellter (...) einer Bank" mit dem entsprechenden zivilrechtlichen Begriff gleich. Aufgrund der von ihr festgestellten arbeitsvertraglichen Situation sei der Tatbestand von Art. 47 BankG nicht erfüllt. Der Beschwerdegegner schliesst sich dieser Sichtweise an. Seiner Auffassung nach darf der Begriff des "Angestellten" nicht, wie die Beschwerdeführerin geltend mache, als "strafrechtlicher Terminus technicus sui generis" verstanden werden. Das Strafrecht sei im Verhältnis zur übrigen Rechtsordnung akzessorisch, so auch zum Zivilrecht. Mit STRATENWERTH sei festzuhalten, dass Art. 47 BankG das zivilrechtlich geschützte Persönlichkeitsrecht des Bankkunden (bloss) strafrechtlich verstärke (vgl. Basler Kommentar, Bankengesetz, 2. Aufl. 2013, N. 1 zu Art. 47 BankG; MATTHIAS MICHLIG, Bankgeheimnisverletzung [Art. 47 BankG] unter dem Aspekt der Lieferung von Personendaten ans U.S. Department of Justice, AJP 2014 S. 1057 f.). Begriffe, die aus dem Zivil- oder Verwaltungsrecht in

BGE 145 IV 114 S. 129

das Strafrecht übernommen werden, könnten niemals weiter gefasst sein als in ihrem Ursprungsgebiet. Dies gelte auch für den zivilrechtlichen Begriff des Angestellten. Geheimnisverpflichtete Personen müssten also in einer Bank (im Sinne des BankG) oder für sie vertraglich tätig sein. Wollte die Schweiz den Einzugsbereich des BankG über die von der FINMA beaufsichtigten Banken hinaus beispielsweise auf ausländische Zweigniederlassungen erweitern, resp. die Begriffe des Organs, Angestellten, Beauftragten etc. "im Sinne einer vagen Interessenverwaltung für die Holding ausdehnen", wäre nach Ansicht des Beschwerdegegners eine Gesetzesänderung notwendig (Art. 1 StGB). Wenn privat- oder verwaltungsrechtlich verankerte Rechtsgüter und Interessen strafrechtlich geschützt werden sollen, übernimmt die betreffende Strafnorm regelmässig Begriffe aus den betreffenden Gebieten. In solchen Konstellationen begründen und begrenzen Begriffe des Zivil- oder Verwaltungsrechts den Geltungsbereich eines Straftatbestandes. Das strafrechtliche Tatbestandselement und der korrespondierende zivil- oder verwaltungsrechtliche Begriff sind indes nicht notwendigerweise identisch. Vielmehr ergibt sich der begriffliche Umfang aus der jeweiligen Natur der Straftatbestände. Mit Blick auf Art. 47 BankG ist zu berücksichtigen, dass die Verletzung des Bankgeheimnisses als echtes Sonderdelikt ausgestaltet ist. Täter kann nur sein, wer die im Gesetz abschliessend aufgezählten Eigenschaften aufweist. Gemeinsames Kriterium dieser besonderen Eigenschaften ist im Fall der Verletzung des Bankgeheimnisses eine gesellschaftsrechtliche bzw. vertragsrechtliche Beziehung zu einer schweizerischen Bank. Soweit hinsichtlich des Beschwerdegegners eine derartige Beziehung zur Bank Julius Bär und Co. AG nicht nachgewiesen werden kann, untersteht er nicht dem Bankgeheimnis.

Die Vorinstanz geht vom folgenden Sachverhalt aus: Die Julius Bär Holding - damalige Muttergesellschaft der Bank Julius Bär & Co. AG und der JBBT - hat anlässlich des Transfers des Beschwerdegegners von der Bank Julius Bär & Co. AG in die Funktion des Chief Accountant bei der JBBT auf den 1. September 1994 am 15. Februar 1994 mit ihm einen Vertrag über die Grundzüge des Arbeitsverhältnisses (Anstellungsdauer von fünf Jahren, Kündigungsfristen, Gehalt und Zulagen, Beibehalt des schweizerischen Sozialversicherungsschutzes, Ferien und Spesen) abgeschlossen.

Für die übrigen Belange wurden die Anstellungsbedingungen der JBBT massgebend
BGE 145 IV 114 S. 130

erklärt. Im ab dem 1. September 1999 geltenden Expatriate Agreement vom 1. September/16. November 1999 zwischen der Bank Julius Bär & Co. AG und dem Beschwerdegegner, welches die Vereinbarung vom 15. Februar 1994 ersetzen sollte, erklärten die Parteien, die Bank Julius Bär & Co. AG transferiere den Beschwerdegegner zur JBBT, damit er dort auf eine Dauer von drei Jahren die Funktion des Chief Operating Officer (COO) wahrnehme. Für die Zeit des Auslandeinsatzes wurde wiederum vorgesehen, dass der Beschwerdegegner zwar beim lokalen Vorsorgewerk der JBBT versichert, gleichzeitig aber auch bei der Pensionskasse der Bank Julius Bär & Co. AG angeschlossen, auf Kosten dieser Bank für Betriebs- und Nichtbetriebsunfall versichert und auch sonst im schweizerischen Sozialversicherungssystem bleibe. Schliesslich wurden die Geltung schweizerischen Rechts und der Gerichtsstand Zürich vereinbart. Gleichzeitig vereinbarten der Beschwerdegegner und die JBBT ein auf drei Jahre befristetes Assignment as Chief Operating Officer, welches den Beschwerdegegner als COO zwar dem CEO der JBBT unterstellte, aber auch vorsah, dass er gemäss der "Business Line"-Struktur an die Holding zu rapportieren hatte. Wie schon der Vertrag vom 15. Februar 1994 verwies das Assignment vom 1. September/16. November 1999 auf die Arbeitsbedingungen der JBBT. Nachdem die Holding ein entsprechendes Vorgehen genehmigt hatte, unterzeichneten der Beschwerdegegner und die JBBT am 10. September 2002 mit Wirkung ab Beginn des laufenden Monats einen Vertrag (Employment Agreement) über die Tätigkeit als COO im Rang eines Senior Vice President. Geregelt wurden hier im Wesentlichen Salär, Arbeitszeiten, Ferien, Kündigungsvorschriften und ausserordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Pensionsplan, Versicherungen, Verhaltenskodex und Disziplinarwesen. Die Rechtswahl erfolgte zugunsten des Rechts der Kaimaninseln, die Gerichtsstandsklausel verwies auf die dortige Gerichtsbarkeit. Zusätzlich schlossen X. und die Bank Julius Bär & Co. AG am 16. September/10. Oktober 2002 eine Vereinbarung, mit welcher das Expatriate Agreement mit der Bank Julius Bär & Co. AG und das Assignment mit der JBBT per Ende August 2002 aufgehoben resp. durch den lokalen Vertrag mit der JBBT ersetzt werden sollte. Der Beschwerdegegner bleibe aber in der Vorsorgestiftung der Bär Gruppe versichert.

Innerhalb des Konzerns ist einzig die Bank Julius Bär & Co. AG eine Bank im Sinne von Art. 47 BankG. Die Vorinstanz ging davon aus,
BGE 145 IV 114 S. 131

während der rund acht Jahre dauernden Tätigkeit des Beschwerdegegners auf den Kaimaninseln (vom 1. September 1994 bis 10. Dezember 2002) sei er nur im Zeitraum vom 1. September 1999 bis zum 31. August 2002 vertraglich mit der Bank Julius Bär & Co. AG verbunden gewesen, dies durch das Expatriate Agreement, welches das Assignment as Chief Operating Officer mit der JBBT ergänzte. Ab dem 1. September 2002 sei ein lokaler Vertrag mit der JBBT (nebst einer flankierenden Vereinbarung mit der Bank Julius Bär & Co. AG betreffend beruflicher Vorsorge, Schulkosten der Tochter und Unterstützung bei einer Rückkehr in die Schweiz) massgebend geworden. Der Beschwerdegegner könne jedoch auch schon gestützt auf das Expatriate Agreement nicht als Angestellter einer Schweizer Bank im Sinne von Art. 47 BankG betrachtet werden. Das konkrete Arbeitsverhältnis werde im Assignment as Chief Operating Officer mit der JBBT geregelt. Dort seien alle wesentlichen Elemente des Arbeitsvertrages enthalten. Das Expatriate Agreement hingegen umreisse die geschuldete Arbeitsleistung und die Funktionen bloss und befasse sich zur Hauptsache mit Belangen der Versicherung. Es fehlten Absprachen über Lohn, Arbeitszeiten etc. ebenso wie ein Weisungs- oder Rückberufungsrecht der Bank Julius Bär & Co. AG. Diese Vereinbarung stelle bloss einen rudimentären Entsendevertrag dar, gleichsam einen "Rumpfarbeitsvertrag". Gegen das Vorliegen eines (vollwertigen) Arbeitsvertrages spreche auch, dass das Expatriate Agreement kein Weisungsrecht der Bank Julius Bär & Co. AG vorsehe. Der Beschwerdegegner war letztlich während seines gesamten Aufenthalts in den Kaimaninseln nie Angestellter einer Bank im Sinne des BankG. Seine dortige Tätigkeit beruhte zunächst auf einem Vertrag mit der Julius Bär Holding, die keine Bank im Sinne des BankG ist. Die vertraglichen Bande mit der Bank Julius Bär & Co. AG, die mit dem ab 1. September 1999 wirksamen Expatriate Agreement geschaffen worden sind, erfüllten die Kennzeichen eines Arbeitsvertrages nach Art. 319 ff. OR nicht. Namentlich war der Beschwerdegegner auch in dieser Zeit nicht dauerhaft in die Arbeitsorganisation der Schweizer Bank integriert; er stand zu dieser weder in einem persönlichen, betrieblichen und wirtschaftlichen Subordinationsverhältnis noch war er entsprechend weisungsgebunden (vgl. BGE 125 III 78 E. 4 S. 81; Urteil 4A_504/2015 vom 28. Januar 2016 E. 2.1.1 mit Hinweisen). Der Beschwerdegegner rapportierte gemäss dem mit der JBBT abgeschlossenen Assignment als deren

COO zwar an die Schweizer Konzernzentrale. Diese Vorgabe schuf aber zum einen wiederum eine Verbindung zur Holding und nicht zur Bank, zum andern kamen darin in erster Linie konzernorganisatorische Belange ("Business Line-Struktur") zum Ausdruck, nicht eine arbeitsvertraglich relevante betriebsorganisatorische Einbindung des Beschwerdegegners in die Bank Julius Bär & Co. AG. Dass unter der gemäss Art. 121 Abs. 1 IPRG (SR 291) für Begründung und Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zuständigen Rechtsordnung der Kaimaninseln - als dem Ort, an welchem der Beschwerdegegner gewöhnlich seine Arbeit verrichtete - etwas anderes gelten könnte, ist nicht ersichtlich (vgl. JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, Bd. II, 3. Aufl. 2018, N. 46 f. zu Art. 121 IPRG).

3.3.4 Eigenschaft als Beauftragter

Die Banken erbringen angebotene Dienstleistungen häufig nicht vollumfänglich selber. Sie können gewisse Teile davon an Dritte - auch in anderen Rechtsräumen - delegieren, solange die geltende Bankenregulierung dies zulässt. Letzteres trifft hier zu: Die JBBT leistet als Trägerin von sog. Trusts einen Beitrag im Rahmen komplexer Vermögensverwaltungsmandate. Das schweizerische Recht kennt das Konzept des Trusts zwar nicht. Ausländische Rechtsinstitute dieser Art werden in der Schweiz indessen grundsätzlich anerkannt (Übereinkommen vom 1. Juli 1985 über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung [SR 0.221.371], für die Schweiz in Kraft seit 1. Juli 2007). Grundsätzlich werden auch "zuliefernde" Dienstleister in das Bankgeheimnis einbezogen. Soweit sie juristische Personen sind, handeln ihre Mitarbeiter für sie jeweils in der Eigenschaft als "Beauftragte" im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. a BankG. Nach dem Willen des Gesetzgebers begründet bereits etwa der rein faktische, nicht bankgeschäftsspezifische Datenzugang eines externen IT-Supports den persönlichen Geltungsbereich (vgl. oben E. 3.3.2). Damit kann es erst recht nicht darauf ankommen, ob die vom Drittbetrieb angestellte oder beauftragte Person unmittelbar zur Mitarbeit an der konkreten Dienstleistung beigezogen wird oder ob sie - wie der Beschwerdegegner - die preisgegebenen Kundendaten in Ausübung einer Stabs- oder Linienfunktion ohne direkte Teilnahme an den konkreten Finanzdienstleistungen wahrgenommen hat. Lagert die Schweizer Bank indessen ein ganzes Geschäftsfeld, das heisst eine bestimmte Kategorie von Dienstleistungen, (soweit im
BGE 145 IV 114 S. 133

Rahmen der bestehenden Regularien möglich) an ein nicht dem BankG unterstehendes Drittunternehmen aus, so wird der betreffende Kundendatenbestand der schweizerischen Rechtsordnung und damit dem Geltungsbereich des BankG entzogen. Dies trifft genauso für die Tätigkeit der ausländischen Zweigniederlassung einer Schweizer Bank zu (vgl. KLEINER/SCHWOB/WINZELER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen [...], Bodmer und andere [Hrsg.], 2015, N. 366 zu Art. 47 BankG; vgl. BGE 143 II 202 E. 8.6.1 S. 219). Die Offenlegung der betreffenden Kundendaten kann in solchen Fällen nicht nach Art. 47 BankG bestraft werden, selbst wenn dieselben Daten im Zusammenhang mit der übergeordneten Dienstleistung daneben auch bei der schweizerischen Bank verbleiben. Dasselbe gilt, wenn die Bank eine eigene Dienstleistung, etwa die Vermögensverwaltung, durch eine bei Dritten eingekaufte Dienstleistung ergänzt, soweit diese einen rechtlich und wirtschaftlich eigenständigen Vorgang darstellt. Die wirtschaftliche Eigenständigkeit kann auch dann gegeben sein, wenn die Drittdienstleistung ihrem Zweck nach ganz auf die Hauptdienstleistung der Schweizer Bank ausgerichtet ist. Der Beschwerdegegner behändigte anlässlich seiner Tätigkeit für die auf den Kaimaninseln domizilierte und nach dortigem Recht konstituierte Julius Baer Bank & Trust Company Ltd. (JBBT) Bankkundendaten der Bank Julius Bär & Co. AG. Nach den nicht in Zweifel zu ziehenden Feststellungen der Vorinstanz waren denn auch nach wie vor Kundenbeziehungen des schweizerischen Bankinstituts betroffen. Bereits das Bezirksgericht hatte erkannt, dass die Geschäfte resp. Kundenbeziehungen der JBBT notorisch über das schweizerische Mutterhaus resp. über die Schwestergesellschaft, hier die Bank Julius Bär & Co. AG, laufen. Es liege daher nahe, dass der Kundenstamm der JBBT Bestandteil desjenigen der Bank Julius Bär & Co. AG sei. Was das Zusammenwirken der beiden Institute betrifft, geht die Vorinstanz - für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich (Art. 105 Abs. 1 BGG) - von einer "Trust-Company-Struktur" aus, bei welcher der Kunde der Bank Julius Bär & Co. AG (Settlor) einen Trust auf den Kaimaninseln begründet. Dabei überträgt er bestimmte Vermögenswerte auf eine oder mehrere andere Personen (Trustees). Der Trustee - hier die JBBT - hat die Aufgabe, die betreffenden Vermögenswerte zu verwalten und für einen vom Begründer bestimmten Zweck einzusetzen. Dieser Zweck besteht darin, bestimmte Personen (Beneficiaries) zu begünstigen; der Begünstigte kann mit dem Begründer identisch sein. Der Trust
BGE 145 IV 114 S. 134

hält - mitunter über eine Gesellschaft (Company) - die effektiven Vermögenswerte auf einem Konto bei der Schweizer Bank. Von hier aus erfolgen Leistungen an den Destinatär (vgl. zum Ganzen den Bericht des Bundesrates vom 3. Juli 2013 zur Abschreibung der Motion [...] "Bankgeheimnis. Gleich lange Spiesse", BBl 2013 6309 ff., 6313 f. Ziff. 4.1). Diese Zusammenarbeit macht die Tätigkeit der JBBT nicht zum integrierenden Bestandteil von Vermögensverwaltungsmandaten der Bank Julius Bär & Co. AG. Wohl sind die Mandate nicht vollständig an die Schwestergesellschaft auf den Kaimaninseln "exportiert" worden; sie verblieben unter der Gesamtkontrolle der Bank Julius Bär & Co. AG und waren für diese nach wie vor bilanzwirksam. Jedoch handelt es sich bei der Dienstleistung der JBBT - im Wesentlichen dem Zurverfügungstellen von Trusts - um eine rechtlich und wirtschaftlich eigenständige Ergänzung der Vermögensverwaltungsmandate der Bank Julius Bär & Co. AG. Die jeweiligen Beiträge ergeben kombiniert eine Gesamtdienstleistung. Sie sind, wenn auch von unterschiedlichem Gewicht, so doch funktional gleichrangig. Darin unterscheidet sich die JBBT beispielsweise von den (als Beauftragte im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. a BankG aufzufassenden) Rechenzentren. Denn diese stellen bloss Instrumente zur Bewältigung einer - ganz bei der Bank verbleibenden - Aufgabe zur Verfügung. Unter diesen Voraussetzungen fällt der bei der JBBT angestellte Beschwerdegegner auch nicht als (von dieser abgeleiteter) Beauftragter in den persönlichen Geltungsbereich der Strafnorm.

3.4 Räumlicher Geltungsbereich (Territorialitätsprinzip)

Die dem Beschwerdegegner vorgeworfenen Geheimnisverletzungen hat er im Ausland verübt. Nach dem Gesagten wird er vom persönlichen Geltungsbereich von Art. 47 BankG nicht erfasst. Daher entfällt die Prüfung, ob die unter diesem Titel vorgeworfenen Handlungen grenzüberschreitend wirksam wären und ob solche Verstösse in den räumlichen Geltungsbereich der Strafbestimmung und damit in die Zuständigkeit der schweizerischen Jurisdiktion fallen (vgl. Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 10 Abs. 3 und Art. 8 Abs. 1 StGB [Art. 7 Abs. 1 aStGB]).

4. Verletzung des Geschäftsgeheimnisses (Art. 162 StGB)

4.1 Die Beschwerdeführerin vertritt die Rechtsauffassung, der Beschwerdegegner sei hinsichtlich eines Teils der Datenweitergaben
BGE 145 IV 114 S. 135

zusätzlich nach Art. 162 StGB zu verurteilen. Nach dieser Bestimmung macht sich unter anderem derjenige strafbar, der ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis, das er infolge einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht bewahren sollte, verrät.

4.2 Zur Frage des Verhältnisses zwischen Art. 47 BankG und Art. 162 StGB wies die Vorinstanz zu Recht auf BGE 141 IV 155 E. 4.2.5 S. 164 hin. Dort hat das Bundesgericht betreffend Art. 273 StGB (wirtschaftlicher Nachrichtendienst) festgehalten, dass die Übergabe von Daten zahlreicher ausländischer Kunden einer schweizerischen Bank an ausländische Behörden nicht nur die Geschäftsgeheimnisse der einzelnen Kunden, sondern auch Geschäftsgeheimnisse der Bank selber betrifft. Das Bank(kunden)geheimnis dient dementsprechend nicht nur dem einzelnen Bankkunden. Es hat vielmehr institutionelle Bedeutung und schützt - noch über die Interessen der betroffenen Bankinstitute hinaus - auch die kollektiven Interessen des schweizerischen Finanzplatzes (BGE a.a.O. E. 4.2.5 S. 164). An dieser weiten Definition des Schutzzumfangs des Bankgeheimnisses ist festzuhalten. Art. 47 BankG, welcher das Bankgeheimnis strafrechtlich absichert, schützt also nicht nur die Geheimhaltungsinteressen der Bankkunden, sondern auch - damit verbundene - Geschäftsinteressen der Bank. Daraus ergibt sich, dass Art. 47 BankG auch das in Art. 162 StGB anvisierte Rechtsgut abdeckt. Im Verhältnis zu dieser Bestimmung ist Art. 47 BankG in der hier interessierenden Konstellation *lex specialis*, welche die allgemeinere Norm verdrängt (unechte Idealkonkurrenz; vgl. NIGGLI/HAGENSTEIN, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. II, 3. Aufl. 2013, N. 55 zu Art. 162 StGB mit Hinweisen auf die uneinheitliche Doktrin). Die Verletzung des Geschäftsgeheimnisses wird erst selbstständig bedeutsam, wenn es um Unternehmensdaten geht, die keinen Kundenbezug haben und somit das Bankkundengeheimnis nicht tangieren. Das macht die Beschwerdeführerin aber nicht geltend.

4.3 Auf die Ausführungen der Parteien zum Tatbestandselement der gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht, das Geschäftsgeheimnis zu bewahren, braucht somit nicht mehr eingegangen zu werden. Zu bemerken bleibt, dass die Nichtanwendung von Art. 162 StGB formal nicht zu einem Freispruch führt.