

Forschungsinstitut für Arbeit
und Arbeitswelten



Universität St.Gallen

TETHONG BLATTNER
Rechtsanwälte
Attorneys at Law

4

Kurzstellungnahme zur Auslegung von Art. 47 BankG

Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Geiser

St. Gallen, 20. September 2017

Inhaltsverzeichnis

A. Ausgangslage und Fragestellung	2
I. Sachverhalt	2
II. Fragestellung	2
B. Auslegungsmethoden	3
C. Auslegung von Art. 47 Bankengesetz	4
I. Bankengesetz von 1934	4
a. Grammatikalische Auslegung	4
b. Historische Auslegung	5
c. Systematische Auslegung	5
II. Revision vom 11. März 1971	7
C. Beantwortung der Fragen	10
I. Ist der Begriff „Angestellter“ im Sinne von Art. 47 BankG dem Begriff „Arbeitnehmer“ nach Art. 319 ff. OR gleichzusetzen?	10
II. Und falls „Angestellter“ mit „Arbeitnehmer“ gleichzusetzen ist: Kann der zivilrechtliche Begriff „Angestellter“ bzw. „Arbeitnehmer“ strafrechtlich, d.h. mit Bezug auf Art. 47 BankG, anders ausgelegt werden als im Zivilrecht?	11
D. Folgerung für den konkreten Fall	11

A. Ausgangslage und Fragestellung

I. Sachverhalt

Das Zürcher Obergericht hat mit Urteil vom 19. August 2016 Rudolf Elmer vom Vorwurf freigesprochen, Art. 47 BankG verletzt zu haben, indem er Bankkundendaten an verschiedene Steuerämter und an eine Zeitung sowie an die Enthüllungsplattform WikiLeaks gegeben habe. Es handelte sich um Daten, welche aus der Datenplattform der Julius Baer Bank & Trust Company Ltd (JBBT) auf der Grand Cayman stammen. Das Obergericht kam zur Überzeugung, dass Herr Elmer in der massgeblichen Zeit nicht „Angestellter“ einer dem schweizerischen Bankengesetz unterstellten Bank war und damit die genannte Bestimmung auf seine Handlungen nicht anwendbar ist. Die Staatsanwaltschaft ist gegen diesen Freispruch mit Beschwerde vom 21. November 2016 ans Bundesgericht gelangt. Sie macht im Wesentlichen geltend, der Begriff „Angestellter“ sei nicht mit jenem des Arbeitnehmers im Sinne von Art. 319 ff. OR gleichzusetzen, weil dies mit Blick auf die moderne Ausgestaltung der Arbeitswelt nicht mehr zeitgemäss sei.

II. Fragestellung

Vor diesem Hintergrund unterbreitete mir Frau RA Tethong folgende Fragen:

1. Ist der Begriff „Angestellter“ im Sinne von Art. 47 BankG dem Begriff „Arbeitnehmer“ nach Art. 319 ff. OR gleichzusetzen?

2. Und falls „Angestellter“ mit „Arbeitnehmer“ gleichzusetzen ist: Kann der zivilrechtliche Begriff „Angestellter“ bzw. „Arbeitnehmer“ strafrechtlich, d.h. mit Bezug auf Art. 47 BankG, anders ausgelegt werden als im Zivilrecht?

B. Auslegungsmethoden

Das Bundesgericht hat bei der Auslegung von Gesetzesbestimmungen immer einen Methodenpluralismus vertreten. Auszugehen ist regelmässig vom Wortlaut der Gesetzesbestimmung, welcher sodann im historischen Zusammenhang zu betrachten ist. Anschliessend ist die Norm in den systematischen Zusammenhang zu stellen und schliesslich nach dem Zweck der Norm zu fragen, wie er sich aus der historischen Sicht ergibt und wie er sich möglicherweise inzwischen gewandelt hat. Dabei kommt dem Zweck der Norm besondere – aber keinesfalls ausschliessliche – Bedeutung zu. Handelt es sich um ein neues Gesetz ist der Wille des historischen Gesetzgebers höher zu gewichten; liegt die Gesetzgebung weiter zurück, sind auch bezüglich des Normzwecks die rechtlichen und tatsächlichen Veränderungen stärker zu gewichten.

Handelt es sich – wie hier – um eine strafrechtliche Norm, ist zudem der Grundsatz „*nul-la poene sine lege*“ zu beachten. Während beim Zivilrecht sehr wohl der Normgehalt durch die historische Entwicklung ausgedehnt werden kann und die Grenzen zwischen Auslegung und Lückenfüllung sich verwischen können, erlaubt das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage jeder Strafbarkeit keine nachfolgende Ausdehnung des Straftatbestandes ohne gesetzgeberischen Entscheid im formellen Sinne.

C. Auslegung von Art. 47 Bankengesetz

I. Bankengesetz von 1934

a. Grammatikalische Auslegung

Die einschlägige Bestimmung im Bankgesetz von 1934 lautete:

Art. 47

¹ Wer vorsätzlich

a) als Revisor oder Revisionsgehilfe die ihm bei Durchführung einer Revision oder bei Abfassung oder Erstattung des Revisionsberichtes obliegenden Pflichten gröblich verletzt, die vorgeschriebene Aufforderung an die revidierte Bank zur Durchführung entsprechender Massnahmen unterlässt oder die vorgeschriebenen Berichte an die Bankenkommission nicht erstattet (Art. 19 bis 21),

b) als Organ, Beamter, Angestellter einer Bank, als Revisor oder Revisionsgehilfe, als Mitglied der Bankenkommission, Beamter oder Angestellter ihres Sekretariates, die Schweigepflicht oder das Berufsgeheimnis verletzt, wer hierzu verleitet oder zu verleiten sucht,

wird mit Busse bis zu zwanzigtausend Franken oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft. Die beiden Strafen können verbunden werden.

² Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Busse bis zu zehntausend Franken.

In Art. 47 Abs. 1 Bst. b BankG von 1934 wurde der Täterkreis im relevanten Zusammenhang mit „Organ, Beamter, Angestellter einer Bank“ umschrieben. Das Gesetz verwendete somit eine breite Palette von Fachausdrücken. Unter einem „Angestellten“ versteht man gemeinhin eine Person, welche in unselbständiger Stellung in einem Vertragsverhältnis zu einem Unternehmen oder einer Privatperson steht und für diese arbeitet. Dass nicht jedes beliebige Vertragsverhältnis, auch nicht jedes beliebige Vertragsverhältnis über eine Arbeitsleistung gemeint sein kann, zeigt der Umstand, dass neben dem Angestellten auch das „Organ“ und der „Beamte“ genannt werden. Ein „Beamter“ ist gemeinhin eine in einer abhängigen Stellung für ein öffentliches Gemeinwesen tätige Person, welche im entsprechenden Recht eine genau definierte Stellung einnimmt. Diese Regelungen stellen das öffentlich-rechtliche Gegenstück zum Arbeitsvertrag dar. Nicht zwingend in einem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft stehen deren Organe. Wohl können auch Verwaltungsräte Arbeitnehmer sein, was allerdings lange umstritten war.¹ Meistens stehen die Verwaltungsräte aber bloss in einem organschaftlichen Verhältnis zu ihrer Gesellschaft. Allenfalls liegt zusätzlich ein Auftragsverhältnis vor. Der Gesetzgeber führte die Organe ausdrücklich auf, weil sie von den anderen beiden Kategorien – Angestellte und

¹ Vgl. dazu ROLAND MÜLLER, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Habil., Zürich 2005, pass.

Beamte – offenbar nicht in jedem Fall erfasst waren, aber dennoch unter Strafe gestellt werden sollten.

Vom Wortlaut her erfasst der Begriff „Angestellter“ folglich jene Personen, welche in einem Anstellungsverhältnis d.h. Arbeitsverhältnis zur Bank stehen.

b. Historische Auslegung

Den Materialien ist nichts zu entnehmen, was auf eine weitere bzw. davon abweichende Bedeutung des Begriffes schliessen lassen würde. Es ist insbesondere den Materialien nichts zu entnehmen, was auf eine selbständige Begriffsbestimmung bloss für das Bankengesetz hindeuten würde. Zu beachten ist, dass das Bankengesetz wie auch die Vereinheitlichung des allgemeinen Strafrechts erst in einem Zeitpunkt erfolgte, in dem das Vertragsrecht längst vereinheitlicht und die Typologisierung der Verträge dogmatisch und gesetzgeberisch längst erfolgt waren. Das Arbeitsvertragsrecht als selbständige Materie des Privatrechts hatte sich Ende des 19. Jahrhunderts bzw. zu Beginn des 20. Jahrhunderts entwickelt.²

Auch von daher deutet nichts auf eine vom Zivilrecht abweichende Interpretation hin.

c. Systematische Auslegung

Art. 47 Abs. 1 Bst. b BankG verwendet den Ausdruck „Angestellter“, nicht das Wort „Arbeitnehmer“. Als das Bankengesetz geschaffen wurde, kannte das Schweizerische Obligationenrecht die Begriffe des „Arbeitsvertrages“ und „Arbeitnehmer“ nicht. Das Vertragsverhältnis, das heute als „Arbeitsvertrag“ bezeichnet wird, hiess damals „Dienstvertrag“.³ Die Parteien wurden entsprechend als „Dienstherr“ und „Dienstpflichtiger“ bezeichnet. Im Weiteren wird für die Arbeitnehmerseite dann namentlich im Zusammenhang mit dem kollektiven Arbeitsvertragsrecht häufig das Wort „Arbeiter“ verwendet.⁴ In Art. 333 OR in der Fassung von 1911 untersteht dann allerdings bezüglich des „Zahltages“ d.h. der Fälligkeit des Lohnes zwischen „Arbeitern“, „Dienstboten“ und „Angestellten“. Welche

² Vgl. insb. PHILIPP LOTMAR, Der Dienstvertrag im künftigen schweizerischen Civilrecht, Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins, in: ZSR NF XXI/1902, S. 507 ff.; Nachdruck in: Rehbindler (Hrsg.), Professor Dr. Philipp Lotmar, Schweizerisches Arbeitsvertragsrecht, Forderungen an den Gesetzgeber, gesammelte Schriften, Bern 1991, S. 43 ff.

³ Vgl. den X. Titel des Schweizerischen Obligationenrechts in der Fassung von 1911; BS 1949, Bd. 2, S. 263 ff.

⁴ Z.B. Art. 322 in der Fassung von 1911.

Dienstpflichtigen als Angestellte zu bezeichnen waren, definierte das Gesetz dann allerdings nicht. Die Bestimmung regelte nur die Rechtsfolge und hielt fest, dass Angestellte den Lohn jeden Monat ausbezahlt erhielten, während Arbeiter und nicht in Hausgemeinschaft lebende Dienstboten alle 14 Tage und in Hausgemeinschaft alle drei Monate und bei landwirtschaftlichen Betrieben alle sechs Monate Zahltag hatten.⁵ Die Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten findet sich dann auch bei den Kündigungsfristen.⁶

Diese Ausgestaltung zeigt, dass die Personen, die in einem Dienstverhältnis im Sinne der Art. 319 ff. OR in der Fassung von 1911 zu einer Bank standen, als „Angestellte“ zu qualifizieren waren. Das BankG verwendete somit genau jenen Begriff, den auch das Vertragsrecht für die entsprechenden Personen in einem Dienstverhältnis verwendete. Von der Gesetzessystematik her handelt es sich somit um einen Verweis auf das damals geltende Arbeitsvertragsrecht (Dienstvertrag). Es gibt keinerlei Hinweise auf eine abweichende Begriffsbestimmung im Bankengesetz.

d. Teleologische Auslegung

Es ging von allem Anfang an darum, jene Personen zu erfassen, welche in einem bestimmten gesetzlich geregelten Unterordnungsverhältnis für die Bank tätig waren. Das sind die Arbeitnehmer, bzw. nach der früheren Terminologie des OR die Dienstpflichtigen. Es sollte sichergestellt werden, dass der Kunde seiner schweizerischen Bank seine wirtschaftlichen Verhältnisse anvertrauen kann, ohne dass diese Informationen den Kreis dieser Bank verlassen. Von diesem Zweck her rechtfertigen sich zwei Ausdehnungen des Begriffs:

1. Es sollte nicht darauf ankommen, ob ein *gültiger* Arbeitsvertrag besteht oder ob sich dieser als im Nachhinein aus irgendeinem Grund als ungültig erweist. Es ist dann auch nicht notwendig, dass ein faktisches Arbeitsverhältnis vorliegt,⁷ was namentlich nicht gegeben ist, wenn der Arbeitnehmer beim Abschluss des Vertrages nicht gutgläubig war. In diesen Fällen haben die Parteien aber ein Arbeitsverhältnis grundsätzlich gewollt und die wesentlichsten Elemente des Arbeitsverhältnisses, nämlich die Subordination und die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation mit Weisungen und Rechenschaftsablage auch gelebt.

⁵ Art. 333 Abs. 1 OR in der Fassung von 1911.

⁶ Art. 347 Abs. 2 OR in der Fassung von 1911.

⁷ Art. 320 Abs. 3 OR.

2. Weil das Zivilrecht keinen Numerus Clausus der Vertragsarten kennt, sind auch immer Innominatverträge und gemischte Vertragsverhältnisse möglich. Diese gibt es auch im Arbeitsrecht.⁸ Dann handelt es sich aber um eine *arbeitnehmerähnliche Person*, welche trotz fehlenden Arbeitsvertrages im Sinne des Obligationenrechts unter Art. 47 BankG fallen kann. Auch hier ist aber entscheidend, dass eine Subordination und die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation mit Weisungsrecht und Rechenschaftsablagepflicht gegeben sind und auch tatsächlich gelebt werden. Der Unterschied zum Arbeitsvertrag besteht nur darin, dass die Parteien im Rahmen des rechtlich Zulässigen in derart grossem Ausmass abweichende Regelungen getroffen und gegebenenfalls Elemente einer anderen Vertragsart in die Vereinbarung eingebaut haben, dass nicht mehr ein eigentlicher Arbeitsvertrag vorliegt.⁹

Ob eine Ausdehnung des Straftatbestandes durch ein solches Abweichen vom Wortlaut und der Systematik des Gesetzes mit den strengen rechtsstaatlichen Grundsätzen des Strafrechts vereinbar ist, erscheint allerdings zweifelhaft. Das braucht aber vorliegend – wie noch zu zeigen sein wird – nicht entschieden zu werden.

Keine zweifelhafte Ausdehnung der Strafbarkeit im dargelegten Sinne liegt vor, wenn kein schweizerischer Arbeitsvertrag gegeben ist, weil auf das Arbeitsverhältnis nicht schweizerisches sondern ausländisches Recht anwendbar ist. Unter gewissen Voraussetzungen ist es durchaus möglich, dass jemand in einer Bank in der Schweiz arbeitet und mit dieser in einem Arbeitsverhältnis steht, das einem ausländischen Recht untersteht.¹⁰ Das nach ausländischem Recht geschlossene Vertragsverhältnis muss sich allerdings nach schweizerischem Recht als Arbeitsverhältnis qualifizieren. Sonst ist die entsprechende Bestimmung des IPRG gar nicht anwendbar. Es muss folglich auch nach diesem ausländischen Recht eine Subordination und die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation mit Weisungsrecht und Rechenschaftsablagepflicht gegenüber der schweizerischen Bank gegeben sein und auch tatsächlich gelebt werden.

- II. Revision vom 11. März 1971
- a. Grammatikalische Auslegung

Die einschlägige Bestimmung im Bankgesetz von 1971 lautete:

⁸ Vgl. BGE 109 II 462 und 112 II 41 und THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Rz. 133b.

⁹ Vgl. dazu insb. ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Zürich 2012, N. 2 zu Art. 319 OR.

¹⁰ Art. 121 IPRG.

Art. 47

1. Wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Organ, Angestellter, Beauftragter, Liquidator oder Kommissär einer Bank, als Beobachter der Bankenkommission, als Organ oder Angestellter einer anerkannten Revisionsstelle anvertraut worden ist oder das er in dieser Eigenschaft wahrgenommen hat, wer zu einer solchen Verletzung des Berufsgeheimnisses zu verleiten sucht, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bis zu 50 000 Franken bestraft.
2. Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Busse bis zu 30 000 Franken.
3. Die Verletzung des Berufsgeheimnisses ist auch nach Beendigung des amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses oder der Berufsausübung strafbar.
4. Vorbehalten bleiben die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde.

Der Täterkreis wurde folglich neu umschrieben und den neuen Gegebenheiten und neuen Begrifflichkeiten angepasst. Zudem wurde er ausgedehnt auf den Beobachter der Bankenkommission, den Liquidator, Kommissär und Beauftragten einer Bank. Unverändert geblieben ist aber der Begriff des „Angestellten“. Das war insofern auch konsequent und richtig, als bei Erlass und bei Inkrafttreten der neuen Bestimmung noch immer das Dienstvertragsrecht des Obligationenrechts galt. Der X. Titel des Obligationenrechts wurde erst mit Gesetz vom 25. Juni 1971 revidiert und ist am 1. Januar 1972 in Kraft getreten. Bis zu diesem Zeitpunkt gab es den Ausdruck „Arbeitnehmer“ als Vertragspartei des Arbeitsvertrages im schweizerischen Vertragsrecht nicht. Allerdings hat das Arbeitsgesetz bereits 1964 den Begriff des „Arbeitnehmers“ und „Arbeitgebers“ eingeführt.¹¹ Die Gesetzesterminologie im Arbeitsrecht war damit nicht einheitlich. Die Verwendung des Ausdrucks „Arbeitnehmer“ wäre somit ohne weiteres möglich gewesen, mit Blick auf das Vertragsrecht und den allgemeinen Sprachgebrauch aber keineswegs zwingend.

Aus der Revision ergibt sich keinerlei neues Element, welches eine vom Zivilrecht abweichende Auslegung rechtfertigen würde.

b. Historische Auslegung

Auch den Materialien ist nichts zu entnehmen, was auf ein neues, verändertes Verständnis des Begriffs des „Angestellten“ deuten würde. Im Gegenteil: der Gesetzgeber hat den Anwendungsbereich auf „Beauftragte“ erweitert. Er hat damit zum Ausdruck gebracht, dass er sehr wohl zwischen den verschiedenen Arten von Tätigwerden für eine Bank unterscheiden will und dafür nach den zivilrechtlichen Kriterien differenziert. Die Erweiterung sollte aber nicht einfach alle möglichen Vertragsarten einschliessen. Vielmehr wollte der Gesetzgeber damit jene Fälle erfassen, in denen eine ganze Dienstleistung mit einem Auftragsverhältnis ausgelagert wird. Er dachte insbesondere an Rechenzentren, die von

¹¹ Art. 1 Abs. 2 ArG.

Banken mit der elektronischen Datenverarbeitung betraut werden.¹² Damit wird aber nicht jede ausländische Tochtergesellschaft mit allen ihren Mitarbeitenden erfasst. Eine derartige Ausdehnung liesse sich weder mit dem Territorialitätsprinzip des Strafrechts, noch mit dem Gebot der gesetzlichen Umschreibung der strafbaren Handlung vereinbaren. Es deutet nichts darauf hin, dass der Gesetzgeber vom Grundsatz abweichen wollte, dass nur strafbar sein kann, wer in einem Unterordnungsverhältnis zur Bank steht, deren Weisungsempfänger ist und ihr auch über seine Tätigkeit im Einzelnen Rechenschaft abliefern muss.

c. Systematische Auslegung

Dass sich bezüglich der systematischen Einordnung der Begriffe mit der Revision nichts geändert hatte, wurde bereits dargelegt.

d. Teleologische Auslegung

Auch vom Zweck der Norm her, lässt sich keine Änderung rechtfertigen. Die Revision von 1971 bezweckte – wie die ursprüngliche Norm – sicher zu stellen, dass jene Personen, welche weisungsgebunden und rechenschaftspflichtig für die Schweizer Bank tätig sind, der Strafnorm unterstehen. Auch wenn das geschützte Rechtsgut die Privatsphäre des Bankkunden ist, sollte damit dem Schweizer Bankenplatz ein kompetitiver Vorteil gegenüber anderen Bankenplätzen gesichert werden. Insofern ist von zentraler Bedeutung, dass es um die Tätigkeit einer Schweizerischen Bank geht, dass die entsprechende Person eben in einem Subordinationsverhältnis zur Schweizer Bank steht. Das trifft aber nicht zu, wenn es sich um einen Angestellten oder um ein Organ einer ausländischen Bank handelt, die dem schweizerischen Bankengesetz nicht untersteht. Daran ändert sich nichts, wenn über eine Konzerngesellschaft eine schweizerische Bank an einer ausländischen Bank wirtschaftlich berechtigt ist.

¹² Botschaft des Bundesrates, BBl 1970 1182.

C. Beantwortung der Fragen

I. Ist der Begriff „Angestellter“ im Sinne von Art. 47 BankG dem Begriff „Arbeitnehmer“ nach Art. 319 ff. OR gleichzusetzen?

Es bestehen keinerlei Hinweise, dass das Strafrecht begrifflich vom Zivilrecht abweichen wollte. Der Begriff „Angestellter“ deckt sich mit der Begriffsbestimmung des Zivilrechts. Ob auf das Arbeitsverhältnis schweizerisches oder ausländisches Arbeitsvertragsrecht anwendbar ist, bleibt dabei ohne Bedeutung.

Lässt man auch bei der Auslegung von strafrechtlichen Normen eine über den Wortlaut hinausgehende teleologische Erweiterung der Strafbarkeit zu, kann es sich rechtfertigen, es als nichtzwingend anzusehen, dass auf das entsprechende Vertragsverhältnis die Art. 319 ff. OR integral anwendbar sind. Art. 47 BankG kann dann auch greifen, wenn die Arbeitsleistung der Bank aus einem Arbeitsvertrag erbracht wurde, der aus irgendeinem Grund ungültig ist. Es ist dann auch nicht notwendig, dass ein faktisches Arbeitsverhältnis vorliegt,¹³ was namentlich nicht gegeben ist, wenn der Arbeitnehmer beim Abschluss des Vertrages nicht gutgläubig war. Weil das Zivilrecht keinen Numerus Clausus der Vertragsarten kennt, sind auch Innominatsverträge und gemischte Vertragsverhältnisse möglich. Diese gibt es auch im Arbeitsrecht.¹⁴ Dann handelt es sich aber um eine *arbeitnehmerähnliche Person*, welche trotz fehlenden Arbeitsvertrages im Sinne des Obligationenrechts unter Art. 47 BankG fallen kann. Insofern kann eine Erweiterung möglich sein.

Eine solche arbeitnehmerähnliche Person liegt indessen nur vor, wenn diese Person wie ein Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitgeberin weisungsgebunden und rapportierungspflichtig ist. Genau das ist aber im vorliegenden Strafverfahren nicht nachgewiesen. Das Obergericht des Kantons Zürich hat das Vorliegen eines Arbeitsvertrages verneint, weil die Staatsanwältin nicht nachgewiesen hatte, dass der Beschuldigte von der *dem BankG unterstellten Schweizer Bank* Weisungen bezüglich seiner konkreten Arbeit erhielt und dieser Bank gegenüber rapportierungspflichtig war, bzw. eine Rapportierung an sie erfolgt war. Fehlt es an diesen Elementen, liegt nicht nur kein Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR vor. Vielmehr besteht kein vertragliches Verhältnis welches die Arbeit leistende Person als „arbeitnehmerähnlich“ qualifizieren könnte. Art. 47 BankG kann somit auf diese Person nicht anwendbar sein.

¹³ Art. 320 Abs. 3 OR.

¹⁴ Vgl. BGE 109 II 462 und 112 II 41 und THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Rz. 133b.

II. Und falls „Angestellter“ mit „Arbeitnehmer“ gleichzusetzen ist: Kann der zivilrechtliche Begriff „Angestellter“ bzw. „Arbeitnehmer“ strafrechtlich, d.h. mit Bezug auf Art. 47 BankG, anders ausgelegt werden als im Zivilrecht?

Selbst wenn der Begriff „Angestellter“ gewisse Erweiterungen gegenüber dem Begriff des „Arbeitnehmers“ gemäss Art. 319 ff. OR bei einer teleologischen Erweiterung zulässt, wie aufgezeigt worden ist, setzt Art. 47 BankG bestimmte zivilrechtliche Verhältnisse voraus. Die Interpretation von Art. 47 BankG kann sich von den zivilrechtlichen Grundlagen nicht lösen. Das BankG stellt auf das Zivilrecht ab. Es kann folglich diese nicht anders interpretieren als das Zivilrecht.

D. Folgerung für den konkreten Fall

Vorliegend hat die Staatsanwaltschaft nicht nachgewiesen, dass Herr Elmer bei einer schweizerischen Bank „angestellt“ war. Den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil ist keinerlei Weisungsrecht der schweizerischen Bank gegenüber Herrn Elmer für die massgebliche Zeit zu entnehmen. Die Vorinstanz hält auch keinerlei Berichterstattung von Herrn Elmer gegenüber der Schweizer Bank in dieser Zeit fest. Es ist auch nicht nachgewiesen, dass eine solche Pflicht bestanden hätte. Es ist somit weder ein Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR noch ein anderer Vertrag auf Arbeitsleistung in einem Subordinationsverhältnis zwischen der Schweizerischen Bank und Herrn Elmer nachgewiesen, der diesen zur Befolgung von Weisungen oder zur Berichterstattung gegenüber der Schweizerischen Bank verpflichtet hätte. Herr Elmer kann folglich Art. 47 BankG nicht verletzt haben und ist richtiger Weise freigesprochen worden.

*

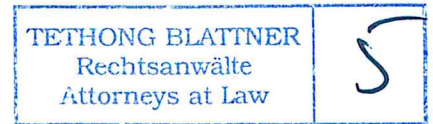
St. Gallen, 20. September 2016



Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Thomas Geiser



Universität Basel, Juristische Fakultät, Postfach, 4002 Basel



Frau RA
Ganden Tethong
Tethong Blattner AG
Selnaustrasse 6
8001 Zürich

Basel, 4. September 2017

Kurzgutachten in Sachen Art. 47 BankG

Sehr geehrte Frau Rechtsanwältin

Sie haben mich gebeten, im Straffall Elmer eine Kurz-Stellungnahme zur Frage abzugeben, ob – für den Fall, dass „Angestellter“ (i.S. von Art. 47 BankG) mit „Arbeitnehmer“ nach Art. 319 ff. OR gleichzusetzen wäre – der zivilrechtliche Begriff „Angestellter“ bzw. „Arbeitnehmer“ *strafrechtlich*, d.h. mit Bezug auf Art. 47 BankG, *anders ausgelegt werden kann als im Zivilrecht?*

Zum Zwecke der Gutachtenserstattung habe ich S. 139-164 des Urteils des Zürcher Obergerichts und S. 16-23 der Beschwerde der StA zur Kenntnis genommen.

Kontext

Das Zürcher Obergericht befasst sich in einer eingehenden Sachverhaltsanalyse erst mit der Frage, ob Herr Elmer zur Tatzeit Angestellter der Bank Julius Bär & Co. AG war. Anschliessend wird die analoge Frage für ein mögliches Auftragsverhältnis gestellt. Zu beiden Fragen gelangt das Obergericht zum Ergebnis, dass es an einem entsprechenden Vertrag zur Bank Julius Bär & Co. AG gefehlt habe (cf. Urteil 20.12.5.; 20.13.5.).

Die Beschwerdeführerin ist der Meinung, dass der Begriff „Arbeitsvertrag“ nach Art. 47 BankG „als strafrechtlicher *Terminus technicus sui generis differenziert zu ergründen sei*“. Sie fügt bei, dass die Bezugnahme auf Art. 319 ff. OR aus strafrechtlicher Sicht als zu eng zu betrachten sei (par. 37).

Zur Begründung werden zunächst rechtspolitische und ökonomische Gründe angeführt (par. 30-36). Mit Blick auf die globale Rolle Schweizer Bankkonzerne (par. 34) müsse „*internationalen Arbeitsverhältnissen*“ (par. 35) stärker Rechnung getragen werden.



Rechtlich macht die StA geltend, „*dass die fraglichen Vertragsverhältnisse dem Schweizer Recht unterstehen müssten, kann weder dem Wortlaut noch dem Sinn der Norm entnommen werden*“ (par. 43). Sodann wird – mit Blick auf ein denkbares Auftragsverhältnis – ausgeführt, dass eine für die Bank tätige Person „*nicht in die Arbeitsorganisation der Bank eingebunden sein muss*“ (par. 47).

Stellungnahme

Es ist für die Bedürfnisse dieser Stellungnahme davon auszugehen, dass die Sachverhaltsfeststellungen des Obergerichts feststehen. Weiter ist es nicht die Aufgabe des Strafrechtlers zu erwägen, ob die Begriffe „Angestellter“ und „Arbeitnehmer“ aus zivilrechtlicher Sicht äquivalent sind, auch wenn die Entstehungsgeschichte von Art. 47 BankG und des aktuellen OR diese Deutung nahelegen (vgl. auch Urteil 20.8.1.).

Die Frage, zu der ich Stellung zu nehmen habe, ist, ob die StA zu Recht für das Strafrecht einen spezifisch „*strafrechtlichen Terminus technicus sui generis*“ beanspruchen kann.

Gegen diese Interpretation spricht vorweg eine generelle strafrechtliche Erwägung: Bekanntlich ist das Strafrecht, zumal das Wirtschaftsstrafrecht, **akzessorisch**¹ zur restlichen Rechtsordnung, insbes. zum Zivilrecht und zum öffentlichen Recht. Strafrecht ist Teil der Gesamtrechtsordnung. Deren Teile sind interdependent.² Strafrecht ist bekanntlich die *ultima ratio* der Rechtsordnung, es greift dort, wo die Mittel der übrigen Rechtsordnung nicht ausreichen.³

Zu Recht weist Stratenwerth in seiner Kommentierung von Art. 47 BankG darauf hin, dass das Bankgeheimnis (so insbes. auch im Ausland) zunächst ein Ausdruck des zivilrechtlich gesicherten Persönlichkeitsrechts ist.⁴ Im Schweizer Kontext ist es bekanntlich am Vorabend des 2. Weltkriegs strafrechtlich verstärkt worden. Selbst wenn Art. 47 BankG seither verschiedentlich revidiert worden ist, deutet nichts darauf hin, dass dem Begriff des „Angestellten“ strafrechtlich eine andere Bedeutung als im Zivilrecht gegeben werden sollte.

Wie erwähnt, ist das Strafrecht sodann auch verwaltungsrechtsakzessorisch.⁵ Art. 47 BankG ist Teil des Bankenrechts. Art. 1 Abs. 4 BankG verweist explizit darauf, dass „*der Ausdruck „Bank“ oder „Bankier“, ... nur für Institute verwendet werden (darf), die eine Bewilligung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) als Bank erhalten haben*“. Zu Recht sagen daher Bodmer et al.⁶: „*Die Kundenbeziehungen der ausländischen Zweigniederlassungen einer Schweizer Bank sind nicht Schutzobjekt von Art. 47 BankG*“. Und das Obergericht hat festgestellt, dass Herr Elmer keine relevante Vertragsbeziehung zu einer Schweizer Bank hatte (Urteil 20.12.5.; 20.13.5.).

Im Grunde akzeptiert das die StA in ihren Punkten (1) und (2) (cf. par. 42) auch: Geheimnisverpflichtete Personen müssen „*in einer Bank oder für sie vertraglich*“ tätig sein. Zudem müssen sie das Geheimnis in ihrer spezifischen vertraglichen Eigenschaft wahrgenommen haben.

¹ Ackermann, in: Ackermann/Heine (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch, Bern 2013, N. 18 ff.; Kudlich/Oğlakcioğlu, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl., Heidelberg et al. 2014, 1, 173 ff.; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Köln/München 2014, 1 ff., 73 ff; Pieth, Wirtschaftsstrafrecht, Basel 2016, 5.

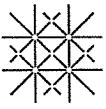
² Ackermann (FN 1), N. 12.

³ Pieth (FN 1), 5 m.w.H.

⁴ BSK BankG, 2. Aufl., Basel 2013 – Stratenwerth, Art. 47 N. 1.

⁵ Ackermann (FN 1) zu N. 19 ff.

⁶ Bodmer/Kleiner/Lutz-Kleiner/Schwob/Winzeler, Kommentar zum BankG, 2015, Art. 47 N. 366 (H.i.O.).



Universität
Basel

Juristische
Fakultät



Die Hauptargumentation der StA, dass Schweizer Banken global tätig seien, dass ihnen eine wichtige ökonomische Bedeutung zukomme und dass mit der Globalisierung auch Stellenkürzungen einhergehen, ist ebenso unbestritten, wie die Tatsache, dass Banken „Consultants“ und „Contractors“ beschäftigen (par. 30-36). Diese soziologischen und ökonomischen Überlegungen sind allerdings nicht in der Lage, rechtliche Argumente zu ersetzen. Sollte die Schweiz den Einzugsbereich des BankG über die von der FINMA beaufsichtigten Banken hinaus auf ausländische Zweigniederlassungen u.Ä. erweitern wollen, bzw. sollte sie die Begriffe des „Organs, Angestellten, Beauftragten, Liquidators etc.“ im Sinne einer vagen Interessenverwaltung für die Holding ausdehnen wollen, wäre eine Gesetzesänderung notwendig. Das steht in Art. 1 StGB.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Mark Pieth

Datum	Text	Anzahl	Einheit
12.06.2017	Aktenstudium Vertugung Bger und Weiterleitung von Vertugung und STA-Beschwerde an Kl.	0.17	Std.
22.06.2017	Aktenstudium Beschwerde OSTA (Teil)	4.6	Std.
23.06.2017	Aktenstudium Beschwerde OSTA (Teil)	7.4	Std.
29.06.2017	Fristerstreckungsgesuch betr. Verfahren BGer Beschwerde OSTA	0.17	Std.
10.08.2017	Aktenstudium Beschwerde OSTA (Teil)	5.5	Std.
14.08.2017	Schreiben an BGer betr. Beschwerde OSTA	0.17	Std.
21.08.2017	Aktenstudium (Verfahrensakten, Urteil Vorinstanz)	2.5	Std.
29.08.2017	Aktenstudium, Vernehmlassung OSTA-Beschwerde, Gutachtensauftrag	4.25	Std.
30.08.2017	Gutachtensauftrag finalisieren	0.75	Std.
30.08.2017	Aktenstudium/Vernehmlassung	4.5	Std.
31.08.2017	Fristerstreckungsgesuch an BGer betr. Verfahren Beschwerde OSTA	0.25	Std.
06.09.2017	Vernehmlassung OSTA-Beschwerde	4.17	Std.
08.09.2017	Vernehmlassung OSTA-Beschwerde	1.75	Std.
13.09.2017	Aktenstudium (betr. Beschwerde OSTA)	2.75	Std.
14.09.2017	Aktenstudium (Gutachten Geiser), Vernehmlassung OSTA-Beschwerde	2.5	Std.
14.09.2017	Stellungnahme OSTA, Tel. Kl.	1.2	Std.
15.09.2017	Vernehmlassung STA-Beschwerde	2.25	Std.
18.09.2017	Aktenstudium (Kommentare Kl. zu OSTA-Eingaben)	0.9	Std.
24.09.2017	Bearbeitung Vernehmlassung zur Beschwerde von STA	3.5	Std.
24.09.2017	Bearbeitung Replik zur Vernehmlassung von OSTA zu Beschwerde von Kl.	2.5	Std.
25.09.2017	Vernehmlassung zur Beschwerde OSTA	5.5	Std.
26.09.2017	Vernehmlassung zur Beschwerde OSTA	3.4	Std.
28.09.2017	Beschwerdeantwort zur Beschwerde OSTA bearbeiten	1.2	Std.
29.09.2017	Beschwerdeantwort zur Beschwerde OSTA finalisieren	4.5	Std.
		66.38	