

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

**EINGEGANGEN**

12. Juni 2017

**Er**



Strafrechtliche Abteilung  
CH-1000 Lausanne 14  
Tel. +41 (0)21 318 91 11

Einschreiben (R)

Frau  
Ganden TETHONG  
Rechtsanwältin  
Tethong Blattner AG  
Selnaustrasse 6  
8001 Zürich

**VERFÜGUNG**

Lausanne, 9. Juni 2017

**6B\_1314/2016 /BRI**

**Fristansetzung zur Beantwortung der Beschwerde gemäss Art. 102 Bundesgerichtsgesetz (BGG)**

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen Rudolf Elmer, Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 19. August 2016 (SB110200-O/U/cwo)

Es wird Ihnen ein Doppel der Beschwerde zugestellt mit der Einladung, eine allfällige Vernehmlassung **in 3 Exemplaren bis zum 30. Juni 2017** einzureichen.

Von Interesse wäre insbesondere eine Stellungnahme zu folgenden Teilen der Beschwerdeschrift vom 21. November 2016:

S. 18 ff. Rz. 37 ff.; S. 21 Rz. 47; S. 23 ff. Rz. 54 ff.; S. 31 ff. Rz. 67 ff.; S. 40 Rz. 91 ff.; S. 69 f. Rz. 159 ff.; S. 77 Rz. 179 ff.

Alle Eingaben in dieser Sache sind unter Angabe der Geschäftsnummer an das **Bundesgericht, 1000 Lausanne 14**, zu adressieren.

Im Auftrag der Instruktionsrichterin  
Strafrechtliche Abteilung

Die Bundesgerichtskanzlei

Beilage erwähnt

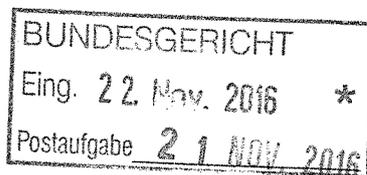


Kanton Zürich  
**Oberstaatsanwaltschaft**

Florhofgasse 2  
Postfach  
8090 Zürich  
Telefon 043 258 22 00  
Telefax 043 258 22 40

**Einschreiben**  
Bundesgericht  
Strafrechtliche Abteilung  
1000 Lausanne 14

**lic. iur. Peter Pellegrini**  
Direktwahl 044 455 97 01  
Direktfax 044 455 97 97  
peter.pellegrini@ji.zh.ch



ref STA III/A-2/2011/191100019  
STA WU/B-3/2008/279  
(Vorinstanz SB110200, damit vereinigt  
SB150135)

Zürich, 21. November 2016

BUNDESGERICHT  
TRIBUNAL FÉDÉRAL  
6B-1314 Act. 1  
In Reed

## Beschwerde in Strafsachen

Beschuldigte Person; Beschwerdegegner	<b>Elmer Rudolf Mathias</b> , geb. am 01.11.1955, von Elm GL und Zürich, dipl. Wirtschaftsprüfer, wohnhaft Nauengasse 11, 8427 Rorbas-Freienstein
Verteidigung	amtlich verteidigt durch RA in lic. iur. Ganden Tethong, Tethong Blattner AG, Selnaustrasse 6, 8001 Zürich
Straftatbestand	<b>Mehrfache Bankgeheimnisverletzung etc.</b>

Sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren Bundesrichter

Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich reicht gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 19. August 2016 (eingegangen am 21. Oktober 2016), Geschäfts-Nr. SB110200, damit vereinigt SB150135, fristgemäss Beschwerde in Strafsachen ein und stellt

## **folgende Anträge:**

### Antrag 1

1. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 19. August 2016, Geschäfts-Nr. SB110200, damit vereinigt SB150135, sei in den folgenden Ziffern wegen Verletzung von Bundesrecht aufzuheben:

#### *Schuldpunkt:*

- **2.b)** (Freispruch des Beschuldigten vom Vorwurf der mehrfachen, teilweise versuchten Verletzung des Bankgeheimnisses im Sinne von Art. 47 aBankG und Art. 47 BankG (SB110200 [Anklagesachverhaltsabschnitte 2.3. lit. b-d i.V.m. I.1.] und SB150135 [Anklagesachverhaltsabschnitte 1. Sachverhalt Teil 1, Wikileaks 2008: Rz 1-43, Rz 49-62, Steinbrück 2009/2010: RZ 65-66, Wikileaks 2011: Rz 68-76 bzw. Anklageziffern 5., 6., 8., 9., 11. und 12.] sowie der mehrfachen Verletzung des Geschäftsgeheimnisses im Sinne von Art. 162 Abs. 1 StGB [SB110200; Anklagesachverhaltsabschnitt 2.3. lit. d])).

#### *Strafpunkt:*

- **4.** (Bestrafung des Beschuldigten mit 14 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 220 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind)
- **5.** (Aufschub des Vollzugs der Freiheitsstrafe)

#### *Kostenauflage:*

- **15.** (Kosten Berufungsverfahren)

### Antrag 2

2. Für den Fall der Gutheissung der Beschwerde im **Antrag 1** wird beantragt, dass das Gericht in der Sache selbst entscheide und zwar wie folgt:

#### *Schuldpunkt:*

- Der Beschuldigte Rudolf Elmer sei (nebst der versuchten Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB [Beschlussziffer 2; S. 224 des Ur-

teils der Vorinstanz], der Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 Abs. 3 StGB und der Drohung im Sinne von Art. 180 Abs. 1 StGB [Urteilsdispositivziffer 1 lit. a und b; S. 229]) der mehrfachen, teilweise versuchten Verletzung des Bankgeheimnisses im Sinne von Art. 47 aBankG und Art. 47 BankG sowie der Verletzung des Geschäftsgeheimnisses im Sinne von Art. 162 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen.

*Strafpunkt:*

- Der Beschuldigte Rudolf Elmer sei insgesamt mit einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten zu bestrafen, wovon 220 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind.
- Der Vollzug der Freiheitsstrafe sei im Umfang von 24 Monaten aufzuschieben (Probezeit 3 Jahre). Im Übrigen (12 Monate Freiheitsstrafe, abzüglich 220 Tage erstandene Untersuchungshaft) sei die Freiheitsstrafe zu vollziehen.

*Kostenauflage:*

- Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich jener der amtlichen Verteidigung, seien dem Beschuldigten zu neun Zehnteln aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Eventualantrag 3

3. Eventualantrag in Bezug auf **Antrag 2:**

Die Sache sei zur neuen Beurteilung im Schuld- und Strafpunkt sowie im Kostenpunkt an die Vorinstanz zurückzuweisen, wobei die Vorinstanz anzuweisen sei, das Beweisverfahren zufolge Verweigerung des rechtlichen Gehörs wieder zu öffnen.

Alles unter Kostenfolgen zu Lasten des Beschuldigten bzw. des Beschwerdegegners.



## Inhaltsverzeichnis

<b>1.</b>	<b>Formelles</b>	<b>7</b>
<b>2.</b>	<b>Materielles</b>	<b>7</b>
<b>2.1.</b>	<b>Vorbemerkungen</b>	<b>7</b>
<b>2.2.</b>	<b>Verfahrensgang / Prozessgeschichte</b>	<b>8</b>
2.2.1.	Anklagevorwürfe	8
2.2.1.1.	SB110200	8
2.2.1.2.	SB150135	8
2.2.2.	Urteile erste Instanz (Bezirksgericht Zürich [SB110200: Einzelrichter; SB150135: Kollegialgericht]) und Berufungen:	9
2.2.2.1.	SB110200	9
2.2.2.2.	SB150135	10
2.2.3.	Urteil Vorinstanz	10
<b>2.3.</b>	<b>Von den Vorinstanzen vorgenommene rechtliche Würdigungen zu Art. 47 BankG</b>	<b>13</b>
2.3.1.	Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. August 2016	13
2.3.2.	Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Januar 2015 (DG140203-L/U)	13
2.3.3.	Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. Januar 2011 (DG100328/U)	14
<b>2.4.</b>	<b>Von den Vorinstanzen vorgenommene rechtliche Würdigungen zu Art. 162 StGB</b>	<b>14</b>
2.4.1.	Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. August 2016	14
2.4.2.	Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 19. Januar 2011 (DG100328/U)	15
2.4.3.	Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Januar 2015 (DG140203-L/U)	15
<b>2.5.</b>	<b>Überraschende Wende und ihre Folgen</b>	<b>15</b>
<b>2.6.</b>	<b>Verletzung von Bundesrecht: Verletzung von Art. 47 BankG mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. August 2016 (Art. 95 BGG)</b>	<b>16</b>

2.6.1.	Normgehalt von Art. 47 BankG	16
2.6.1.1.	Tragweite von Art. 47 BankG – Ein unsichtbares Arbeitsheer	16
2.6.1.2.	Gesetzesnorm	19
2.6.1.3.	Kommentatoren	19
2.6.1.4.	Botschaft	21
2.6.1.5.	Pönalisierter "Versuch der Verleitung"	22
2.6.1.6.	Art. 162 StGB	22
2.6.1.7.	Fazit zum Normgehalt von Art. 47 BankG	23
2.6.2.	Inhalt des Vertragswerks ab 1. September 1999	23
2.6.2.1.	Massgebliche Verträge	23
2.6.2.1.1.	Expatriate Agreement	23
2.6.2.1.2.	Assignment as Chief Operating Officer	25
2.6.2.2.	Primäres Vertragsverständnis	27
2.6.2.3.	Zwischenfazit: Art. 47 BankG durch Vorinstanz bereits an dieser Stelle verletzt	31
2.6.2.4.	Zum Konzern in den 90er-Jahren – Elmer als "Undercover Agent"	32
2.6.2.5.	Zum Weisungsrecht, zur Business Line und zur Rapportierungspflicht im Besonderen	33
2.6.2.6.	Zur Eingliederung im Betrieb im Besonderen	40
2.6.2.7.	Zum Lohn im Besonderen	40
2.6.2.8.	Zur Treuepflicht im Besonderen	44
2.6.2.9.	Literatur zum internationalen Arbeitsvertrag	44
2.6.2.10.	Die eigene Wahrnehmung des Beschuldigten und seiner Verteidigung	48
2.6.2.11.	Steuerrekurskommission als kantonale Beschwerdeinstanz anderer Ansicht als Obergericht	52
2.6.2.12.	Argumentation des Bezirksgerichts im Urteil vom 12. Januar 2015	57
2.6.3.	Fazit – Verletzung von Bundesrecht	58
2.7.	<b>Verletzung von Bundesrecht: Verletzung von Art. 22 Abs. 1 StGB (Versuch der Bankkündengeheimnisverletzung)</b>	<b>59</b>

<b>2.8.</b>	<b>Verletzung von Bundesrecht: Verletzung von Art. 162 StGB mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. August 2016 (Art. 95 BGG)</b>	<b>62</b>
<b>2.9.</b>	<b>Willkürliche Beweiswürdigung: Verletzung von Art. 47 BankG mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. August 2016 (Art. 97 BGG)</b>	<b>66</b>
2.9.1.	Verneinung eines Verbunds zweier ineinandergreifender Verträge	66
2.9.2.	Verneinung der Vereinbarung von Lohn	69
2.9.3.	Verneinung der Vereinbarung eines Weisungsrechts	69
2.9.4.	Verneinung der Existenz eines Kündigungs- u./o. Rückrufrechts	70
2.9.5.	Verneinung eines Arbeitsvertrags nach Art. 47 BankG	71
2.9.6.	Ausschliessliche Projektion des Arbeitsvertrags ins Assignment as Chief Operation Officers hinein	76
2.9.7.	"Selbstverschulden" der Bank Julius Bär & Co. AG?	76
2.9.8.	Verneinung der Eingliederung im Betrieb / Stellungnahme Geiser	77
2.9.9.	Verneinung von Arbeitsverträgen ab September 2002	78
<b>2.10.</b>	<b>Willkürliche Beweiswürdigung: Verletzung von Art. 162 StGB mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. August 2016 (Art. 97 BGG)</b>	<b>78</b>
<b>2.11.</b>	<b>Verletzung des rechtlichen Gehörs / willkürliche Beweiswürdigung (Art. 95 und Art. 97 BGG i.V.m. Art. 107 und 109 StPO)</b>	<b>79</b>
2.11.1.	Vorbemerkungen / Rechtliches	79
2.11.2.	Verfahrensablauf vor Vorinstanz	82
2.11.3.	Vorliegen Verletzung rechtlichen Gehörs / willkürliche Beweiswürdigung	85
<b>3.</b>	<b>Zum Strafpunkt</b>	<b>91</b>
<b>4.</b>	<b>Kosten</b>	<b>93</b>

## Begründung

### 1. Formelles

1. Die Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland und die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich haben am Verfahren vor Vorinstanz teilgenommen, weshalb die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich zur Beschwerde in Strafsachen nach Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 BGG ohne Einschränkung legitimiert ist. Sie kann alle Beschwerdegründe nach Art. 95-98 BGG vorbringen. Das angefochtene Urteil ist kantonal letztinstanzlich im Sinne von Art. 80 BGG.

### 2. Materielles

#### 2.1. Vorbemerkungen

2. Die Beschwerde der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich richtet sich gegen den von der Vorinstanz ausgefallenen Freispruch von den Vorwürfen wegen mehrfacher, teilweise versuchter Verletzung des Bankgeheimnisses im Sinne von Art. 47 aBankG und Art. 47 BankG (SB110200 und SB150135) sowie der Verletzung des Geschäftsgeheimnisses im Sinne von Art. 162 Abs. 1 StGB (SB110200). Gegenstand der Beschwerde sind auch der Strafpunkt sowie die Kostenregelung im Berufungsverfahren. Dabei kommt den Anträgen auf Aufhebung der diesbezüglichen Urteilsdispositivziffern keine eigenständige Bedeutung zu; sie stehen vielmehr mit dem Antrag auf Aufhebung der Urteilsdispositivziffer 2.b) im Zusammenhang.
3. Für den Fall der Aufhebung vorerwähnter Freisprüche wird beantragt, dass das Bundesgericht in der Sache selbst entscheidet, eventualiter diese zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückweist. Infolgedessen enthält die vorliegende Beschwerdeschrift die entsprechenden Anträge und Begründungen.

2.2. Verfahrensgang / Prozessgeschichte

2.2.1. Anklagevorwürfe

2.2.1.1. SB110200

4. Dem Beschuldigten Rudolf Elmer wird im Verfahren SB110200, Anklagesachverhaltsabschnitte 2.3. lit. b-d in Verbindung mit I.1. im hier relevanten Zusammenhang im Wesentlichen Folgendes vorgeworfen:
5. Der Beschuldigte habe während seiner Tätigkeit für die Geschädigte ihm zur Kenntnis gelangte vertrauliche Bank- und Geschäftsdaten der geschädigten Bank Julius Bär & Co., Zürich, und von deren Kunden mehrfach preisgegeben, indem er an die eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV), das kantonale Steueramt Zürich (KSTA) - inklusive Begleitschreiben, d. h. sogenanntem „Insider-Report“ - sowie an die Redaktion der Zeitschrift „Cash“ in Zürich je eine CD mit diversen vertraulichen Bank- und Geschäftsdaten der Geschädigten sowie von deren Kunden zugestellt habe und damit Dritten Daten, welche unter das Bankkunden-, respektive Geschäftsgeheimnis fallen, offenbart habe.
6. Der Anklage zufolge habe er sich damit der mehrfach vorsätzlichen Verletzung des Bankheimnisses im Sinne von Art. 47 Ziff. 1 aBankG, eventualiter der mehrfachen vorsätzlichen Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsheimnisses im Sinne von Art. 162 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

2.2.1.2. SB150135

7. Ferner wird dem Beschuldigten im Verfahren SB150135, Anklagesachverhaltsabschnitte 1. Sachverhalt Teil 1, WikiLeaks 2008: Rz 1-43, Rz 49-62, Steinbrück 2009/2010: Rz 65-66, WikiLeaks 2011: RZ 68-76 im hier relevanten Zusammenhang im Wesentlichen Folgendes vorgeworfen:
8. Der Beschuldigte habe während seiner Tätigkeit für die Geschädigte ihm zur Kenntnis gelangte - wobei er sich vor allem zwei grosse Datensätze, so von ver-

schiedenen Trusts 1'773 Trustdokumente und von verschiedenen Companies 3'032 Companydokumente, verfügbar gemacht hatte - vertrauliche Bankkunden-  
daten der geschädigten Bank Julius Bär & Co., Zürich, und von deren Kunden  
mehrfach an Dritte offenbart. Einerseits habe er Bankkundendaten an die Enthül-  
lungsplattform WikiLeaks (WikiLeaks 2008; Rz 14-43, Rz 49-62) geliefert, ande-  
rerseits habe er 2009/2010 versucht, die Daten dem damaligen deutschen Fi-  
nanzminister Steinbrück bekannt zu geben bzw. zu offenbaren (Rz 65-66). Eben-  
so habe er im Januar 2011 WikiLeaks Bankkundendaten der Geschädigten zu-  
kommen lassen (Rz 68-76).

9. Der Anklage zufolge habe er sich damit der mehrfachen, teilweise versuchten  
Verletzung des Bankgeheimnisses im Sinne von Art. 47 Abs. 1 und 4 BankG  
schuldig gemacht.

2.2.2. Urteile erste Instanz (Bezirksgericht Zürich [SB110200: Einzelrichter;  
SB150135: Kollegialgericht]) und Berufungen:

2.2.2.1. SB110200

10. In Bezug auf die Anklagesachverhaltsabschnitte 2.3. lit. b-d sprach das Bezirks-  
gericht Zürich, 9. Abteilung - Einzelgericht, als erste Instanz im Urteil vom 19. Ja-  
nuar 2011 den Beschuldigten der mehrfachen Verletzung des Bankgeheimnisses  
im Sinne von Art. 47 Abs. 1 aBankG schuldig (vgl. auch Urteil des Obergerichtes  
des Kantons Zürich vom 19. August 2016, S. 15 f.; nachfolgend zitiert mit Urteil  
Vi).
11. Die Staatsanwaltschaft erhob innert Frist Berufung, wobei sie diese auf die Sank-  
tion, namentlich auf Bestrafung mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 12 Mona-  
ten und mit einer Probezeit von drei Jahren beschränkte (SB 110200 Urk. 78). An  
diesen Anträgen wurde im Berufungsverfahren festgehalten.

#### 2.2.2.2. SB150135

12. In Bezug auf die Anklagesachverhaltsabschnitte 1. Sachverhalt Teil 1, WikiLeaks 2008, sprach das Bezirksgericht Zürich, 9. Abteilung - Kollegialgericht, als erste Instanz im Urteil vom 12. Januar 2015 den Beschuldigten betreffend die Ziffern 5., 6. (Rz 21-43), 8. und 9. (Rz 49-62) des ersten Teils des Anklagesachverhalts der mehrfachen Verletzung des Bankgeheimnisses im Sinne von Art. 47 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 aBankG schuldig. Demgegenüber erfolgten Freisprüche betreffend Ziffer 7. des ersten Teils des Anklagesachverhalts („Schuler 2008“; Rz 44-48), betreffend Ziffer 11. („Steinbrück 2009/2010“; Rz 65-67) sowie betreffend Ziffer 12. des ersten Teils des Anklagesachverhalts („WikiLeaks 2011“; Rz 68-76).
13. Die Staatsanwaltschaft erhob innert Frist Berufung, wobei sie die vollumfängliche Schuldigsprechung im Sinne der Anklageschrift und die Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von 42 Monaten usw. beantragte (vgl. auch Urteil Vi, S. 13). An den Anträgen wurde sodann im Berufungsverfahren festgehalten.

#### 2.2.3. Urteil Vorinstanz

14. Der Beschuldigte wurde von der Vorinstanz letztlich in drei Punkten schuldig gesprochen, namentlich wegen versuchter Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB (SB110200), der Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 Abs. 3 StGB (SB150135, „Merkel 2007“) sowie der Drohung im Sinne von Art. 180 Abs. 1 StGB (SB110200 ND4). Demgegenüber sprach die Vorinstanz den Beschuldigten bezüglich sämtlicher angeklagter Verletzungen des Bankgeheimnisses wie auch des Geschäftsgeheimnisses frei. Hinsichtlich der Kosten für das Berufungsverfahren entschied das Gericht, diese dem Beschuldigten zu einem Fünftel aufzuerlegen und vier Fünftel auf die Staatskasse zu nehmen (Urteil Vi, S. 232).

BO: - Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Straf-  
kammer, dat. 19.08.16, (SB110200 und SB150135)

Beilage 1

15. SB110200: Die Vorinstanz stellte in sachverhaltlicher Hinsicht zusammengefasst fest – wie auch schon die 1. Instanz zu diesem Schluss gekommen war –, dass der Beschuldigte für das Erstellen der drei CDs (ESTV; KSTA; „Cash“) verantwortlich zeigte und diese an die jeweilige Behörde / Zeitschrift versandt hatte, womit auch erstellt sei, dass er für die von ihm bestrittene Zusendung an „Cash“ verantwortlich sei (Urteil VI, S. 74 f.). Sodann stellte es auf den S. 79 – 95 des Urteils fest, bei welchen Kunden- bzw. Geschäftsbeziehungen die Offenbarung von dem schweizerischen Bankgeheimnis unterstellten Informationen durch den Beschuldigten durch den Versand der CDs erfolgt waren (so unter anderem bei Lowell, Fintex, LFI Bond, Grossmann, Aladin, Baer One, Berwick, Caesar, Clew, Frantmar, Island Apple, Jerkins, Krato, Lightning, Lime Grove, Mayflower, Swisspartner, The Acuar Trust, Mediven, Columbus Trust, Fancey Development, Halvorsen Trust, Hurricane Trust, Cresder Investments, Seneford Investments, Ocean Reef Trust, Pactum Inc., Parapa Trust, Rainbow Trust, Peter Jonas, Sanlucar Anstalt, Suntek Trust, Tjabe Trust, Island Corporation, G-Trust, Lapstrate Investments, Masaya Ltd.). Auf S. 95 des Urteils hält die Vorinstanz zusammenfassend fest, dass der Beschuldigte durch den Versand der drei CDs eine Grosszahl von Geschäftsbeziehungen verschiedenster Vermögensträger mit der Bank Julius Bär & Co. AG offengelegt und damit Informationen offenbart habe, die vom schweizerischen Bankgeheimnis im Sinne von Art. 47 BankG erfasst seien.
16. Soweit die Vorinstanz an dieser Stelle in sachverhaltlicher Hinsicht zu einem Freispruch kam, weil der Nachweis nicht gelungen sei, dass es sich um Daten handle, die unter das schweizerische Bankgeheimnis fallen würden (so z. Bsp. bezüglich Geschäftsbeziehungen Tortola, Premier Management, Vigier, H1 New Media, Bollag, Lienberger, Geigy usw.), ist dies nicht Gegenstand dieser Beschwerde.

17. Soweit die Vorinstanz jedoch, wie oben angeführt, zum Schluss kam, dass durch den Beschuldigten Informationen, welche unter das schweizerische Bankgeheimnis fallen, offenbart wurden, erfolgt eine Anfechtung der diesbezüglich durch die Vorinstanz unter dem Titel rechtliche Würdigung abgehandelten Freisprüche. Dabei wurde letztlich die Tätereigenschaft des Beschuldigten verneint durch – nach Ansicht der Beschwerdeführerin – falsche Auslegung des Arbeitsverhältnisses, respektive unzutreffender Qualifikation der verlangten Voraussetzungen für die Erfüllung der Tätereigenschaft im Sinne von Art. 47 BankG. Die Frage nach dem Tatsubjekt weist jedoch auch einen engen Bezug zur Sachverhaltsebene auf. Die Vorinstanz selbst hielt denn beim Anklagesachverhalt SB150135 (Steinbrück; Urteil Vi, S. 117) bezüglich des subjektiven Tatbestands fest, dass diese Feststellung Bestandteil der Sachverhaltsabklärung sei, da in diesem Bereich Tat- und Rechtsfragen sehr eng miteinander verbunden seien, wobei sich jedoch die Abhandlung unter dem Aspekt der rechtlichen Würdigung aufdränge. Dazu ist unter der Begründung der Beschwerde noch weiter Stellung zu beziehen.
18. SB150135: Hinsichtlich des Anklagesachverhalts 1. Teil, WikiLeaks 2008, kam die Vorinstanz auf sachverhaltlicher Ebene mit Ausnahme der Anklageziffern 7. («Schuler») und 10. («Diverse weitere Publikationen»), welche nicht Gegenstand dieser Beschwerde sind, ebenfalls zum Schluss, dass es der Beschuldigte war, welcher WikiLeaks die auf deren Internetseite publizierten Bankgeheimnisse habe zukommen lassen (Urteil Vi, S. 110) bzw. dass der Sachverhalt bezüglich Grossmann, Renker, Stoclet und Kannellakis 2008 erstellt sei (Urteil Vi, S. 115). Ebenso als erstellt erachtet wurde der Sachverhalt betreffend WikiLeaks 2011 (Urteil Vi, S. 131 f.), dasselbe gilt bezüglich Anklageziffer Rz 65-67 (Steinbrück) für den objektiven Sachverhalt (Urteil Vi, S. 115).
19. Hinsichtlich des im Verfahren SB110200 erfolgten Eventualantrags der mehrfachen Verletzung des Geschäftsgeheimnisses im Sinne von Art. 162 Abs. 1 StGB kam die Vorinstanz zum Schluss, dass ein Strafantrag einzig in Bezug auf die versandte CD an „Cash“ vorliege, dass in sachverhaltlicher Hinsicht zwar festste-

he, dass der Beschuldigte mehrfach Kundenbeziehungen der Geschädigten, wobei es sich um Geschäftsgeheimnisse handle, verraten habe (Urteil Vi, S. 162). Indessen wurde eine gesetzliche oder vertragliche Pflicht, wonach der Beschuldigte die ihm offengelegten Daten als Geheimnisse hätte wahren müssen, mit derselben Argumentation wie die Bankgeheimnisverletzungen (fehlendes Arbeitsverhältnis mit der Geschädigten) negiert (Urteil Vi, S. 163 f.).

2.3. Von den Vorinstanzen vorgenommene rechtliche Würdigungen zu Art. 47 BankG

2.3.1. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. August 2016

20. Die rechtliche Würdigung der Vorinstanz erfolgte für beide Verfahren gemeinsam (SB110200 und SB150135) und findet sich in den S. 135-160 des vorinstanzlichen Urteils, respektive unter Ziffer 20. Rechtliche Würdigung: Verletzung des Bank-/Geschäftsgeheimnisses. Nach längeren Erwägungen kommt die Vorinstanz zum Schluss: "Es steht deshalb fest, dass der Beschuldigte in der anklage-relevanten Zeit kein Angestellter der Bank Julius Bär & Co. AG war und er die von ihm offenbarten Daten auch nicht in einer Angestellteneigenschaft mit Bezug auf die Bank Julius Bär & Co. AG wahrgenommen hat." Aus den nachfolgend im Einzelnen darzulegenden Gründen begehrt die Vorinstanz damit nach Ansicht der Beschwerdeführerin eine Bundesrechtsverletzung. Die Vorinstanz kommt auch zum Schluss, der Beschuldigte sei auch nicht Beauftragter gewesen, weswegen diesfalls Art. 47 BankG nicht anwendbar sei.

2.3.2. Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Januar 2015 (DG140203-L/U)

21. Unter Ziffer „4. Zur Anstellung des Beschuldigten bei der Bank Julius Bär“ kommt das Bezirksgericht eindeutig zum Schluss, es sei aktenmässig erstellt (SB150135 Ordner 2, 20031 ff.) und im Übrigen auch seitens des Beschuldigten anerkannt (z.B. SB150135 VA Ordner 4, 506512; VA Ordner 6, 512403), dass dieser vom 1. September 1999 bis 31. August 2002 Angestellter der Bank Julius Bär gewesen

und als solcher verpflichtet gewesen sei, das Bankkundengeheimnis gemäss Schweizer Recht zu wahren, und zwar auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses (vgl. S. 42 bis S. 46). Dass der Beschuldigte daneben noch einen Arbeitsvertrag nach ausländischem Recht hatte und auch im Ausland für eine Konzerngesellschaft tätig war, ändere an dieser Verpflichtung nichts. Weiter lässt das Bezirksgericht das Argument der Verteidigung, es handle sich beim Arbeitsvertrag vom 1. September 1999 bis 31. August 2002 um einen Scheinvertrag bzw. eine Simulation i.S.v. Art. 18 OR, nicht gelten. Im Folgenden soll dargelegt werden, weshalb der Auffassung des Bezirksgericht zu folgen ist.

2.3.3. Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. Januar 2011 (DG100328/U)

22. Der Einzelrichter kam bezüglich der angeklagten Bankgeheimnisverletzungen im Wesentlichen zum Schluss, dass der Beschuldigte in der Zeitspanne vom 1. September 1999 bis zum 31. August 2002 bei der Bank Julius Bär & Co. AG angestellt, folglich für ein Finanzinstitut mit Schweizer Bankenlizenz tätig gewesen sei und dass somit auch jene Bankkundendaten, mit welchen er in Berührung gekommen sei, dem Bankengesetz unterstünden und dass eine diesbezügliche Geheimhaltungspflicht, auch nachvertraglich, bestünde. Sodann sei der Steuerrekurskommission beizupflichten, dass gerichtsnotorisch Offshore-Gesellschaften wie die JBBT keine Inlandgeschäfte tätigen würden, sondern die Geschäfte über das „Mutterhaus“, die Bank in Zürich, laufen würden (S. 23 ff., S. 27-30, sowie S. 34 des Urteils).

2.4. Von den Vorinstanzen vorgenommene rechtliche Würdigungen zu Art. 162 StGB

2.4.1. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. August 2016

23. Unter Ziffer „20. Rechtliche Würdigung: Verletzung des Bank-/Geschäftsgeheimnisses (SB110200 und SB150135)“ kommt die Vorinstanz nach einigen Erwägungen (S. 160 bis S. 164) zum Ergebnis, dass eine Bestrafung des Be-

schuldigten wegen der Offenbarung von Kundendaten der Bank Julius Bär & Co. AG daran scheiterte, dass dieser gegenüber der Bank Julius Bär & Co. AG weder gesetzlich noch vertraglich zur Geheimhaltung verpflichtet gewesen sei und insofern Art. 162 Abs. 1 StGB gerade nicht erfüllt habe. Aus den nachfolgend im Einzelnen darzulegenden Gründen begeht die Vorinstanz damit nach Ansicht der Beschwerdeführerin eine Bundesrechtsverletzung.

2.4.2. Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 19. Januar 2011 (DG100328/U)

24. Im Urteil des Bezirksgerichts Zürich finden sich keine Ausführungen zu Art. 162 StGB, da bereits eine Verletzung des Bankgeheimnisses nach Art. 47 BankG bejaht wurde.

2.4.3. Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Januar 2015 (DG140203-L/U)

25. Im Urteil des Bezirksgerichts Zürich finden sich keine Ausführungen zu Art. 162 StGB, da sich die Anklage nicht auf diesen Tatbestand erstreckte.

2.5. Überraschende Wende und ihre Folgen

26. Das Urteil der Vorinstanz vom 19. August 2016 fällt durch seine lückenlose Abhandlung und Bejahung aller Tatbestandselemente auf. Ohne Zweifel wird ein Urteil nur dann in der vorliegenden, kompakten Geschlossenheit motiviert, wenn eine Verurteilung beabsichtigt ist.
27. Aufgrund eines anlässlich der Berufungsverhandlung in letzter Sekunde eingereichten, professoralen Parteigutachtens (vgl. dazu unten 2.11.) schwenkte das Gericht auf einen Freispruch um. Entgegen der Meinung von zwei Staatsanwälten, mehrerer Zwangsmassnahmenrichter, einem Einzelrichter (SB110200), einem Kollegialgericht (SB150135), der Steuerrekurskommission II des Kantons

Zürich und der bisherigen Ansicht des Beschuldigten selbst und seiner Verteidigung wurde befunden, es fehle an einem Arbeitsvertrag als Tatbestandselement von Art. 47 BankG.

28. Das hat immerhin zur Folge, dass die Vorinstanz alle Tatbestandselemente als erfüllt erachtete, dies mit der einzigen Ausnahme des Arbeitsverhältnisses nach Art. 47 BankG bzw. "der vertraglichen Pflicht" nach Art. 162 StGB.

2.6. Verletzung von Bundesrecht: Verletzung von Art. 47 BankG mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. August 2016 (Art. 95 BGG)

2.6.1. Normgehalt von Art. 47 BankG

2.6.1.1. Tragweite von Art. 47 BankG – Ein unsichtbares Arbeitsheer

29. In sinngemässer Anwendung von Art. 42 Abs. 2 BGG möchte die Beschwerdeführerin einerseits darauf hinweisen, dass der vorliegende Fall letztlich mehrere Facetten betreffend die Anwendbarkeit des Bankkündengeheimnisses zur Diskussion stellt, namentlich Zuständigkeitsfragen und Auslegungsfragen der wenig kommentierten Norm von Art. 47 BankG. Der Fall birgt daher gleich mehrere Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung.

30. Andererseits handelt es sich aber auch um einen besonders bedeutsamen Fall. Nicht nur hat der Beschuldigte (1) eine grosse Menge von Bankkündengeheimnissen über den ihm persönlich bekannten Julian Assange ins Internet gestellt – Assange hat mehrfach betont, dass der vorliegende Fall der Plattform WikiLeaks zum Durchbruch verholfen habe. Die Bedeutung des Falles liegt (2) auch im Fakt, dass ein ehemaliger, von seinem Werdegang enttäuschter und verbitterter Bankmitarbeiter sich im Kontext eines internationalen Umfelds im rechtsfreien Raum wähnte, unbesehen wütete und damit grossen Schaden anrichtete. Eine der Schweizer Grossbanken hat im Jahr 2016 gleich 6000 Entlassungen vollzogen, bei denen sich wohl in manchem Fall ähnliche persönliche Schicksale finden müssten. Das ganze Bankgewerbe, aber auch die Judikative und die Legis-

lative müssen nach hier vertretener Auffassung wissen, wie es um die Anwendbarkeit von Art. 47 BankG in diesem Umfeld steht.

31. Als Beispiel für die übergeordnete Bedeutung der Klärung dieser Rechtslage ist auf folgenden NZZ Beitrag vom 5. November 2016 hinzuweisen, in welchem es um die für das Jahr 2016 von der CS beschlossene Streichung von 6000 Arbeitsstellen geht:

"In Tat und Wahrheit arbeiten rund 70'000 Personen für die Bank, wobei rund 22'000 davon nicht in einem festen Arbeitsverhältnis stehen. Als externe Berater (Consultants) oder als temporär über Personalvermittlungsfirmen ins Haus geholte Mitarbeiter (Contractors) unterstützen sie die Bank in den unterschiedlichsten Geschäftsbereichen, namentlich in den rückwärtigen Bereichen (IT, Operations)."

"In geografischer Hinsicht fielen fast die Hälfte der Stellenkürzungen in der Marktregion Europa an, wo die Bank vor allem am teuren Standort London ihre personelle Präsenz reduzieren will. Gut ein weiteres Drittel der Arbeitsplätze wurde in der Marktregion Amerika abgebaut, ein wesentlicher Teil davon in der Investment-Banking-Einheit Global Markets. Nur gerade 8% der Kürzungen betrafen das Schweizer Geschäft."

BO: - Ein unsichtbares Arbeitsheer

NZZ Online, dat. 05.11.16

Beilage 2

32. Die Zitatstelle zeigt, in was für einem globalen, dynamischen und hybriden rechtlichen wie ökonomischen Umfeld die aus der Schweiz heraus gesteuerten Bankkonzerne operieren.
33. Die Kunden der global tätigen Schweizer Banken haben ein gesetzliches Anrecht darauf, dass ihr Bankkundengeheimnis nach Art. 47 BankG respektiert wird. Dabei geht es im Zeitalter des freien Informationsaustauschs nicht um Steuerfragen, sondern um das, was das Bankgeheimnis bei seiner Verankerung in den Zwi-

schenkriegsjahren ausmachte: Eine rechtsstaatliche, legitime und unerlässliche, frühe Form von einfachem Datenschutz (zu letzterem vgl. sinngemäss BSK BankG-Stratenwerth, 2. Auflage, Basel 2013, Art. 47 N 2 f.).

34. Längst sind die Schweizer Bankkonzerne global tätig. Das galt für die Julius Bär Holding AG in den 90er-Jahren, in welche der vorliegende Fall zurückreicht, genauso wie es für die Credit Suisse Group AG von heute gilt.
35. Aus der Schweiz heraus gesteuerte Bankkonzerne sind bei der Strukturierung von internationalen Arbeitsverhältnissen, d.h. einem der wesentlichen Wertschöpfungsfaktoren der Finanzinstitute, einer Unzahl von exogenen Faktoren unterworfen.
36. Besonderes Gewicht – gerade auch bei der Auslegung des Begriffs des Arbeitsvertrags nach Art. 47 BankG – haben ökonomische Gegebenheiten auf den Arbeitsmärkten, sozialversicherungsrechtliche Ländernormen, nationale Arbeitnehmerschutzrechte, aufsichtsrechtliche Vorschriften für Banken, kollidierende Steuerregime für Arbeitnehmer, auseinanderfallende Konzernstrukturen gemessen an juristischen Entitäten und betriebswirtschaftlichen Führungsmatizen (Business Lines), offener und verdeckter nationalstaatlicher Protektionismus, zwischenstaatliche ökonomische Verdrängungskämpfe, zwingende privatrechtliche Kollisionsrechte und – wie man sieht – auch verschiedenste nationale Strafrechtsnormen.
37. Im angefochtenen Urteil wird dieser Ausgangslage nicht Rechnung getragen. Statt den Begriff "Arbeitsvertrag" nach Art. 47 BankG als strafrechtlichen Terminus technicus sui generis differenziert zu ergründen, und den sinnvollen und massvollen Inhalt der Norm zu bestimmen, verharrt das angefochtene Urteil bei einer mit verengtem Blick vollzogenen Auslegung des Nominatkontrakts von Art. 319 ff. OR-CH, in welche Norm hinein sich Art. 47 BankG schlechterdings nicht pressen lässt. Das ist falsch und verletzt nicht nur Bundesrecht. Ohne Not entleert dieses Urteil mit seinem Vorgehen das Bankgeheimnis seines Inhalts, und zwar mit weitreichenden, nicht hinzunehmenden Konsequenzen.

#### 2.6.1.2. Gesetzesnorm

38. Art. 47 Abs. 1 BankG, wie er in der zunächst einmal relevanten Zeitspanne von 1999 bis 2002 Geltung hatte, lautete wie folgt:

Wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Organ, Angestellter, Beauftragter, Liquidator oder Kommissär einer Bank, als Beobachter der Bankenkommision, 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 50000 Franken bestraft.

39. Dieser Wortlaut galt seit dem 1. Juli 1971 (AS 1971 808 824 Art. 1; BBl 1970 I 1144 ff.) und erfuhr bis heute nur noch Verschärfungen.

#### 2.6.1.3. Kommentatoren

40. Die Kommentare äussern sich über die sich hier stellenden Fragen nicht einlässlich. "Der Begriff der **Angestellten** bedarf keiner Erläuterung." schreibt Günter Stratenwerth in BSK BankG-Stratenwerth, 2. Auflage, Basel 2013, Art. 47 N 6 (Hervorhebung wie im Original). Stratenwerth greift damit etwas kurz, wovon die vielen, einschlägigen Seiten des angefochtenen vorinstanzlichen Urteils (SB 110200 und SB150135; S. 135 bis S. 158) Zeugnis geben. Es wird jedoch auch klar, dass die Ergründung des richtigen Verständnisses eigenständige Betrachtungen erfordert und zulässt.

41. B/K/L-Kleiner/Schwob/Winzeler [Juli 2015], Art. 47 N 360 führen aus:
- "Die Geheimhaltungspflicht erfasst *alle in einer Bank oder für sie vertraglich tätigen* Personen. Ihr unterliegen Einzelbankiers, Gesellschafter von Banken in Gestalt einer Personengesellschaft, Organe von Banken in der Form einer juristischen Person und all ihre Angestellte oder Beauftragte (einschliesslich temporärer Aushilfen; zu den Beauftragten vorn N 320 und v.a. hinten N 369 ff.)."
42. Dazu ist Folgendes auszuführen: Die Kommentatoren ziehen den Kreis der unter das Bankgeheimnis fallenden Personen bei *allen "in einer Bank oder für sie vertraglich tätigen Personen"*. Dieses sachgerechte Verständnis des Adressatenkreises ermöglicht es, die heute üblichen, nationalen und internationalen vertraglichen Dienstverhältnisse zwischen Banken und Mitarbeitern darauf hin zu prüfen, ob sich ihre Unterstellung unter das Bankgeheimnis *im Einzelfall* rechtfertigt. Das ist immer dann zu bejahen, wenn (1) *eine Person eine vertragliche Tätigkeit für eine Schweizer Bank ausübt* und (2) *diese Person im Rahmen ihrer Tätigkeit Bankkundengeheimnisse wahrnimmt*.
43. Dass die fraglichen Vertragsverhältnisse dem Schweizer Recht unterstehen müssten, kann weder dem Wortlaut noch dem Sinn der Norm entnommen werden. Auch die Kommentatoren verlangen solches mit naheliegenden Gründen nicht. Denn es wäre nicht zu begründen, einen Mitarbeiter einer in Zürich domizilierten Bank, dessen Arbeitsvertrag etwa anlässlich einer streitigen Kündigung gemäss Art. 121 Abs. 2 IPRG nach deutschem Recht angeknüpft werden muss, von der Geltung von Art. 47 BankG auszunehmen. Die vertragliche Tätigkeit kann also (3) *fremdem Recht unterliegen*.
44. Weitere Erkenntnisse lassen sich aus der Unterstellung des "Beauftragten" gewinnen. Dazu führen B/K/L-Kleiner/Schwob/Winzeler, a.a.O., N 372 aus:
- "Als Beauftragte i.S.v. Art. 47 BankG sind *nicht nur Einzelpersonen und deren Angestellte, sondern auch Gesellschafter bzw. Organmitglieder und Angestellte beauftragter Personengesellschaften bzw. juristischer Personen* zu verstehen. Beauftragter ist z.B. auch ein An-

walt, den die Bank mit der Führung eines Prozesses gegen einen Bankkunden betraut (vorstehend N 320). Er untersteht in Bezug auf Geheimnisse, die ihm in dieser Eigenschaft anvertraut worden sind oder die er in dieser Eigenschaft wahrgenommen hat, neben dem Anwaltsgeheimnis (Art. 321 StGB; vorstehend N 1) dem Bankkundengeheimnis."

45. Ganz grundsätzlich lässt es daher der Gesetzgeber gelten, wenn ein Beauftragter (z.B. eine grosse internationale Revisionsfirma) fernab der Schweizer Bank Arbeiten verrichtet (z.B. hunderttausende E-Mails sichtet im Steuerstreit mit den USA oder im LIBOR-Aufsichtsverfahren) und die Revisionsfirma einen Mitarbeiter bezieht (z.B. einen Inder), der, da Praktikant, gegenüber der Revisionsfirma dem indischen Arbeitsrecht untersteht. Keines dieser Rechtsverhältnisse muss Schweizer Recht unterliegen und Art. 47 BankG wird Geltung haben.
46. Von besonderem Interesse ist in den genannten Beispielen (Prozessanwalt und indischer Praktikant), dass in beiden Fällen nicht die geringste Einbindung in die Arbeitsorganisation der Bank verlangt wird oder auch nur verlangt werden könnte oder sollte.
47. Daraus lässt sich schliessen, dass auch die für die Bank vertraglich tätige Person (4) *nicht in die Arbeitsorganisation der Bank eingebunden sein muss*. Denn was für den Mitarbeiter des Beauftragten der Bank gilt, muss a fortiori für den Mitarbeiter der Bank gelten. Weshalb sollte der Mitarbeiter der Bank, der dieser näher steht, strafrechtlich weniger streng eingebunden werden als der Mitarbeiter des Beauftragten der Bank. Was für den Dritten gilt, gilt für den Zweiten a fortiori. Muss der Dritte nicht eingebunden sein in die Struktur der Bank, damit der Schutz von Art. 47 BankG greift, muss der Zweite erst recht nicht eingebunden sein.

#### 2.6.1.4. Botschaft

48. Der Botschaft lassen sich immerhin folgende Textstellen entnehmen: "Mit der Unterstellung des Beauftragten sollen insbesondere auch Rechenzentren erfasst

werden, die von Banken mit der elektronischen Datenverarbeitung betraut werden." (BBl 1970 1182). Mit B/K/L-Kleiner/Schwob/Winzeler, a.a.O., N 369, ist aus der Botschaft und dem Gesetzeswortlaut ("insbesondere") zu schliessen, dass Art. 47 BankG für Entwicklungen der Zukunft nicht nur offen gehalten, sondern mit Absicht so formuliert wurde.

49. "Analog zu Artikel 320 Ziffer 1 Absatz 1 und 321 Ziffer 1 Absatz 3 StGB soll im Bankengesetz bestimmt werden, dass die Verletzung des Bankgeheimnisses auch nach Beendigung des amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses oder der Berufsausübung strafbar ist (Abs. 3)." (BBl 1970 1182). Auch diesbezüglich äussert sich die Botschaft sehr offen. Sie spricht eben gerade von "dienstlichen Verhältnissen".

#### 2.6.1.5. Pönalisierter "Versuch der Verleitung"

50. Stratenwerth versteht unter dem pönalisierten "Versuch der Verleitung" im Sinne von Art. 47 BankG nicht nur die Pönalisierung des Versuchs einer Anstiftung, der sonst nur bei Verbrechen bestraft wird, sondern vielmehr jede Einwirkung auf den Geheimnisträger (Stratenwerth, a.a.O., Art. 47 N 17). Dieser Blickwinkel unterstreicht, dass selbst ein Aussenstehender ohne jede vertragliche Anbindung an die Bank bei diesem Sonderdelikt seit Jahrzehnten eine wirkungsvoll definierte Strafbarkeit zu gewärtigen hat.
51. Es liesse sich daher nicht begründen, einem vertraglich verbundenen Mitarbeiter der Bank Straffreiheit einzuräumen, sofern eines der Kriterien für Art. 319 ff. OR nicht in optima forma ausgeprägt vorhanden sein sollte.

#### 2.6.1.6. Art. 162 StGB

52. Auch Art. 162 StGB knüpft die Pflicht zur Geheimhaltung an eine "vertragliche Pflicht". Eine solche kann "im Rahmen von Aufträgen oder anderen Vertragsverhältnissen entstehen" (BSK StGB-Niggli/Hagenstein, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 162 N 22).

53. "Damit eine Geheimhaltungspflicht bejaht wird, ist nach der Rechtsprechung des BGer nicht notwendig, dass sie sich explizit aus dem Vertrag ergibt, vielmehr genügt es, wenn sie sich aus der sinngemässen Auslegung des Vertrages ergibt und der Geheimnischarakter dem Arbeitnehmer bewusst ist und die Umstände darauf schliessen lassen, der Arbeitnehmer sei nur unter der Voraussetzung der Verschwiegenheit in die Geheimnisse eingeweiht worden, und wenn überdies die vertraglichen Grundlagen, seine Person und Ausbildung, seine Stellung im Geschäft, sein Arbeitsgebiet und seine Entlohnung dazu in einer gewissen Beziehung stehen (Hinweise)." (BSK StGB-Niggli/Hagenstein, a.a.O., Art. 162 N 23).

#### 2.6.1.7. Fazit zum Normgehalt von Art. 47 BankG

54. Nach hier vertretener Ansicht setzt die Anwendung von Art. 47 BankG auf eine natürliche Person mit Blick auf den Terminus "Arbeitnehmer" voraus, dass
- (1) diese Person eine vertragliche Tätigkeit für eine Schweizer Bank ausübt und
  - (2) diese Person im Rahmen besagter Tätigkeit Bankkundengeheimnisse wahrnimmt.
55. Nicht erforderlich ist, dass
- (3) die vertragliche Tätigkeit nach Schweizer Recht ausgeübt wird und
  - (4) die Person in die Arbeitsorganisation der Bank eingebunden ist.

#### 2.6.2. Inhalt des Vertragswerks ab 1. September 1999

##### 2.6.2.1. Massgebliche Verträge

##### 2.6.2.1.1. Expatriate Agreement

56. Mit Datum vom 16. November 1999 schloss der Beschuldigte mit der Bank Julius Bär & Co. AG, Zürich, ein Expatriate Agreement (SB150135, KA Ordner 2, act. 20031 f.). Dieses hatte folgenden Inhalt:

## 2. Assignment

Under the terms of this Agreement BJB-ZRH transfers the Expatriate to Julius Baer Bank and Trust Company Ltd. (JBBT-GCM), in order to take the function as Chief Operating Officer, holder of an A-Signature, for a period of approximately 3 years. This transfer is further subject to the expatriate being in possession of a respective visa / work permit.

In absence of any agreement to the contrary between the parties concerned this Agreement will be terminated automatically at the point of time at which the Expatriate leaves the services of JBBT-GCM.

## 3. Repatriation on Conclusion of Expatriate Assignment

On conclusion of the Expatriate's assignment with JBBT-GCM, BJB-ZRH will do its utmost to offer him a position commensurate with his capabilities and status.

Conversely, the Expatriate is expected to abstain from negotiating an employment agreement with a third party without previously informing his superior of such intentions.

## 4. Personnel Welfare and Insurance

### Pension fund of BJB-ZRH

Throughout the duration his assignment with JBBT-GCM abroad the Expatriate remains in the pension fund of BJB-ZRH. The salary insured in this fund is half of the gross salary minus the co-ordination deduction.

### Pension fund of JBBT

You will also be insured in the pension fund of JBBT-GCM. 5% of the gross salary is deducted for the employee's contribution and JBBT-GCM matches that 5 %.

Furthermore, the Expatriate remains insured at the expense of BJB-ZRH for maximum coverage of the economic consequences of both occupational and non-occupational accidents throughout his assign-

ment abroad.

The employee's contributions to the pension fund of BJB-ZRH and any insurance contributions to be borne by the employee will be debited directly to the Expatriate's account at BJB-ZRH monthly. The Expatriate is obliged to ensure that his current account contains sufficient funds to cover such contributions.

#### 5. Federal Social Security Schemes

The expatriate remains insured in the Swiss Federal Social Security System (AHV / IV / ALV) for the entire duration of his assignment abroad. The mandatory employee contributions will be debited directly to the Expatriate's current account at BJB-ZRH yearly.

#### 6. Law to be applied

The terms of this Expatriate Agreement are based on and subject to Swiss Law exclusively.

Any disputes arising under this Expatriate Agreement will be settled exclusively before a competent court of law in Zurich.

BO: - Expatriate Agreement, dat. 16.11.99  
(SB150135, KA Ordner 2, act. 20031 f.)

Beilage 3

#### 2.6.2.1.2. Assignment as Chief Operating Officer

57. Ebenfalls mit Datum vom 16. November 1999 schloss der Beschuldigte mit der Julius Baer Bank and Trust Co. Ltd., einen auf den 1. September 1999 zurückwirkenden Vertrag mit der Überschrift "Assignment as Chief Operating Officer" (SB150135, dort Beizugsakte OG Zürich, III. Strafkammer, UE 150355, darin act. 705034 f. (unterzeichnet), entspricht im Wesentlichen der nicht unterzeichneten Version SB150135, KA Ordner 2, act. 20033 ff.).
58. Die Staatsanwaltschaft gelangte erst in einem anderen vom Beschuldigten angestossenen, heute am Obergericht Zürich (III. Strafkammer) als UE 150355 geführten Verfahren in den bewussten Besitz der unterzeichneten Version des As-

signment Agreements. Dieses wurde im Vorfeld des Berufungsprozesses auf Ersuchen der Staatsanwaltschaft vor Obergericht zu den Akten gezogen und wird hier einfachheitshalber als Beilage 4 mitgereicht.

59. Dieser Vertrag hatte im Wesentlichen folgenden Inhalt:

1. Appointment

You will be based at JBBT-GCM as a holder of an A-Signature in the position of Chief Operating Officer. You will be subordinated to the Chief Executive Officer of JBBT-GCM. However on a functional basis you will report according to the Business Line structure of Julius Baer Group.

You will ....

It is anticipated that this assignment will last approximately 3 years, provided suitable performance standards are maintained. Your contractual relationship with JBBT-GCM during this time is according to the Expatriate Agreement between you and BJB-ZRH. The exact duration of the assignment will depend upon the business needs of the Bank.

This assignment is offered on the following terms.

2. Compensation

.....

3. Employee Benefits

You will remain both in the BJB-ZRH retirement and insurance plans and in the Swiss security systems and in addition participate in the local pension plan, to ensure continuity of benefits.

4. Relocation

.....

5. Mobility Premium

.....

6. Accomodation

.....

7. Home Leave Travel

.....

8. Working Conditions

Working conditions (including vacation entitlement) are in accordance with JBBT-GMC's policy.

This letter reflects the Bank's current policies and fulfilling assignment. Should any of these be changed, your contract will be subject to the revised policies.

.....

.....

BO: - Assignment as Chief Operating Officer, dat. 16.11.99  
(SB 150135, dort Beizugsakte OG Zürich, III. Strafkammer, UE 150355, darin act. 705034 f.)

Beilage 4

2.6.2.2. Primäres Vertragsverständnis

60. Zwanglos ist dem Expatriate Agreement zu entnehmen,

- dass der Beschuldigte ab dem 1. September 1999 mit einer Schweizer Bank in Zürich, der Bank Julius Bär & Co. AG, ein als Expatriate Agreement bezeichnetes Vertragsverhältnis eingegangen ist.
- dass die Hauptbank des Konzerns, die Schweizer Bank in Zürich, mit dem Beschuldigten einen Vertrag abgeschlossen hatte.
- dass diese Schweizer Bank in Zürich den Beschuldigten in die Cayman Islands entsandte, mit anderen Worten – die Schweizer Bank nahm in ihrem Namen eine Entsendung vor:
  - "Under the terms of this Agreement"

- "BJB-ZRH transfers the Expatriate"
- "to Julius Baer Bank and Trust Company Ltd. (JBBT-GCM).
- dass nunmehr ab dem 1. September 1999 die Bank Julius Bär & Co. AG für diesen Einsatz verantwortlich zeichnete und gar niemand anders, insbesondere weder die Schweizer Holding noch deren Cayman-Tochter Julius Baer Bank and Trust Company Ltd. (JBBT-GCM).
- dass die Schweizer Bank in Zürich den Beschuldigten zur Julius Baer Bank and Trust Company Ltd. transferierte ("BJB-ZRH transfers the Expatriate to Julius Baer Bank and Trust Company Ltd."), um dort die Funktion als COO einzunehmen ("in order to take the function as Chief Operating Officer").
- dass er dort die A-Unterschrift haben werde.
- dass die Vereinbarung für ca. drei Jahre geschlossen werde.
- dass die Vereinbarung unter der Bedingung stehe, dass der Beschuldigte das entsprechende Visa habe.
- dass die Vereinbarung unter der Bedingung stehe, dass der Beschuldigte die entsprechende Arbeitsbewilligung habe.
- dass vorbehältlich späterer, anderweitiger Abreden unter den betroffenen (drei) Parteien ("the parties concerned") das Expatriate Agreement automatisch beendet werde, wenn der Beschuldigte aus den Diensten der Julius Baer Bank and Trust Company Ltd. austrete.
- dass die Zürcher Bank nach Beendigung des Einsatzes bei der Julius Baer Bank and Trust Company ihr Äusserstes tun werde, um dem Beschuldigten eine seinem Status und seinen Fähigkeiten angemessene Stelle anzubieten.
- dass vom Beschuldigten im Gegenzug erwartet werde von der Aushandlung eines Anstellungsvertrages ("employment agreement") mit Dritten abzusehen, dies vorbehältlich vorgängiger Information seines Vorgesetzten bezüglich einer solchen Absicht.
- dass der Beschuldigte in der Pensionskasse der Schweizer Bank verbleibe.
- dass der versicherte Lohn die Hälfte des Bruttolohnes sei ("gross salary") abzüglich des Koordinationsabzuges.
- dass der Beschuldigte auch in der Pensionskasse von Julius Baer Bank and Trust Company Ltd. sein werde, wobei er 5% seines Bruttosaläres beisteu-



- ern müsse, derweil Julius Baer Bank and Trust Company Ltd. weitere 5% beisteuern werde.
- dass der Beschuldigte auf Kosten der Schweizer Bank in Zürich im UVG-Maximum weiter versichert werde, und zwar für Betriebs- und Nichtbetriebsunfälle.
  - dass (nur) der Arbeitnehmeranteil für den Verbleib in der Pensionskasse der Schweizer Bank ("employee's contribution"; sic) und weitere vom Arbeitnehmer zu tragende Versicherungsbeiträge ("insurance contributions to be borne by the employee") direkt vom Bankkonto des Expatriates bezogen würden.
  - dass der Expatriate sicherstellen müsse, immer genügend Mittel auf seinem Konto stehen zu haben, um solche Ausgaben decken zu können.
  - dass der Expatriate während seinem Auslandeinsatz in der AHV, der IV und der ALV versichert bleibe, derweil (nur) die obligatorischen Arbeitnehmerbeiträge ("mandatory employee contributions") direkt dem Konto des Expatriates bei der Schweizer Bank in Zürich belastet würden.
  - dass die Absprachen im Expatriate Agreement ausschliesslich Schweizer Recht unterstünden.
  - dass Rechtsstreitigkeiten ausschliesslich vor Zürcher Gerichten ausgetragen würden.
61. Und genauso zwanglos ist dem Assignment as Chief Operating Officer zu entnehmen,
- dass der Beschuldigte eine A-Unterschrift haben werde.
  - dass der Beschuldigte dem CEO der Julius Baer Bank and Trust Company Ltd. unterstellt sein werde.
  - dass der Beschuldigte jedoch ("however") entlang der Business Line Struktur des Konzerns ("Business Line structure of Julius Baer Group") rapportieren werde.
  - dass Leistungsziele vereinbart würden.
  - dass geschätzt werde, dass der Einsatz ca. drei Jahre dauern werde, hinlängliche Arbeitsleistung vorausgesetzt.

- dass sich die Vertragsbeziehung zur Julius Baer Bank and Trust Company Ltd. nach der Vertragsbeziehung zur Bank Julius Bär & Co. AG richte, bemesse ("Your contractual relationship with JBBT-GCM during this time is according to the Expatriate Agreement between you and BJB-ZRH.") (sic!).
  - dass die exakte Dauer des Einsatzes von den Geschäftsbedürfnissen der Julius Baer Bank and Trust Company Ltd. abhänge.
  - dass der Bruttolohn US \$ 145'000.00 betrage.
  - dass der Beschuldigte in der Pensionskasse der Bank Julius Bär & Co. AG verbleibe und zudem in der Pensionkasse der Julius Baer Bank & Trust Company Ltd. versichert werde.
  - dass sich die "working conditions (including vacation entitlement)" nach den Verhältnissen bei Julius Baer Bank and Trust Company Ltd. richten.
62. Ohne Weiteres lassen sich die beiden Verträge aus sich selber heraus verstehen. Die archetypische Schweizer Privatbank der 90er-Jahre, die Bank Julius Bär & Co. AG, die das überragende operative Zentrum des Schweizer Bankkonzerns bildet, entsendet einen Schweizer Vertrauensmann in die Karibik, zu jener Konzernschwester, die im Konzern den Brückenkopf und Stützpunkt für das Trust-Geschäft hält.
63. Die beiden Verträge bilden eine logische Einheit, wobei das Expatriate Agreement einen aus dem operativen Schweizer Zentrum stammenden, umhüllenden Mantelvertrag darstellt, in dem mit dem Assignment as Chief Operating Officer ein Kernvertrag steckt. Zusammen bilden Sie ein Vertragswerk, das sowohl in der Schweiz als auch in den Cayman Islands (ein Überseegebiet des vereinigten Königreichs) die nötige vertragliche Verankerung findet.
64. Die beiden Verträge beziehen sich aufeinander und sind fein und präzise abgestimmt. Der übergeordnete Mantelvertrag und der untergeordnete Kernvertrag greifen wie Zahnräder ineinander. Zusammen enthalten sie alle Elemente eines Schweizer Arbeitsvertrages.

65. Die Verträge haben eine hierarchische Ordnung. Das Assignment as Chief Operating Officer richtet sich nach dem Expatriate Vertrag: "Your contractual relationship with JBBT-GCM during this time is according to the Expatriate Agreement between you and BJB-ZRH." (sic!)

Der Mantelvertrag steht damit nicht nur von der Konzernlogik und der Vertragslogik her über dem Kernvertrag, sondern das ist auch expressis verbis so festgehalten.

66. Selbst wenn man nach Art. 47 BankG einen Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR verlangen wollte, so würde es an einem solchen bei einer Gesamtbetrachtung des Vertragswerks gewiss nicht fehlen.

2.6.2.3. Zwischenfazit: Art. 47 BankG durch Vorinstanz bereits an dieser Stelle verletzt

67. Wie bereits erörtert, scheiterte die Verurteilung einzig an der Feststellung der Vorinstanz, wonach es an einem Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 47 BankG gemangelt haben soll. Bereits an dieser Stelle kann geschlossen werden, dass dies unzutreffend ist.

68. Nach den vorstehenden Ausführungen mangelte es mit den zusammenhängenden Verträgen "Expatriate Agreement" und "Assignment as Chief Operating Officer" gerade nicht an einem Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR. Augenscheinlich sind alle erdenklichen Aspekte geregelt. Dass einzig Schweizer Recht anzuwenden wäre, ist nicht erforderlich (vgl. dazu oben 2.6.1.7.).

69. Überdies reicht schon das Expatriate Agreement für sich alleine, um das Tatbestandselement des "Arbeitsvertrages" und der "Vereinbarung über eine vertragliche Tätigkeit für eine Bank" (vgl. oben 2.6.1.7.) zu erfüllen. Denn die Bank Julius Bär & Co. AG (und niemand anders) entsandte den Beschuldigten, um für sie, die Bank Julius Bär & Co. AG, in der Schwestergesellschaft, d.h. der Julius Baer Bank and Trust Company Ltd., tätig zu werden.

70. Dass der Beschuldigte im Rahmen dieser Tätigkeit bei der Julius Baer Bank and Trust Company Ltd. Bankkundengeheimnisse von Kunden der Bank Julius Bär & Co. AG wahrgenommen hat, wurde durch die Vorinstanz nicht in Zweifel gezogen und entsprechend ausdrücklich festgestellt (vgl. u.a. Urteil Vi, Ziffer 20.12.4.6., S. 153 f. un Ziffer 26.3.2.5., S. 197 f.). Und damit hat, wie sich aus den gesamten Untersuchungsakten ausführlich ergibt, der Beschuldigte diese Bankkundengeheimnisse auch als Arbeitnehmer der Bank Julius Bär & Co. AG wahrgenommen.
71. Die Einbindung des Beschuldigten in die Arbeitsorganisation der Bank schliesslich, ist kein notwendiges Kriterium für die Verurteilung nach Art. 47 BankG (vgl. oben 2.6.1.7.).

#### 2.6.2.4. Zum Konzern in den 90er-Jahren – Elmer als "Undercover Agent"

72. Das soeben dargelegte Vertragsverständnis, das sich ohne Zusatzwissen und schon aus den blossen Verträgen expressis verbis und zwingend ergibt, lässt sich u.a. mit folgenden Textstellen aus dem vom Beschuldigten verfassten Buch "Bankenterror" unterlegen (SB150135, KA Ordner 1, act. 10177 ff.):
- "Als Realist war mir bewusst, dass sich das lokale britische Management bestimmt nicht sehr freuen würde, wenn ich dort das Fähnlein der Zentrale von Zürich hissen und der Geschäftsführung auf die Finger schauen würde, um die Geschäfte voranzutreiben." (S. 50).
  - "Es musste Verstärkung her, es musste sich dort viel ändern und es musste vor allen Dingen "Schweizer Qualitätsarbeit" sein. Einer der bereits das bärspezifische "Brainwashing" hinter sich hatte und die betriebsinterne Sprache im wahrsten Sinne des Wortes beherrschte." (S. 51 f.).
  - "Ich selber sollte als eine Art "Undercover Agent" dort arbeiten ...." (S. 52)
  - "Der "bärische" Schachzug war nun, mich dort einzubringen, um die EDV "zu revolutionieren" und die Organisation durchzuschütteln." (S. 57)

73. Derweil diese Buchzitate aus der Phase stammen, als der Beschuldigte 1994 als Buchhalter und EDV-Spezialist von der Julius Bär Holding AG in die Cayman Islands entsandt wurde, stehen hier und heute die Verträge zur Diskussion, welche die Bank Julius Bär & Co. AG mit dem Beschuldigten im November 1999 schloss, nachdem dieser Anfang 1999 zum Chief Operating Officer, und damit zur Nummer 2 vor Ort, aufgerückt war.

2.6.2.5. Zum Weisungsrecht, zur Business Line und zur Rapportierungspflicht im Besonderen

74. Die Vorinstanz hat die Meinung vertreten, das Expatriate Agreement und das Assignment as Chief Operating Officer seien getrennt zu betrachten. Als Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 47 BankG komme nur das Expatriate Agreement in Frage. Diesem fehle es allerdings an einem Weisungsrecht. Es liege daher kein Arbeitsvertrag vor (Urteil SB 110200 und SB150135, dat. 19.08.16, S. 149).
75. Die Vorinstanz verkennt, was in der einschlägigen Literatur zuweilen sehr schön wie folgt zum Ausdruck gebracht wird: "Mindestens ein gewisses Weisungsrecht wird sich das inländische Unternehmen bei dieser Konstellation des internationalen Mitarbeiterereinsatzes jedoch vorbehalten und den Arbeitnehmer wird auf der anderen Seite auch eine Rapportierungspflicht gegenüber dem heimischen Betrieb treffen. Handelt es sich beim inländischen Betrieb um das Mutterhaus eines Konzerns bedarf es faktisch gar keiner expliziten vertraglichen Vereinbarung bezüglich des Weisungsrechtes und der Rapportierungspflicht, da sich diese in der Regel aus der Kompetenzordnung des Konzerns ergibt." (Hischier Roger, Internationaler Mitarbeiterereinsatz, Zürich/St. Gallen 2008, S. 29; unter Hinweis auf Heiz Roman, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, Ausgewählte individualarbeitsrechtliche Aspekte, Bern 2005, S. 68 ff.).
76. Einen ähnlichen Blickwinkel verbalisiert folgende Zitatstelle aus der Fachliteratur: "Die zweite Variante besteht darin, dass der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer in eine ausländische Zweigniederlassung oder in eine der Unternehmensgruppe

angehörige Tochter- bzw. Schwestergesellschaft entsendet. Dort findet regelmässig eine Einbettung in die lokale Arbeitsorganisation statt und das ausländische Unternehmen übernimmt in gewissem Masse das Weisungsrecht des entsendenden Arbeitgebers. Diese Konstellation ist naturgemäss in Konzernverhältnissen häufig." (Roeder Christoph, Die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, S. 27, in: Von Kaenel Adrian, Aktuelle Probleme des Arbeitsrechts, Zürich 2005).

77. Der Bankkonzern der Familie Bär war formaljuristisch nach juristischen Entitäten gegliedert. Ökonomisch wurde der Konzern über eine in Sparten gegliederte Führungsmatrix gesteuert (vgl. dazu SB150135, KA Ordner 1, act. 10702). Die Führungsmatrix wird angesprochen in Ziffer 1 des Assignments as Chief Operating Officer (act. 705034): "However on a functional basis you will report to the Business Line structure of Julius Baer Group." (SB 150135, dort Beizugsakte OG Zürich, III. Strafkammer, UE 150355, darin act. 705034 f. (unterzeichnet), entspricht im Wesentlichen der nicht unterzeichneten Version SB150355, KA Ordner 2, act. 20033 ff.)

BO: - 2001 Annual Report of Julius Baer Holding Ltd.,  
Business Summary (SB150135, KA Ordner 1, act.  
10693 ff, und darin act. 10702), dat. Januar 2002

Beilage 5

78. Was darunter zu verstehen ist, erschliesst sich unter anderem auch aus einem durch die Vorinstanz in willkürlicher Beweiswürdigung unberücksichtigten Beweisstück (SB110200 eUA Ordner 13, 6/8 [7358 f.]). Es handelt sich dabei um ein E-Mail des Beschuldigten an Raymond Bär und Christoph Hiestand, welches aus einer Voruntersuchung zum Thema Stalking zum Prozess SB110200 gezogen wurde. Es enthält unter anderem folgende Textstellen (Schreibfehler wie im Original, Unterstreichungen durch den Unterzeichneten):

"Vermuteter Auftraggeber obiger Aktionen ist Bank Julius Bär und es wird davon ausgegangen, dass solche schwerwiegende Entscheide von den führenden Mitglieder der Familie Bär abgeseget wurden.  
Ich musste Namen geben dh

- Dr. Raymond J. Bär, ich war in Cayman der Business Line Privat Banking unterstellt und hatte deshalb direkt an Herrn Bär, der für diese Business Linie verantwortlich war, zu rapportieren. Herr Bär hatte über mich Entscheidungsbefugnis und erteilte mir auch Anordnungen.
- Rudolf E. Bär, er war der Verwaltungsratspräsident der Julius Bär Bank & Trust Co Ltd, Cayman – gleich wie Raymond Bär
- Walter Knabenhans, er war Nachfolger von Rudolf Bär, als Verwaltungsratspräsident der Julius Bär Bank & Trust Co Ltd, Cayman – gleich wie Raymond Bär
- Michael Vukotic, war zuständig für den Handel der Cayman Wertschriften und auch Verwaltungsrat der Julius Bär Bank & Trust Co Ltd, Cayman. Herr Vukotic und Knabenhans haben über meine Entlassung entschieden.
- Michael Bär, war Chef Trading und Geschäftsleitungsmitglied. Auch an ihn musste ich direkt rapportieren."

BO: - E-Mail des Beschuldigten an Raymond Bär und Christoph Hiestand, dat. 20.06.08, betr. "Swiss-whistleblower.com – Weiteres Vorgehen - Kundeninformationen" (SB110200, eUA, Ordner 13, 6/8 (act. 7358)

Beilage 6

79. Schon aus dem vorgenannten Beweismittel alleine lässt sich Folgendes beweisen:
- Der Bankkonzern wurde operativ mit einer Führungsmatrix geführt.
  - Die Führungsmatrix beheimatete unter anderem die Sparten "Private Banking" und "Trading".
  - Der Beschuldigte rapportierte wie alle Bankmitarbeiter weltweit entsprechend der genannten Führungsmatrix.

- Im Bankkonzern mussten die Weisungsrechte nicht vorbehalten oder vereinbart werden. Sie waren im Konzern so glasklar, dass eine schriftliche Niederschrift nicht nötig war.
  - Der Beschuldigte rapportierte direkt nach Zürich, und zwar ganz nach oben in die Spartenleitungen, zum einen in der Sparte Private Banking an Raymond Bär und zum anderen in der Sparte Trading an Michael Bär.
80. Aus den drei genannten Beweismitteln im Verbund lässt sich Folgendes beweisen:
- In der relevanten Zeitspanne (1. September 1999 bis 30. August 2002) stand der Beschuldigte bei der Schweizer Bank Julius Bär & Co. AG unter Vertrag.
  - Die zwei Verträge Expatriate Agreement (hierarchisch übergeordnet) und Assignment as Chief Operating Officer (hierarchisch untergeordnet) griffen wie Zahnräder ineinander.
  - Unter beiden Verträgen war es völlig klar, dass der Beschuldigte entsprechend der konzernweiten Führungsmatrix rapportieren würde.
  - Der Beschuldigte rapportierte auch wirklich entsprechend der Führungsmatrix.
  - Es war im Konzern nicht nötig, Weisungsrechte zu regeln.
  - Es war die Schweizer Bank Julius Bär & Co. AG, die den Beschuldigten zur Julius Baer Bank and Trust Company Ltd. entsandte und dabei implizit und unmissverständlich anordnete, dass selbstverständlich nach der konzernweiten Führungsmatrix zu rapportieren sei. Ob dieses Reporting im Einzelnen an sie selber oder an andere Konzerngesellschaften zu erfolgen hatte, spielt keine Rolle. Das konzernweite Weisungsregelwerk war selbstredend Teil des Vertrages, der von der Bank Julius Bär & Co. AG beherrscht wurde. Sie und nur sie (!) ordnete damit gegenüber dem Beschuldigten an, an wen, was, wann und wie zu rapportieren war sowie woher Befehle entgegenzunehmen waren, und zwar indem sie und nur sie in ihrem Vertrag mit dem Beschuldigten das konzernweite Weisungsregelwerk (d.h. die Führungsmatrix und das damit einhergehende Rapportierungssystem) zum impliziten Inhalt ihres Vertrages machte.

81. Wie bereits ausgeführt, geht aus dem Beweismittel SB110200 eUA Ordner 13, 6/8 (7358 f.) u.a. hervor, dass der Beschuldigte selber behauptete:
- Michael Bär, war Chef des Trading und Geschäftsleitungsmitglied. Auch an ihn musste ich direkt rapportieren.
82. Michael Bär war vom 6. November 1992 bis am 29. September 2005 kollektivzeichnungs-berechtigt bei der Bank Julius Bär & Co. AG. Zudem war er vom 5. November 1999 bis am 3. Juni 2004 stellvertretender Vorsitzender der Geschäftsleitung der Bank Julius Bär & Co. AG, was alles dem Handelsregister jederzeit online zu entnehmen ist. Der Handel einer Bank wird nicht in der Konzernmutter bewerkstelligt, sondern in der operativen Bank, und das war die Bank Julius Bär & Co. AG.
83. Wenn der Beschuldigte durch seine Verteidigung am Obergericht vor Schranken über Seiten ausführen liess, dass er keine Schnittstellen zur Bank Julius Bär & Co. AG gehabt habe (SB110200 Urk. 434, S. 36 ff.), so liess er damit schlicht und einfach die Unwahrheit verkünden. Denn Tatsache ist, dass der Beschuldigte am 20. Juni 2008 in einem E-Mail an Raymond Bär und Christoph Hiestand expressis verbis das Gegenteil behauptete (SB110200 eUA Ordner 13, 6/8 [7358 f.]): " • Michael Bär, war Chef des Trading und Geschäftsleitungsmitglied. Auch an ihn musste ich direkt rapportieren." Und damit räumt der Beschuldigte ein, dass er direkt an die Bank Julius Bär & Co. AG in Zürich rapportierte!
84. Zu Rudolf E. Bär im Besonderen: Rudolf E. Bär war vom 27. Juni 1996 bis am 26. Juni 2002 Verwaltungsratspräsident der Bank Julius Bär & Co. AG. Zudem war er vom 28. Januar 1991 bis am 23. März 2001 Delegierter des Verwaltungsrats der Julius Bär Holding AG, was alles sich jederzeit und online aus dem HR ergibt. Der Beschuldigte führt in seinem E-Mail vom 20. Juni 2008 (SB110200 eUA Ordner 13, 6/8 [7358 f.]) aus, dass er direkt an Rudolf E. Bär rapportiert, dass dieser über ihn Entscheidungsbefugnisse gehabt und ihm auch Anordnungen erteilt habe. Das Beispiel zeigt, wie eng die personellen Verknüpfungen im Konzern waren.

85. Zu Michael Vukotic: Michael Vukotic war ab dem 18. März 1991 kollektivzeichnungsberechtigt in der Bank Julius Bär & Co. AG, ab dem 5. November 1999 bis am 30. August 2006 war er Mitglied der Geschäftsleitung der Bank Julius Bär & Co. AG. Er hatte in der Julius Bär Holding AG keine im HR verzeichnete Funktion.
86. Was die Business Line Private Banking betrifft, so wird darauf hingewiesen, dass das Private Banking eines Schweizer Bankkonzerns in der Schweizer Bank betrieben wird, und das war die Bank Julius Bär & Co. AG.
87. Es war eng im Bank-Konzern der Familie Bär jener Jahre. Die Mutter des Beschuldigten war im Haushalt der Bankierdynastie tätig. Man kannte sich kreuz und quer, war loyal, arbeitete zusammen. Die Konzerntochter in den Cayman Islands war Teil des Geschäftsmodells. Sie diente der Bank Julius Bär & Co. AG zu. Das Geld – und das behauptet der Beschuldigte in seinen Büchern zurecht, immer wieder und geht auch aus dem Untersuchungsergebnis sattsam hervor – lag in Zürich. Wie eng es war, zeigt sich auch an folgender Textstelle, die vom Beschuldigten selber stammt:
88. Der Beschuldigte führte z.B. in einem von ihm verfassten Exposé zum Moonstone Trust aus (SB150135, ÜB Ordner 4, act. 103094 f.):

**Weshalb handelt es sich um [S.]?**

1. Ich war der Compliance Officer und C.A. Rowlandson, CEO hat mich beigezogen bevor er den Fax vom 8. Juni 1998 and Sabina Duerr-Gerber, EPTS, bei Julius Baer & Co. AG, Zürich sandte. Wir haben die Problematik diskutiert und kamen zum Schluss, dass Julius Baer Trust Company (Cayman) Ltd eine schriftliche Anfrage machen muss, um sich selbst vor den Geldwäschereigesetzen in den Cayman Islands zu schützen.
2. Meine mündliche Anfrage bei Dr. P. [...] S. [...] bestätigt, dass es sich um [S.] handelt, ein reicher [...] Industrieller und dass die Sache schon in Ordnung komme. Entsprechende Unterlagen werden von der Bank gesandt.
3. Als ich aus beruflichen Gründen 1998 in Zürich war, hatte ich ein Meeting mit Dr. Thomas Baer und auch dort wurde mir bestätigt, dass [S.], ein süddeutscher Industrieller, ein Freund der Familie sei und die Sache schon seine Richtigkeit habe. Die Gelder haben keinen kriminellen Ursprung.

4. ....

(Unterstreichungen und eckige Klammern durch den Unterzeichneten, ausser die Titelfrage, die auch im Original fett und unterstrichen ist, Tippfehler vom Original übernommen).

89. Die soeben zitierte Textstelle handelt von Robert Schuler und seinem Moonstone Trust. Der Fall hatte für den Beschuldigten Modellcharakter (vgl. dazu u.a. SB150135, ÜB Ordner 4, act. 130249 ff.) und er brachte ihn in Büchern, Vorträgen und bei Behörden vor. Im Zuge dessen stellte er sich auch der Steuerfahndung Düsseldorf zur Verfügung. Im Rahmen jener "Zeugenvernehmung" führte er u.a. aus: "Zu der Gesamtkonstellation möchte ich noch anmerken, dass Raymond J. Bär die Gesamtverantwortung über die Businesslinie Private Client / Vermögensverwaltung hatte. Dies bedingte periodisches Reportieren ihm gegenüber bzgl. Geschäftsverläufen, Entscheidungen über die Annahme von Privatkunden sowie die Zuständigkeit für das über die Caymans abgewickelte Trust- und Companygeschäft für Privatkunden." (SB150135, ÜB Ordner 4, act. 103097 ff.; im Resultat gleich: SB150135, act. 107026).
90. Wenn nun der Beschuldigte im Rahmen der Business Line Struktur, im Rahmen der Führungsmatrix, z.B. an Rudolf E. Bär rapportierte, so geschah dies formell vielleicht gegenüber dem Delegierten des Verwaltungsrates der Julius Bär Holding AG, faktisch hingegen erlangte zufolge der Personalunion auch der Verwaltungsratspräsident der Bank Julius Bär & Co. AG zeitgleich die fragliche Information. Genau daran, an der Bedienung dieser Informationskanäle, am Betrieb dieses Konzernnetzwerks, in dem sie sass wie die Spinne im Netz, hatte die Bank Julius Bär & Co. AG ein vitales Interesse. Wenn die Bank Julius Bär & Co. AG den Beschuldigten anstellte und implizit dieses Weisungs-, Business Line und Rapportierungssystem vereinbart war, dann hatte die Bank Julius Bär & Co. AG einen Mitarbeiter angestellt, der für sie selbst, in ihrem ureigenen Interesse, das konzernweite Informations- und Weisungssystem bediente. Ob sie damit die Informationen auch über die Holding fliessen liess, ist nicht von Belang.

#### 2.6.2.6. Zur Eingliederung im Betrieb im Besonderen

91. Wie bereits festgehalten, bedarf es zur Annahme eines Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 47 BankG keiner Eingliederung im Betrieb des Arbeitgebers (vgl. oben 2.6.1.7.).
92. Gleicher Meinung ist Heiz zum analog anwendbaren Arbeitsverleih: "..., wobei der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung eben gerade nicht im Betrieb seines rechtlichen Arbeitgebers erbringt, sondern ausserhalb im Einsatzbetrieb." (Heiz Roman, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, Dissertation Nr. 2877, HSG, St. Gallen, 2004, S. 57; dazu unten 2.6.2.9. bzw. Rz 111 im Besonderen).
93. Schliesslich vertritt die Beschwerdeführerin die Meinung, dass der Beschuldigte sehr wohl in den Betrieb der Bank Julius Bär & Co. AG eingegliedert war, indem Letztere das Herzstück des Schweizer Bankkonzerns bildete, zu dessen Betrieb die ganzen Konzernstrukturen, die das Herzstück umgaben, erst geschaffen wurden. Alles diente der Bank zu. Denn Geld verdienen und Bankgeschäfte tätigen, konnte man letztendlich nur mit dieser.
94. Entsprechend hat der Beschuldigte auch Bankkundendaten dieser Bank verraten und sich bei seiner Fehde die Bank als Gegnerin ausgelesen.

#### 2.6.2.7. Zum Lohn im Besonderen

95. Die Vorinstanz hält zum Expatriate Agreement fest (Urteil SB 110200 und SB150135, dat. 19.08.16, S. 149): "... und fehlen insbesondere jegliche Verabredungen über Lohn, ...". Diese Feststellung ist offensichtlich krass aktenwidrig Und erfolgte daher in willkürlicher Beweiswürdigung (vgl. unten 2.9.2.).
96. So wird unter der Titelziffer 4 des Expatriate Agreements (SB150135, KA Ordner 2, act. 20031 f.) festgehalten, dass die Bank Julius Bär & Co. AG die Hälfte des Bruttolohnes (abz. Koordinationsabzug) in ihrer Pensionskasse versichert, für die

andere Hälfte der Beschuldigte stets Mittel auf seinem Konto zur Verfügung halten müsse, damit davon die Arbeitnehmerbeiträge bezahlt werden könnten.

97. In den Prozessakten findet sich, ausgestellt von der Pensionskasse Stiftung der Bär-Gruppe (SB150135, KA Ordner 2, act. 20071), ein vom 7. März 2002 datierter, mithin vor dem Zerwürfnis angefertigter "Persönlicher Ausweis" des Beschuldigten. Ihm ist zu entnehmen, dass die Bank Julius Bär & Co. AG gemäss Expatriate Agreement jährliche Arbeitnehmerbeiträge von CHF 13'500 bezahlte.
98. Weiter wird in Titelziffer 4 des Expatriate Agreements (SB150135, KA Ordner 2, act. 20031 f.) festgehalten, dass der Beschuldigte im UVG-Maximum versichert werde für Betriebs- und Nichtbetriebsunfälle, dies explizit und zur Gänze auf Kosten der Bank Julius Bär & Co. AG.
99. Mit Blick auf die Versicherung gemäss AHV, IV und ALV wird festgehalten, dass die Arbeitnehmerbeiträge durch den Beschuldigten zu begleichen seien, wobei er die nötigen Mittel auf dem vorerwähnten Konto bei der Bank Julius Bär & Co. AG verfügbar halten müsse. Die Bank Julius Bär & Co. AG bezahlte diesbezüglich die Arbeitgeberbeiträge. Als sie sich später bezüglich des Jahres 2002 weigerte, ihre Beiträge zu zahlen, erstattete der Beschuldigte eine Strafanzeige gegen die sachbefassten Mitarbeiter der Bank Julius Bär & Co. AG (SB 150135, dort Beizugsakte OG Zürich, III. Strafkammer, UE 150355, darin Beizugsakte STA Zürich-Sihl 2007/5179, darin Strafanzeige vom 10. August 2007).
100. Insgesamt erhielt der Beschuldigte (1) die Arbeitgeberbeiträge für den Verblieb in der Schweizer Pensionskasse, (2) alle Beiträge für die Versicherung gegen Betriebs- und Nichtbetriebsunfälle im UVG-Maximum, und (3) die Arbeitgeberbeiträge für die AHV, die IV und die ALV. Das sind die ordentlichen Arbeitgeberbeiträge auf den vollen Lohnkosten. Auch wenn der Bruttolohn (US \$ 145'000) von der Julius Baer Bank and Trust Company Ltd. bezahlt wurde, so zeigt doch gerade dieser Aspekt mit jeder wünschbaren Deutlichkeit, dass die Bank Julius Bär & Co AG ein beachtliches, zusätzliches Leistungspaket berappte – dies nun wirklich im diametralen Gegensatz zur Feststellung der Vorinstanz im angefochtenen Urteil.

Gerade an diesen Lohnkosten ersieht man, dass die beiden Verträge wie Zahnräder ineinander greifen. Ein Teil der Lohnkosten zahlt die Julius Baer Bank and Trust Company Ltd., ein Teil der Lohnkosten, nämlich die Arbeitgeberbeiträge nach Schweizer Recht, zahlte die Bank Julius Bär & Co. AG. Und last but not least zahlte der Beschuldigte selber die schweizerischen Arbeitnehmer Lohnabzüge! Was anderes, als ein Arbeitsvertrag, könnte dieses Vertragsverhältnis sein?

101. Es befremdet, dass im angefochtenen Urteil auf "Lohnausweise" Bezug genommen wird (Urteil, Ziffer 20.12.4.1., S. 150 f.), nicht ohne dazu postwendend auszuführen: "Die Lohnausweise, die für die fragliche Zeit von der Bank Julius Bär & Co. AG für den Beschuldigten ausgestellt worden waren, betrafen lediglich Kinder- bzw. Familienzulagen von wenigen Fr. 1'000.-- jährlich und damit nicht "Lohn" (SB110200 Ordner 47, nicht akturierte Unterlagen, ungefähr am Ende des ersten Fünftels). Vielmehr unterstreicht das die Abhängigkeit der ganzen Konstruktion vom Arbeitsvertrag des Beschuldigten mit der JBBT." (Urteil, Ziffer 20.12.4.1., S. 150 f.).
102. Studiert man die Lohnausweise, so handelt es sich dabei um die normalen Formulare, die jeder Schweizer Arbeitnehmer kennt, die Formulare, die er für den Lohnnachweis auf Seite 1 der Steuererklärung braucht. Darauf festgehalten ist, dass der Beschuldigte "Arbeitnehmer" der "Bank Julius Bär & Co. AG" sei. So wird ihm etwa für die Zeit vom 1. März 2000 bis am 31. Dezember 2000 ein "Bruttolohn" von CHF 8'000 bescheinigt, darin enthalten eine Familienzulage von CHF 4'750 und eine Heirats- und Geburtszulage von CHF 400. Für das Jahr 2001 beträgt der "Bruttolohn" CHF 4'800, darin enthalten die "Kinderzulage" von CHF 1'800 und die Familienzulage von CHF 3'000. Für das Jahr 2002 (bis zum 31. Juli 2002) schliesslich, betrug der "Bruttolohn" CHF 2'860, die enthaltene Kinderzulage CHF 1'110 und die Familienzulage CHF 1'750.

BO: - Lohnausweis 2000  
(SB110200, Ordner 47, Ende erstes Fünftel),  
dat. 18.12.00

Beilage 7



- Lohnausweis 2000 (mit handschr. Ergänzungen betr.  
Nachzahlung 1999 re: Tochter Helena, dat. 18.12.00  
(SB110200, Ordner 47, Ende erstes Fünftel) Beilage 8
  - Lohnausweis 2001  
(SB110200, Ordner 47, Ende erstes Fünftel),  
dat. 18.12.01 Beilage 9
  - Lohnausweis 2002  
(SB110200, Ordner 47, Ende erstes Fünftel),  
dat. 23.12.02 Beilage 10
103. Tatsache ist damit, dass der Beschuldigte die volle Einbindung in alle helvetischen und kantonalen Versicherungswerke hatte, die man dann hat, wenn man Arbeitnehmer ist. Und Tatsache ist, dass die Schweizer Bank Julius Bär & Co. AG alle arbeitgeberseitigen Beiträge zahlte. Und Tatsache ist, dass diese Kosten nichts anderes sind als Bruttolohnkosten, die dem Arbeitnehmer zugutekommen. Diese betriebswirtschaftlichen Lohn- und Lohnnebenkosten im vorliegenden Kontext nicht als "Lohn" zu qualifizieren, sondern diesen aus der Welt zu reden, ist überspitzt formalistisch, aktenwidrig und willkürlich.
104. Es ist sicher realitätsnah, bei einem Mitarbeiter des Jahrganges 1955 mit AHV-, IV-, ALV-, und UVG-Beiträgen von 7 % des Bruttolohnes von US \$ 145'000 zu rechnen. Von September 1999 bis Ende August 2002, d.h. in der relevanten Vertragszeit, lag der Kurs des US \$ immer nahe bei CHF 1.50, meist aber deutlich über CHF 1.50. Es darf daher gesagt werden, dass der Beschuldigte in den frühen 00er-Jahren über ein jährliches Bruttosalär von CHF 220'000 verfügte. 7 % Lohnnebenkosten machen ca. CHF 15'400 aus. Hinzu kommen die Familien- und Kinderzulagen von ca. CHF 4'800 und die Kosten für die PK von CHF 13'500, sodass die Bank Julius Bär & Co. AG ca. CHF 33'000 Lohn- und Lohnnebenkosten leistete - per annum. Das tat sie nicht umsonst, sondern für eine Gegenleistung, jene eines Arbeitsvertrages – mit einer Treuepflicht.

#### 2.6.2.8. Zur Treuepflicht im Besonderen

105. Nach hier vertretener Meinung liegt mit Bezug auf das Expatriate Agreement ein Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR vor, jedenfalls aber ganz sicher ein Vertragsverhältnis im Sinne von Art. 47 BankG. Bei einem Vertragsverhältnis, wie immer man dieses qualifiziert, bei dem die Bank Julius Bär & Co. AG pro Jahr ca. CHF 33'000 aufwendet, muss zwingend auch eine Treuepflicht des Beschuldigten, die Bankkunden- und Geschäftsgeheimnisse der Bank Julius Bär & Co. AG nicht zu verraten, angenommen werden. Alles andere wäre sinnwidrig. Besondere schriftliche Vereinbarungen sind dazu nicht zu verurkunden.

#### 2.6.2.9. Literatur zum internationalen Arbeitsvertrag

106. Die helvetische Literatur zum internationalen Arbeitsverhältnis ist stark geprägt von Art. 319 ff. OR, von schweizerischen sozialversicherungsrechtlichen Blickwinkeln und vom IPRG. Weil sich heute ab der Grössenordnung von fünf Jahren Auslandsinsatz gewisse Entsendungsverträge nicht mehr den Sozialwerken unterstellen lassen, finden sich terminologische Abgrenzungen, welche vorliegend nur beschränkte Bedeutung haben (vgl. z.B. Hischer, a.a.O., S. 13). Zum einen ist der Terminus Arbeitsvertrag nach Art. 47 BankG ein Begriff sui generis, der nach strafrechtlichen Gesichtspunkten auszulegen ist. Und zum anderen konnte das fragliche Arbeitsverhältnis den Sozialwerken ab dem 1. September 1999 unterstellt werden, obwohl der Beschuldigte bereits ab 1994 in den Cayman Islands weilte.
107. Den angeführten Besonderheiten ist Rechnung zu tragen, wenn etwa die nachfolgend zitierte Literatur zu Rate gezogen wird. Unbesehenes Zitieren aus diesen nicht strafrechtlich ausgelegten Werken verbietet sich.
- Hischier Roger, Internationaler Arbeitereinsatz, Zürich/St. Gallen 2008
  - Roeder Christoph, Die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, in: Von Kaenel Adrian, Aktuelle Probleme des Arbeitsrechts, Zürich 2005
  - Heiz Roman, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, Dissertation Nr. 2877,

HSG, St. Gallen, 2004

- Ruch, Friederike V., Expatriates – Inpatriates, Schriftenreihe Finanz-, Rechts- und Steuerpraxis; Band 8, Bern 2002

108. Weil die oben genannte Dissertation (vgl. letztes Lemma) sich konzise mit dem Arbeitsverhältnis im Konzern, und zwar auch grenzüberschreitend, befasst, seien gleichwohl gewisse streitbezogenen Blickwinkel genannt:
109. Heiz Roman, a.a.O, S. 53, unter dem Titel:  
"Verbundene oder voneinander unabhängige Arbeitsverträge"  
"Ein Arbeitnehmer kann über mehrere Anstellungsverhältnisse im Konzern und daher über mehrere Arbeitsverträge verfügen. So kommt es vor, dass mit dem Mutterunternehmen ein übergeordneter Rahmenvertrag abgeschlossen wird, in dem die wichtigsten Punkte einer Anstellung festgehalten werden. Daneben werden für die Tätigkeit des Arbeitnehmers bei den einzelnen Konzernunternehmen mit diesen zusätzliche (ergänzende) – befristete oder unbefristete – Arbeitsverträge geschlossen."  
Sehr wohl kann man die i.c. zu diskutierende Vertragskonstellation dem Grundsatz nach so einordnen.
110. Heiz Roman, a.a.O, S. 54, unter dem Titel:  
"Verbundene oder voneinander unabhängige Arbeitsverträge"  
"Mehrere Arbeitsverhältnisse im Konzern dürften sodann in den meisten Fällen in verschiedener Weise miteinander verknüpft sein. Die Konzernverbundenheit und die einheitliche Leitung führen dazu, dass in den verschiedenen Arbeitsverträgen aufeinander Bezug genommen wird. So kann beispielsweise in den entsprechenden Verträgen geregelt werden, dass bei Auflösung eines Arbeitsvertrages alle anderen Arbeitsverträge mit weiteren Konzernunternehmen ebenfalls dahinfallen.<sup>228</sup> Die Verträge können aber auch weitgehend gemeinsam gewisse Inhalte regeln. Die Verbindung der Arbeitsverhältnisse ist den Arbeitsverträgen, gegebenenfalls durch Auslegung, zu entnehmen oder sie ergibt sich aus deren tatsächlicher Handhabung."

Sehr wohl kann man die i.c. zu diskutierende Vertragskonstellation dem Grundsatz nach so einordnen.

111. Heiz Roman, a.a.O, S. 56, unter dem Titel:

"Das so genannt „gespaltene Arbeitsverhältnis“"

"In der Schweiz wird vom gespaltenen Arbeitsverhältnis ausdrücklich beim Personalverleih gesprochen.<sup>236</sup> Dort werden wesentliche Weisungsbefugnisse vom Verleiher und rechtlichen Arbeitgeber an den Entleiher abgetreten. Durch diese Abtretung entsteht ein gespaltene Arbeitsverhältnis, dem Arbeitnehmer stehen zwei weisungsberechtigte Parteien gegenüber, wobei der Arbeitnehmer beim Personalverleih aber nur mit einer Partei in arbeitsvertraglicher Beziehung steht. Steht ein Arbeitnehmer zu mehreren Konzernunternehmen in arbeitsvertraglichen Beziehungen, liegt nicht eine Spaltung des Arbeitsverhältnisses vor, sondern es bestehen mehrere selbständige Arbeitsverhältnisse nebeneinander."

Sehr wohl kann man die i.c. zu diskutierende Vertragskonstellation dem Grundsatz nach so einordnen. Zu betonen ist insbesondere, dass Weisungsrechte nach schweizerischem Rechtsverständnis weitestgehend delegiert werden können. Das gilt auch dann, wenn wie vorliegend im Konzern, nicht von einem Personalverleih auszugehen ist.

112. Heiz Roman, a.a.O, S. 57, unter dem Titel:

"Allgemeines zum Personalverleih"

"Der Verleiher überlässt einen Arbeitnehmer einem Einsatzbetrieb und tritt diesem wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer ab.<sup>241</sup> Das Kriterium des Überlassens, welches das Verleihverhältnis kennzeichnet, setzt somit kumulativ voraus, dass ein Betrieb wesentliche Weisungsbefugnisse über seine eigenen Arbeitskräfte an einen anderen Betrieb abtritt sowie dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem die Weisungsbefugnisse abtretenden Betrieb bestehen bleibt, wobei der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung eben gerade nicht im Betrieb seines rechtlichen Arbeitgebers erbringt, sondern ausserhalb im Einsatzbetrieb."

Sehr wohl kann man die i.c. zu diskutierende Vertragskonstellation dem Grund-

sätze nach so einordnen. Zu betonen ist insbesondere, dass auch ein Arbeitsverhältnis zu einem Arbeitgeber bestehen kann, in dessen Betrieb der Arbeitnehmer gerade in keinster Weise arbeitet oder integriert ist (sic!). Das gilt auch dann, wenn wie vorliegend im Konzern, nicht von einem Personalverleih auszugehen ist.

113. "Um den Leiharbeitsvertrag von anderen Verträgen, die eine Arbeitsleistung beinhalten (wie beispielsweise ein Montagevertrag oder die Vermietung eines Gegenstandes mit Bedienungspersonal) abzugrenzen, ist vor allem auf das Merkmal der Abtretung von wesentlichen Weisungsbefugnissen gegenüber dem Arbeitnehmer abzustellen. Dazu gehören insbesondere Weisungskompetenzen hinsichtlich der Art der zu verrichtenden Arbeit, der Wahl der Hilfsmittel, die Kompetenz für den Erlass von Ziel- oder Fachanweisungen und Weisungen bezüglich des Verhaltens des Arbeitnehmers im Betrieb sowie hinsichtlich der Interessenwahrung und Geheimhaltung.<sup>244</sup> Der Einsatzbetrieb übernimmt durch die Leihe gegenüber dem verliehenen Arbeitnehmer Überwachungs- und Fürsorgepflichten, was zu der so genannten Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion führt.<sup>245</sup>"  
Sehr wohl kann man die i.c. zu diskutierende Vertragskonstellation dem Grundsatz nach so einordnen. Zu betonen ist insbesondere, dass der Einsatzbetrieb Überwachungs- und Fürsorgepflichten übernehmen kann. Das gilt auch dann, wenn wie vorliegend im Konzern, nicht von einem Personalverleih auszugehen ist.

114. Heiz Roman, a.a.O, S. 57, unter dem Titel:  
"Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland"  
"Bei der Entsendung über die Grenze kann es auch zum Vertragsbeitritt eines zweiten Arbeitnehmers kommen (Gemeinschaftsarbeitsverhältnis), häufiger jedoch zur Begründung eines zweiten Vertragsverhältnisses im Ausland im Sinne des versetzungsähnlichen Tatbestandes.<sup>733</sup> Dabei schliesst der Arbeitnehmer bei der Begründung eines zweiten Vertragsverhältnisses mit dem aufnehmenden Konzernunternehmen einen aktiven „Lokalarbeitsvertrag“ und belässt mit dem entsendenden Unternehmen einen passiven „Rumpfarbeitsvertrag“.<sup>734</sup> Im

Rumpfarbeitsvertrag werden vor allem Garantieübernahmen für Lohnansprüche oder Patronatserklärungen, Altersvorsorge, Reisekosten etc. geregelt. Der Arbeitnehmer bleibt so mit dem entsendenden Konzernunternehmen weiterhin verbunden, verankert sich aber auch lokal beim ausländischen Konzernunternehmen. Kollisionsrechtlich sind die beiden Verträge getrennt zu behandeln.<sup>735</sup>

115. Wie sich zeigt, sind der Varianten, Blickwinkel, Qualifikationen und Spielarten viele. Ein weiteres, ganzes Set von Varianten findet sich bei Hischer, a.a.O., S. 9 bis 32.
116. Hier geht es nicht darum, einen Vertrag zivilrechtlich und sozialversicherungsrechtlich prozessfest zu konzipieren. Es stellt sich vielmehr einzig die Frage, ob das Vertragswerk und die gelebte Wirklichkeit eine vertragliche Anbindung des Beschuldigten an die Bank Julius Bär & Co. AG bewirkten, die sich unter strafrechtlichen Gesichtspunkte unter Art. 47 BankG subsumieren lässt. Die Kriterien dazu wurden unter 2.6.1.7. herausgearbeitet und sind zweifelsfrei erfüllt.

#### 2.6.2.10. Die eigene Wahrnehmung des Beschuldigten und seiner Verteidigung

117. Ganz wesentlich und richtig fasst das angefochtene Urteil die Wahrnehmung des Beschuldigten wie folgt zusammen (Urteil, Ziffer 20.12.4.2., S. 151): "Sodann trifft zu, dass der Beschuldigte am 14. Dezember 2006 gegenüber der SVA Zürich die Meinung vertreten hatte, er habe im Jahr 2002 bis zum 1. September einen schweizerischen Arbeitsvertrag gehabt (SB150135 Urk. 235 S. 4 und Urk. 236/1). Hintergrund dieses Schreibens waren Uneinigkeiten zwischen dem Beschuldigten und der Bank Julius Bär & Co. AG darüber, ob für das Jahr 2002 AHV/IV/ALV-Beiträge zu leisten waren oder nicht. In diesem Zusammenhang steht auch das vom Beschuldigten im Rahmen der ergänzenden Untersuchung selber eingereichte Schreiben vom 18. Februar 2006 an Johannes de Gier, Julius Bär Holding AG, wo der Beschuldigte unter anderem klipp und klar festhält; „Ich hatte bis zum 30. August 2002 einen schweizerischen Arbeitsvertrag mit Bank Julius Bär & Co. AG, Zürich, und erst ab 1. September 2002 bekam ich einen lo-

kalen Arbeitsvertrag“ (SB110200 eUA Urk 1/11/3). Wie gesehen, hatte sich der Beschuldigte auch am 20. Mai 2002 gegenüber Georg Schmid dahingehend geäußert, als er damals noch „bei einer schweizerischen Firma“ angestellt gewesen sei (SB110200 ND 1 Urk. 2/4.3.19).“

Die zitierte Textstelle zeigt die wahre Meinung des Beschuldigten. Diese frühen Aussagen zur heute streitigen Frage haben Gewicht. Insbesondere kann der Beschuldigte unter dem Blickwinkel des Legalitätsprinzips nicht ausführen, nicht gewusst zu haben, unter einem schweizerischen Arbeitsvertrag zu stehen.

118. Die Vorinstanz kommt bezüglich des Beschuldigten zum Schluss: "Sodann ist darauf zu verweisen, dass der Beschuldigte selbst immer wieder nachdrücklich betonte, zur fraglichen Zeit in einem Arbeitsverhältnis mit der Bank Julius Bär & Co. AG gestanden zu haben." (Urteil, Ziffer 26.3.2.5., S. 196).
119. Anlässlich der polizeilichen Befragung vom 1. Februar 2006 antwortete der Beschuldigte auf die Frage: "Waren Sie aber trotz Ihrer div. Funktionen bei der Julius Bär Cayman, nicht auch dem Schweizer Bankgeheimnis unterstellt?" "Das kann ich nicht genau beurteilen. Bis 2001 hatte ich einen Schweizer Arbeitsvertrag mit der Bank Julius Bär in Zürich. Sicher das ganze Jahr 2002 galt mein neuer Cayman-Arbeitsvertrag mit der Julius Baer Bank & Trust Co. Ltd. (JBBT). Ich war somit caymanischer Mitarbeiter." (SB110200, ND 1, act. 2/6/7).
120. Anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 14. Februar 2008 antwortete der Beschuldigte auf die Frage: "Als Sie auf Cayman Island tätig waren, für welchen Arbeitgeber waren Sie tätig?" "Dies ist schwierig. Die Bank Julius Bär Zürich, mit faktisch zusätzlich lokalem Vertrag zu lokalen Bedingungen." (SB110200, HD 3/3).
121. In einem E-Mail ans Bundesamt für Gesundheit vom 11. Mai 2007 schrieb der Beschuldigte: "Auch hat die Bank Julius Baer & Co AG als Arbeitgeber abgelehnt, mir diese Kosten zu vergüten." Bereits am 4. Mai 2007 hatte er ans BAG geschrieben: "Tatsache ist, dass ich einen schweizerischen Arbeitsvertrag hatte, aber im Ausland arbeite. Die Zwischenfall geschah jedoch während der Ar-

beitszeit und war mit grosser Wahrscheinlichkeit auch durch den Stress verursacht. Ich habe fuer die schweiz Firma im Ausland, aber mit einem schweizerischen Arbeitsvertrag gearbeitet. (Orthographie wie im Original; SB110200, eUA Ordner 13, act. 6/8 (7334 f.)). Wie bereits erwähnt, kann der Beschuldigte unter dem Blickwinkel des Legalitätsprinzips nicht geltend machen, er habe nicht erkannt, unter einem Schweizer Arbeitsvertrag gearbeitet zu haben.

122. In einem E-Mail vom 31. Mai 2007 an den Friedensrichter von Zürich 1 schrieb der Beschuldigte: "Sehr geehrte Herren, ich habe für die Bank Julius Bär in Cayman unter einem schweiz. Arbeitsvertrag gearbeitet. .... Die Frage ist jedoch, kann mir eine schweizerischer Arbeitgeber wie die Julius Baer, Zürich verweigern, mit den Schaden nicht zu begleichen. ... " (Orthographie wie im Original; SB110200, eUA Ordner 13, act. 6/8 [7345]).
123. Mit Blick auf die Verteidigung hält die Vorinstanz fest: "Auch die Verteidigung sprach noch in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung ohne Einschränkungen ebenfalls immer wieder ausdrücklich von diesem "Arbeitsverhältnis" (SB 110200 Urk. 64 S. 8, 9, 13). Die damalige Hauptstossrichtung der Verteidigung war, dass sie hinsichtlich der vom Beschuldigten offenbarten Daten geltend machte, es habe sich ausschliesslich um solche der JBBT und nicht der Bank Julius Bär & Co. AG gehandelt; den Beweis des Gegenteils, dass es nämlich um Daten der Zürcher Gesellschaft gehe, seien die Bank Julius Bär & Co. AG bzw. die Staatsanwaltschaft schuldig geblieben (SB110200 Urk. 64 S. 10 und ff.). Diese Argumentationslinie verfolgte die Verteidigung auch in der ersten Berufungsverhandlung vom 17. November 2011. Hinsichtlich des "Expatriate Agreements" sprach die Verteidigerin noch immer mehrmals von "Arbeitsverhältnis" oder "Arbeitsvertrag" (SB110200 Urk. 145 S. 6, 7, 13). Sie berief sich gar ausdrücklich darauf und auf die Anwendbarkeit des schweizerischen Arbeitsrechts, um darzutun, dass der Lügendetektortest, welchem der Beschuldigte unterzogen werden sollte, verboten sei (SB110200 Prot. II S. 26)." (Urteil, Ziffer 26.3.2.5, S. 196).

124. Die Vorinstanz weiter: "Wie vorstehend gesehen, förderte dann die vertiefte Analyse der vom Beschuldigten offen gelegten Daten zutage, dass es sich dabei sehr wohl auch um solche der Bank Julius Bär & Co. AG gehandelt hat. Nach dem entsprechenden Abschlussbericht der Staatsanwaltschaft zu den ergänzenden Untersuchungshandlungen vom 27. November 2013 (SB150135 eUA Urk. 24/1) war aus Sicht der Verteidigung deshalb die Strategie anzupassen. In der als Nächstes anstehenden Hauptverhandlung im Verfahren SB150135 vom 10. Dezember 2014/12. Januar 2015 wurde deshalb - erstmals - die Frage thematisiert, ob der Beschuldigte in der fraglichen Zeit Angestellter einer Schweizer Bank gewesen sei. Die Verteidigung argumentierte hierzu allerdings reichlich unbeholfen dahingehend, als es sich beim "Expatriate Agreement" um einen Schein-Vertrag gehandelt habe, der nur "vordergründig" zwischen der Bank Julius Bär & Co. AG und dem Beschuldigten geschlossen worden sei, damit dieser in der schweizerischen AHV und Pensionskasse versichert bleiben könne. Es handle sich bei diesem Vertrag um eine Simulation im Sinne von Art. 18 OR, die "insbesondere mit Bezug auf Art. 47 BankG keine Rechtswirkung entfalten" könne (SB150135 Urk. 124 S. 14 und ff.). Die Vorinstanz verwarf diese Argumentation in ihrem Urteil vom 12. Januar 2015 und kam zum Schluss, es bleibe kein Raum für die Annahme des geltend gemachten Scheingeschäfts. Der Beschuldigte - so die Vorinstanz durchaus treffend - werde die angebliche Simulation wohl auch kaum gegenüber der AHV ins Feld führen (SB150135 Urk. 146 S. 45). Erst in der Berufungsverhandlung vom 23./24. Juni 2016 führte dann die Verteidigung - wie gesehen - im Sinne der von ihr eingeholten Stellungnahme von Prof. Geiser mit ausführlicher Begründung ins Feld, es könne der Beschuldigte ungeachtet des - gültig abgeschlossenen - "Expatriate Agreements" gleichwohl nicht als Angestellter einer Schweizer Bank im Sinne von Art. 47 BankG qualifiziert werden." (Urteil Vi, Ziffer 26.3.2.5, S. 197 f.).

#### 2.6.2.11. Steuerrekurskommission als kantonale Beschwerdeinstanz anderer Ansicht als Obergericht

125. "Die Steuerrekurskommissionen sind ein aus drei Rekurskommissionen zusammengesetztes, unabhängiges kantonales Gericht ("Die Rekurskommissionen sind in ihrer rechtsprechenden Tätigkeit unabhängig." § 116 Steuergesetz vom 8. Juni 1997 [StG]; vgl. Art. 104 Abs. 3 i.V.m. Art 140 Abs. 1 DBG, Müller, S. 64). In Streitigkeiten betreffend die direkte Bundessteuer sind sie kantonale Beschwerdeinstanz." (Entscheid der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich vom 28. September 2006, SB110200 ND 1 Urk. 2/12.16, S.8; entspricht SB110200 ND 1 Urk. 7/27).

BO: - Entscheid der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich, dat. 28.09.06, S. 8  
(SB110200 ND 1 Urk. 2/12.16; entspricht SB110200 ND 1 Urk. 7/27)

Beilage 11

126. Der Entscheid der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich vom 28. September 2006 war damals mit anderen Worten eine verfassungsrechtlich auf der Stufe des Obergerichts stehende, letztinstanzliche kantonale Beschwerdeinstanz, deren Entscheide ans Bundesgericht weitergezogen werden konnten.

127. Gegenstand der Streitigkeit war ein Amtshilfeverfahren zwischen der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, wo der heute vom Bundesgericht zu entscheidende Fall damals geführt wurde, und der ESTV, im Rahmen dessen sich die Bank Julius Bär & Co. AG gegen die Gewährung der Amtshilfe stemmte. Die Bank Julius Bär & Co. AG wehrte sich mit Erfolg, indem sie sich damit durchsetzte, dass der Beschuldigte als Angestellter einer Schweizer Bank dem Bankgeheimnis unterstehe. Zuzufolge der damit erstellten, deliktischen Herkunft der Daten wurde die Amtshilfe von der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl an die ESTV durch die Steuerrekurskommission untersagt.

128. Der Entscheid der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich vom 28. September 2006 ist 21 Seiten lang und befasste sich vertieft und mit einer guten Aktenlage mit der Frage, ob der Beschuldigte einen Schweizer Arbeitsvertrag hatte und ob er Art. 47 BankG unterstand, als er die im vorliegenden Prozess zur Anklage gebrachten Daten einer Schweizer Bank verriet.
129. Die Steuerrekurskommission II hatte mit anderen Worten die gleichen Fragen zu beantworten, wie die Vorinstanz im vorliegenden Prozess zu beantworten hatte. Und sie ist zu folgenden Schlüssen gelangt (SB110200 ND 1 Urk. 2/12.16, entspricht SB110200 ND 1 Urk. 7/27, S. 14 ff. und S. 19).
130. Entscheid S. 14 ff.:

"bb) Die Geheimhaltungspflicht, wie sie von Art. 47 BankG geschützt ist, erfasst alle in einer Bank oder für sie vertraglich tätigen Personen, namentlich alle Angestellten oder Beauftragten (Bodmer/Kleiner/Lutz, Art. 47 N 360). Als Bank im Sinn des Bankgesetzes gelten alle Betriebe, die das eigentliche Bankgeschäft, d.h. das Zinsdifferenzgeschäft, tätigen oder ihre Wirtschaftstätigkeit – ganz allgemein – hauptsächlich im Finanzbereich entfalten (Bodmer/Kleiner/Lutz, Art. 1 N 16 f.). Die Geheimhaltungspflicht gilt über das Ende der Vertragsbeziehungen zwischen Bank und Angestellten oder Beauftragten hinaus (Bodmer/Kleiner/Lutz, Art. 47 N 373). Örtlich bezweckt Art. 47 BankG den Schutz der nationalen und internationalen Kundschaft von Banken gemäss BankG (Art. 1 BankG; Bodmer/Kleiner/Lutz, Art. 47 N 373). Die Kundenbeziehungen von ausländischen Zweigniederlassungen von Schweizer Banken sind nicht Schutzobjekt von Art. 47 BankG (Bodmer/Kleiner/Lutz, Art. 47 N 366).

aaa) Rudolf Elmer war zunächst aufgrund eines Vertrages mit der Bär Holding AG (Julius Bär Holding AG, Zürich) vom 15. Februar 1994 als Chief Accountant nach Cayman Islands entsandt worden (R-act. 14, Beilagen; auch zum Folgenden). Seine Anstellung unterstand einerseits gewissen obligationenrechtlichen Bestimmungen, andererseits galten für ihn die bei der

Bank in Grand Cayman gültigen Anstellungsbedingungen, da er "unter lokalem Vertrag" angestellt war. Vom 1. September 1999 an war er als sog. Expatriate entsandter Angestellter der Bank Julius Bär & Co. AG, Zürich, einer Bank gemäss Bankengesetz. Auf sein "Expatriate Agreement" vom 1. September 1999 war ausdrücklich Schweizer Recht anwendbar. Dieser Vertrag wurde auf den 31. August 2002 einvernehmlich aufgehoben. Bis zur Auflösung seines Arbeitsverhältnisses per 10. März 2003 war er aufgrund eines Arbeitsvertrages mit der Julius Bär Bank & Trust Company Ltd., Grand Cayman, Cayman Islands, angestellt (sog. local contract). Aus gesundheitlichen Gründen kehrte Rudolf Elmer bereits Ende 2002 in die Schweiz zurück und hielt sich fortan hier auf. Die mutmasslich von Rudolf Elmer beschafften und im Strafverfahren sichergestellten Daten betreffen grossmehrheitlich den Zeitraum 1998 – 2002. Sie wurden gemäss polizeilichen Ermittlungen vorwiegend in der Zeit der Anstellung von Rudolf Elmer bei der Julius Bär Bank & Co. AG auf dessen Datenträger übertragen bzw. kopiert. Ihre Beschaffung fällt mithin grösstenteils in die Zeit seiner arbeitsvertraglichen Anstellung bei der Julius Bär Bank & Co. AG, Zürich. Sie unterliegen deshalb, was den personellen Geltungsbereich des Schweizer Bankgeheimnisses betrifft, ohne weiteres der Geheimhaltungspflicht gemäss Art. 47 BankG. Fragen könnte sich, wie es sich für ältere Daten verhält:

bbb) Die Julius Bär Holding AG, Zürich, bezweckt gemäss Handelsregistereintrag den Erwerb und die Verwaltung von dauernden Beteiligungen, insbesondere an der Bank Julius Bär & Co. AG sowie an anderen Banken und Finanzgesellschaften; sie kann Grundstücke erwerben, belasten und veräussern. Demgegenüber bezweckt die Julius Bär Bank & Co. AG, Zürich, vor allem das Betreiben einer Bank. Da für Rudolf Elmer vom 15. Februar 1994 bis 31. August 1999 der Arbeitsvertrag mit der Julius Bär Holding AG und nicht derjenige mit der Julius Bär Bank & Co. AG, d.h. einer Bank im Sinn des Bankgesetzes, anwendbar war, wäre es denkbar, dass er für gewisse, nunmehr polizeilich sichergestellte Daten nicht aufgrund des

Schweizer Bankengesetzes geheimhaltungspflichtig gewesen wäre. Da aber alle streitbetroffenen Daten und Informationen, die vor dem 1. September 1999 zum Datenstamm der Beschwerdeführerin gehörten, auch danach als Bankdaten und Bankkundeninformationen vorhanden waren, fallen sie integral unter die vertragliche Geheimhaltungspflicht.

ccc) Es ist unbestritten und allgemeinnotorisch, dass Offshore-Gesellschaften, wie die Julius Bär Bank & Trust Company Ltd., Grand Cayman, Cayman Islands, in der Regel keine Inlandgeschäfte tätigen. Entsprechend geht für die Geschäftstätigkeit der Julius Bär Bank & Trust Company Ltd., Grand Cayman, Cayman Islands, aus den Polizeiakten Folgendes hervor: Die 100%ige Tochtergesellschaft der Julius Bär Holding AG finanziert sich aus der Schweiz mittels Call-/ Festgelder der Kunden (in der Schweiz). Diese Gelder werden in das kundeneigene Wertschriftenportfolio investiert, welches aus der Schweiz durch einen Bank-Entscheidungsträger in Zürich (Asset- & Liability-Manager) aktiv verwaltet wird. Die Anlage-, Kauf- oder Verkaufentscheide werden in der Schweiz, in der Regel in Zürich, gefasst, die Finanzierung von Wertschriftenkäufen erfolgt aus der Schweiz (durch Zuweisung von Kunden-Call-Geldern oder Festgeldern), das Risikomanagement wird in der Schweiz ausgeübt. Die Kundenbeziehung besteht allein zwischen dem Bankkunden und seinem Manager in der Schweiz, konkret bei der Julius Bär Bank & Co. AG. Die Bankkundendaten, welche der Redaktion des CASH und der ESTV zugespielt wurden, sind deshalb Bestandteil des Datenbestands, welcher aufgrund der Kundenbeziehung zwischen dem nationalen oder internationalen Bankkunden der Julius Bär Bank & Co. AG in der Schweiz aufgebaut und in der Folge für die Geschäftstätigkeit der Julius Bär Bank & Trust Company Ltd., Grand Cayman, Cayman Islands, verwendet wurde.

Obschon die der Zeitschrift CASH und der ESTV vom Ausland aus zugestellten Denunziationen und Datenträger mit Bankkundendaten mit grösster Wahrscheinlichkeit auf Cayman Islands auf die bei Rudolf Elmer sicherge-

stellten Datenträger übertragen worden waren, geht es somit um die nationale und internationale Kundschaft der Julius Bär Bank & Co. AG, d.h. einer dem Bankgesetz unterworfenen Schweizer Bank. Damit steht die grundsätzliche Beachtlichkeit des Bankgeheimnisschutzes aufgrund dessen territorialer Geltung für den hiesigen Steuerrichter fest. Hingegen ist die Frage der Strafbarkeit von Rudolf Elmer, sollte seine Täterschaft rechtsgenügend erstellt werden können, nach Art. 6 und Art. 7 StGB durch den Strafrichter zu beurteilen und kann hier offen bleiben."

131. Entscheid S. 19:

"bb) Wenn auch die strafprozessualen Massnahmen gegen Rudolf Elmer angesichts der Verdächtigungen wegen der erwähnten Verbrechen und Vergehen durchaus rechtmässig zur Sicherstellung der inkriminierten Bankkundendaten geführt haben, sind die Daten von Rudolf Elmer als ehemaligem Bankangestellten selber in treuwidriger, kundengeheimnis- und vertragsverletzender Weise beschafft bzw. veruntreut und zweckentfremdet zur Denunziation verwendet worden. Die Bankkundendaten können deshalb nicht als im Sinn der Rechtsprechung "rechtmässig" in den Besitz der Strafverfolgungsbehörde gelangte Informationen betrachtet werden, ansonsten das Bankkundengeheimnis bei untreuem und geheimnissachtendem Verhalten von Bankangestellten ohne weiteres ausgehebelt und der damit beabsichtigte Persönlichkeitsschutz illusorisch würde."

132. Nach dem Gesagten ist klar, dass sich die Steuerrekurskommission vertieft mit den sich hier stellenden Fragen befasst hat und zum Schluss gekommen ist, dass (a) das Expatriate Agreement ein Schweizer Arbeitsvertrag ist und (b) die verratenen Daten unter Art. 47 BankG fallen.

133. Dass die Vorinstanz den Entscheid der Steuerrekurskommission II in seinem Urteil nicht mit einem einzigen Wort erwähnt, mithin ein anderes, stufengleiches Gericht des Kantons, das sich zur gleichen Frage geäussert hat, schlechterdings

nicht beachtet hat, derweilen es vergleichsweise minderwertigen Quellen höchste Relevanz einräumte, ist noch zu besprechen (vgl. unten Rz 170).

#### 2.6.2.12. Argumentation des Bezirksgerichts im Urteil vom 12. Januar 2015

134. Das Kollegialgericht kam unter anderem zu folgenden Schlüssen (SB110200 Urk. 146, S. 43):

"4.3.3. Neu und erstmals liess der Beschuldigte im Plädoyer seiner Verteidigung vortragen, der Arbeitsvertrag vom 1. September 1999 bis 31. August 2002 mit der Bank Julius Bär sei ein Scheinarbeitsvertrag bzw. es liege eine Simulation im Sinne von Art. 18 OR vor (HD 124 S. 13 ff.). Mit diesem Vorbringen kann der Beschuldigte allerdings nichts zu seinen Gunsten herleiten, und zwar aus folgenden Gründen:

a) Zum einen setzt sich der Beschuldigte damit in einen diametralen Widerspruch zu seinen eigenen, früher im Verfahren gemachten Aussagen (vgl. vorne S. 42), was per se gegen die Glaubhaftigkeit des neuen Standpunkts spricht.

b) Zum anderen ist die Behauptung rechtlich schlicht und ergreifend unhaltbar. Richtig ist einzig, dass der Beschuldigte für den Zeitraum vom 1. September 1999 bis 31. August 2002 nicht nur das schweizerischem Recht unterstehende "Expatriate Agreement" mit der Bank Julius Bär abgeschlossen hatte (KA Ordner 2 act. 20031), sondern auch eine Vereinbarung mit Julius Baer Bank and Trust Company Ltd. ("Assignment as Chief Operating Officer"; vgl. KA Ordner 2 act. 20033 ff.). Diese Parallelität von Entsendegrundvertrag mit dem inländischen Arbeitgeber und gleichzeitigem Arbeitsvertrag nach lokalem ausländischen Recht ist aber nicht etwa Ausdruck einer Simulation, sondern entspricht gängiger Praxis bei internationalen Arbeitsverhältnissen, insbesondere bei Einsätzen für eine Konzerngesellschaft im Ausland (vgl. dazu ausführlich Hischier, Internationaler Mitarbeiterereinsatz, Zürich/St. Gallen 2008). Daran ändert der von der Verteidigung

erwähnte Passus im "Expatriate Agreement", wonach der Beschuldigte zur Julius Baer Bank and Trust Company Ltd. transferiert werde, obwohl er schon seit Jahren für diese Gesellschaft tätig war (HD 124 S. 14), nicht das Geringste."

"4.4. Weitere Erwägungen dazu erübrigen sich. Wesentlich ist einzig die besagte Anstellung bei einer Schweizer Bank und die darauf gründende Pflicht des Beschuldigten, die Geheimnisse zu wahren, die ihm als Bankangestellter anvertraut worden sind oder die er in dieser Eigenschaft wahrgenommen hat, und zwar auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Art. 47 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Ziff. 3 aBankG; zum Grund für die Anwendung der altrechtlichen Bestimmung vgl. hinten S. 96 ff.). Dass der Beschuldigte parallel dazu auch noch einen lokalen Arbeitsvertrag nach ausländischem Recht hatte und für eine ausländische Konzerngesellschaft tätig war, ändert daran nicht das Geringste. Der Beschuldigte war nicht nur Angestellter der Julius Baer Bank and Trust Company Ltd., sondern gleichzeitig auch Angestellter der Bank Julius Bär."

"4.5. Langer Rede kurzer Sinn: Der Beschuldigte war vom 1. September 1999 bis 31. August 2002 Angestellter der Bank Julius Bär und als solcher verpflichtet, das Bankkundengeheimnis gemäss Schweizer Recht zu wahren, und zwar auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Dass er daneben noch einen Arbeitsvertrag nach ausländischem Recht hatte und auch im Ausland für eine Konzerngesellschaft tätig war, ändert an dieser Verpflichtung nichts."

### 2.6.3. Fazit – Verletzung von Bundesrecht

135. Soweit die Vorinstanz zum Schluss gelangt, das Vertragsverhältnis zwischen der Bank Julius Bär & Co. AG und dem Beschuldigten vom 16. November 1999 (SB150135, KA Ordner 2, act. 20031 f.) sei kein Arbeitsvertrag nach Art. 47 BankG, verletzt sie Bundesrecht.

2.7. Verletzung von Bundesrecht: Verletzung von Art. 22 Abs. 1 StGB (Versuch der Bankkundengeheimnisverletzung)

136. Die Vorinstanz kommt unter Ziffer 20.3.3 (Urteil Vi, S. 137 bis S. 138) zum Ergebnis, dass der Beschuldigte mit seinem Brief an Peer Steinbrück anfangs April 2009 die Schwelle zum Versuch noch nicht überschritten habe. Es könne keine Rede davon sein, dass der Beschuldigte bereits den letzten Schritt auf dem Weg zur Tatbestandsverwirklichung vollzogen hätte, von dem es in der Regel – vorbehaltlich äusserer Umstände – kein Zurück mehr gebe. Aus den nachfolgend im Einzelnen darzulegenden Gründen begeht die Vorinstanz damit eine Bundesrechtsverletzung.
137. Die Vorinstanz hat in ihrem Urteil die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Versuchs nach Art. 22 Abs. 1 StGB zutreffend und unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dargestellt (Urteil Vi, Ziffer 20.3.2.). Danach macht sich ein Täter des Versuchs strafbar, wenn er eine strafbare Tätigkeit nicht zu Ende führt, nachdem er bereits mit deren Ausführung begonnen hat. Zur "Ausführung" der Tat ist jede Tätigkeit zu zählen, die nach dem Plan, den sich der Täter gemacht hat, auf dem Weg zur Tatbestandsverwirklichung den letzten entscheidenden Schritt darstellt, von dem es in der Regel kein Zurück mehr gibt, wenn nicht äussere Umstände die Weiterverfolgung der Absicht erschweren oder verunmöglichen (BGE 131 IV 100, E. 7.2.1; 114 IV 112, E. 2c/bb). Diese bundesgerichtliche Formel bringt zum Ausdruck, dass sich die Überschreitung der Schwelle zum Versuch nur über eine Kombination objektiver und subjektiver Gesichtspunkte bestimmen lässt (BGE 131 IV 100, E. 7.2.1; vgl. auch Niggli/ Maeder in: Niggli/ Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I (Art. 1-110 StGB), 3. Auflage, Basel 2013, Art. 22 N 7 mit Hinweisen auf die h.L.). „Die Einbeziehung der Vorstellung des Täters von der Tat ist daher für die Bestimmung des Versuchs genauso unabdingbar wie die Berücksichtigung objektiver Kriterien für die Entscheidung der Frage, mit welcher Tätigkeit der Täter nach seinem Tat-



plan bereits zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt.“ (BGer 6S.262/2004, E. 2.2 m.H.)

138. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist im vorliegenden Fall das subjektive Element bei der Bestimmung des Beginns des unvollendeten Versuchs stärker zu berücksichtigen, d.h. der Plan, den sich der Beschuldigte im Hinblick auf die Ausübung seiner Tat gemacht hat.
139. In sachverhaltlicher Hinsicht steht fest, dass der Beschuldigte dem damaligen deutschen Finanzminister Peer Steinbrück einen Brief gesandt hat, womit er sich als Aktivist gegen den Missbrauch von Steueroasen ausgab, auf WikiLeaks-Veröffentlichungen hinwies, wobei die Beweise in elektronischer Form vorlägen, und um dringende Hilfe für sich, seine deutsche Frau und sein Kind bat. Der Beschuldigte wollte sich dem deutschen Finanzminister als Offshore-Experten präsentieren und diesem seine Kooperation anbieten sowie die Lieferung von Bankdaten in Aussicht stellen. Ziel dieses Schreibens war gemäss Aussagen des Beschuldigten „Schutz der Familie, mögliche Wohnsitznahme in Deutschland und sicher auch das Aufklärende im Sinne meiner Initiative“ (vgl. Urteil Vi, S. 116). Es ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte seine Kooperation bzw. die Lieferung von Bankdaten als Gegenleistung für den bezweckten Schutz seiner Familie anbot. Die Verwirklichung des Tatplanes, d.h. insbesondere die Lieferung der angebotenen Bankdaten, hing demnach nur noch von einer positiven Rückmeldung des deutschen Finanzministers bzw. von seinem Interesse an den angebotenen Daten und dessen Zusage von Schutz für die Familie des Beschuldigten ab.
140. In subjektiver Hinsicht fällt schwer ins Gewicht, dass der Beschuldigte zum Zeitpunkt des Versuchs seine Datensätze bereits an Cash und zwei Steuerämter versandt hatte. Auch eine ganze Serie von Offenlegungen über WikiLeaks hatte bereits stattgefunden. Ganz offensichtlich hat es ihn keinerlei innere Überwindung gekostet, seine Datensätze ohne Gegenleistung geradezu zu verschleudern. Im vorliegend zu beurteilenden Fall wähnte sich der Beschuldigte in einer

gewissen Not, er wollte Schutz, Arbeit und Anerkennung, hätte also für den Verrat eine aus seiner damaligen Sicht dringend benötigte Gegenleistung erhalten. Wenn der Beschuldigte aber vorgängig schon ohne jede Gegenleistung zum grossflächigen Verrat schritt, dann kann nicht zweifelhaft sein, dass er in der angeklagten Fallkonstellation mit dringend benötigter Gegenleistung (Anerkennung, Schutz und Arbeit) schon vor dem Versand des Briefes längst alle inneren, ohnehin schon tief liegenden Barrieren überschritten hatte. Ohne Zweifel hatte er sich, bevor er den Brief der Post übergab, fest entschlossen, die Bankdaten bei positiver Rückmeldung zu liefern.

141. Indem der Beschuldigte einen entsprechenden Brief an Peer Steinbrück sandte, in welchem er diesem die Lieferung von Bankdaten in Aussicht stellte, hat er nach Ansicht der Beschwerdeführerin die Schwelle zum Versuch überschritten und entsprechend seinem Tatplan bereits zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar angesetzt. Hätte der Beschuldigte mit seinem Schreiben dem deutschen Finanzminister bereits entscheidende Mengen an Bankdaten der Julius Bär & Co. AG mitgesandt, hätte er kein wesentliches Verhandlungspfand mehr in der Hand gehabt, um sein verfolgtes Ziel, nämlich den Schutz seiner Familie, zu erreichen. Das Angebot von Bankdaten stellte im Hinblick auf die Verwirklichung des Tatbestands und die Erreichung seines Ziels einen entscheidenden und notwendigen Schritt dar. Der Versand des Briefes dokumentiert einen Punkt, an dem es längst kein Zurück mehr gab. Dabei war der Beschuldigte entschieden und Willens weiterzuhandeln. Für ihn gab es kein Zurück mehr (vgl. BGE 115 IV 270, E. 2c). Die Tat wurde einzig deshalb nicht vollendet, weil das Akzept von Peer Steinbrück ausblieb.
142. In objektiver Hinsicht ist zu ergänzen, dass durch den Umstand, dass der Beschuldigte dem deutschen Finanzminister zusammen mit seinem Schreiben eine CD hat zukommen lassen mit Beweisen im Hinblick auf die in seinem Brief beschriebenen Missstände, der zwingende Eindruck entsteht, dass der Beschuldigte zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar angesetzt hat.

143. Entsprechend liegt nach Ansicht der Beschwerdeführerin ein unvollendeter Versuch nach Art. 22 Abs. 1 StGB vor, indem der Beschuldigte seinen Vorsatz zur vollumfänglichen objektiven Tatbestandserfüllung manifestiert und bereits unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt hat durch den Versand des in Frage stehenden Briefs an Peer Steinbrück. Damit hat er seinen Tatentschluss auch in objektiver Hinsicht manifestiert, sodass die Schwelle zwischen Strafflosigkeit und strafbarem Versuch bereits überschritten war. Es handelte sich insbesondere nicht nur um gedankliche Spielereien oder Tagebucheinträge. Vielmehr begann der Beschuldigte mit seinem Schreiben und dem Angebot seinen Tatplan bereits umzumünzen (vgl. Trechsel, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 5., neu bearbeitete Auflage, Zürich 1998, S. 173; Trechsel/ Geth in: Trechsel/ Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich/ St. Gallen 2013, Art. 22 N 2).
- 2.8. Verletzung von Bundesrecht: Verletzung von Art. 162 StGB mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. August 2016 (Art. 95 BGG)
144. Die Vorinstanz hat die Erfüllung von Art. 162 Abs. 1 StGB negiert. Bezüglich Prozessvoraussetzungen und in sachverhaltlicher Hinsicht wurde zunächst festgehalten, dass lediglich in einem Fall – Zustellung einer CD an die Zeitschrift „Cash“ – das Vorliegen eines rechtsgültigen Strafantrags durch die Geschädigte Bank Julius Bär & Co. AG bejaht werden könne (Urteil Vi, S. 162). Dem kann beigespflichtet werden. Ebenso hat die Vorinstanz zutreffend dargelegt, weswegen es der Beschuldigte war, der für die Zustellung der CD an „Cash“, enthaltend Informationen, welche als Geheimnisse der Strafantragsstellerin zu qualifizieren sind, verantwortlich war (Urteil Vi, S. 70-75). Ebenso dargelegt wurde, in welchen Fällen der Beschuldigte mit der Zustellung der CD an „Cash“ Bankkundeninformationen und somit, nach Meinung der Beschwerdeführerin, einhergehend Geschäftsgeheimnisse offenbart habe (Urteil Vi, S. 79-95). Die Vorinstanz stellte somit in sachverhaltlicher Hinsicht eindeutig fest, dass der Beschuldigte mehr-

fach Kundenbeziehungen der Bank Julius Bär & Co. AG verraten, und dass es sich dabei um Geschäftsgeheimnisse gehandelt habe (Urteil Vi, S. 95 und S. 162).

145. Hingegen negierte die Vorinstanz das Bestehen einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht des Beschuldigten, die Geheimnisse der Bank Julius Bär & Co. AG wahren zu müssen (Urteil Vi, S. 162). Einerseits wurde unter Hinweis auf die Ausführungen zu Art. 47 BankG ein Arbeitsverhältnis verneint, zudem lasse sich dem „Expatriate Agreement“ keine Geheimhaltungs- oder Schweigeverpflichtung entnehmen, auch liege keine Eingliederung vor (Urteil Vi, S. 163). Ebenso wird die Anwendbarkeit verneint, da Art. 47 BankG als *lex specialis* vorgehe, wobei sich das Bundesgericht – soweit ersichtlich – noch nicht mit der Frage, ob zwischen Art. 47 BankG und Art. 162 StGB Idealkonkurrenz möglich sei, befasst habe.
146. All diese Annahmen der Vorinstanz werden von der Beschwerdeführerin als rechtsverletzend betrachtet. Das Gericht nimmt nach Meinung der Beschwerdeführerin eine falsche, unzutreffende Subsumption vor. Schon die Betrachtung des Gesetzestextes von Art. 162 StGB

„Wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis, das er infolge einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht bewahren sollte, verrät...“

zeigt auf, dass dort bei der vertraglichen Pflicht gerade nicht die Rede von einem Arbeitsvertrag ist, sondern der Begriff der "vertraglichen Pflicht" extensiv auszulegen ist. Nichts anderes lässt sich Trechsel/Jean-Richard StGB PK Art. 162 N 7 entnehmen. Die Geheimhaltungspflicht beschränkt sich eben gerade nicht auf Arbeitsverträge wie sie in Art. 321a Abs. 4 OR festgelegt sind. Mit Niggli/Hagenstein (BSK StGB-Niggli/Hagenstein, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 162 N 22) verhält es sich vielmehr so, dass eine vertragliche Geheimhaltungspflicht auch im Rahmen von Aufträgen oder anderen Vertragsverhältnissen entstehen kann. Somit auch in auftragsähnlichen Vertragsverhältnissen. Die Auslegung des Vertragswerks streng nach Regeln des OR verbietet sich hier. Vielmehr ist hier auch

die subjektive Komponente (Ausbildung, Bewusstsein des Beschuldigten) noch stärker zu gewichten. Ohnehin ist auch hier, ähnlich Art. 47 BankG, von einem Begriff sui generis auszugehen. Das Bundesgericht hat denn auch gar Verschwiegenheitspflichten ohne ausdrückliche Vereinbarung, welche auf dem Weg der Vertragsauslegung ermittelt wurden, zugelassen (BGE 80 IV 22, 30 E.2b). Die Verpflichtung zur Geheimhaltung ergibt sich selbstredend schon aus dem Umstand, dass ein Vertragsverhältnis bestand und der Beschuldigte Lohn/Entgelt erhielt. Schon alleine aus diesem Umstand ist jemandem mit langjähriger Erfahrung im Bankensektor völlig klar, dass Bankkundengeheimnisse – und das sind auch immer Geschäftsgeheimnisse der Bank – zu wahren sind, zumal beim Tatbestand von Art. 162 StGB ohne Relevanz ist, wie der Verpflichtete in Kenntnis der geheim zu haltenden Informationen kommt (BSK StGB Amstutz/Reinert, Art. 162 N 20). Derweil das Bankkundengeheimnis in erster Linie die Bankkunden schützt, schützt das Geschäftsgeheimnis in erster Linie die Bank.

147. Der Beschuldigte schloss, wie dargelegt, am 16. November 1999 ein Expatriate Agreement mit der Bank Julius Bär & Co. AG. Entgegen der Annahme der Vorinstanz handelt es sich dabei um den umhüllenden Mantelvertrag, der Kernvertrag ist im Assignment zu sehen. An dieser Stelle kann ohne Weiteres auf die vorstehenden, ausführlichen Erwägungen zu Art. 47 BankG und die Qualifikation als Arbeitsverhältnis unter Ziff. 2.6. verwiesen werden.
148. Der Beschuldigte war überdies langjährig im Bankensektor tätig, nicht zuletzt für die Bank Julius Bär. Aufgrund seiner Ausbildung war ihm jederzeit bewusst, dass Bankkundengeheimnisse Geschäftsgeheimnisse darstellen, und dass diese zu wahren sind, umso mehr, wenn er von der Bank in die JBBT entsandt wird und dort als Vertrauensmann für die Bank handelt. Die in Cayman wahrgenommenen Kundenbeziehungen der Bank sind zweifellos als Geschäftsgeheimnisse zu taxieren, und die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass der Beschuldigte schon aufgrund seiner Treuepflicht der Bank gegenüber, bei welcher er nachgerade angestellt war und bei welcher die relevanten Kundenbeziehungen geführt wurden, verpflichtet war, jeglichen Verrat von Informationen an Dritte,

wie die Zeitschrift «Cash», sei es, dass es Bankkundendaten selbst waren, sei es dass es die Existenz von Beziehungen zwischen Kunden und der Bank selbst betraf, zu unterlassen (vgl. auch die Ausführungen in 2.6.2.8.). Entgegen der Annahmen der Vorinstanz lässt sich die Treuepflicht des Beschuldigten der Bank gegenüber aus den gesamten Akten/Vertragswerken ohne Weiteres ableiten. Dies ist in jedem Fall genügend.

149. Darüber hinaus vertritt die Beschwerdeführerin den Standpunkt, dass der Beschuldigte bei der Bank Julius Bär & Co. AG angestellt war, mithin ein Arbeitsverhältnis vorgelegen hat, mit welchem der Beschuldigte ohne Weiteres verpflichtet war, die Geschäftsgeheimnisse seiner Arbeitgeberin zu wahren. Somit war der Beschuldigte auch unter diesem Aspekt verpflichtet, die Geheimnisse der geschädigten Bank Julius Bär & Co. AG zu wahren. Und zudem muss sich die Geheimhaltungspflicht eben gerade nicht explizit aus dem Vertrag ergeben. Es genügt, wenn dem Beschuldigten der Geheimnischarakter bewusst ist, und er nur aufgrund seiner Stellung in die Geheimnisse eingeweiht wird sowie weitere vertragliche Bestimmungen hinzukommen (BSK StGB-Niggli/Hagenstein, a.a.O., Art. 162 N 23; vgl. auch 2.6.1.6.).
150. Bei dieser Konstellation ist die Beschwerdeführerin der Auffassung, dass der Beschuldigte durch seinen Geheimnisverrat – Zusendung CD mit relevanten, dem Geschäftsgeheimnis unterliegenden Informationen der geschädigten Bank Julius Bär & Co. AG an «Cash» – den Tatbestand von Art. 162 StGB erfüllt hat, entsprechend die Vorinstanz das Recht unrichtig angewandt habe.
151. Da bis dato kein Entscheid über die Konkurrenz von Art. 162 StGB und Art. 47 BankG existiert, handelt es sich auch diesbezüglich um eine bedeutende Rechtsfrage.
152. Soweit die Vorinstanz zum Schluss gelangt, aus dem Vertragsverhältnis zwischen der Bank Julius Bär & Co. AG und dem Beschuldigten lasse sich keine vertragliche Verpflichtung im Sinne von Art. 162 StGB herleiten, verletzt sie nach Auffassung der Beschwerdeführerin Bundesrecht.

- 2.9. Willkürliche Beweiswürdigung: Verletzung von Art. 47 BankG mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. August 2016 (Art. 97 BGG)
- 2.9.1. Verneinung eines Verbunds zweier ineinandergreifender Verträge
153. Es ist aktenwidrig und offensichtlich unrichtig, wenn das Obergericht Folgendes feststellt:
154. (1.) Das Expatriate Agreement enthalte vorab sozialversicherungsrechtliche Absprachen und nehme dabei auf ein nicht einmal genanntes Bruttoeinkommen Bezug (Urteil 20.12.1., S. 149). Das Bruttoeinkommen war im Assignment as Chief Operation Officer expressis verbis genannt (US \$ 145'000.00). Weil die Vorinstanz den Verbund der Verträge entgegen der augenscheinlichen Logik des Vertragswerks nicht gelten lassen will, fehlt es ihm am – durchaus glasklar – vereinbarten Bruttoeinkommen.
155. (2.) Entgegen der Staatsanwaltschaft sei es nicht so, dass man "das Eine ohne das Andere nicht verstehen" könne. Das Assignment sei ein durchaus selbständig lebensfähiger Arbeitsvertrag, in welchem alle wesentlichen Punkte geregelt seien. Demgegenüber sei das "Expatriate Agreement" offenkundig vollständig vom Assignment abhängig und könne selbständig keinerlei Wirkung entfalten (Urteil Vi, Ziffer 20.12.4.6., S. 154 unten). Nach Ansicht der Beschwerdeführerin stellt diese Sichtweise das ganze Vertragswerk in willkürlicher Würdigung der Beweise auf den Kopf, und zwar zivil- wie strafrechtlich:
- (2.1.) Es war die Bank Julius Bär & Co. AG, die den Beschuldigten weiterhin zur Julius Baer Bank and Trust entsandte. Das steht expressis verbis im Expatriate Agreement ("... BJB-ZRH transfers the Expatriate to Julius Baer Bank and Trust Company Ltd. (JBBT-GCM), in order to take the function as Chief Operating Officer...).
- (2.2.) Im Assignment as Chief Operating Officer steht expressis verbis, dass dieses dem Expatriate Agreement subordiniert ist: "Your contractual relationship with JBBT-GCM during this time is according to the Expatriate Agreement between

you an BJB-ZRH."

(2.3.) Nach Ansicht des Beschuldigten selber wollte die Familie Bär einen "Undercover Agenten" in den Cayman Islands, der "das Fähnlein der Zentrale von Zürich hissen", und der "Geschäftsführung auf die Finger schauen" sollte, "vor allen Dingen «Schweizer Qualitätsarbeit» leisten musste er, einer "der bereits das "bärspezifische" "Brainwashing" hinter sich hatte, der "die Organisation durchzuschütteln" hatte (vgl. dazu oben 2.6.2.4.). Es entsprach also der Wahrnehmung der Parteien, dass hier ein Statthalter Zürichs in die Karibik entsandt wurde, und zwar aus der ausdrücklichen, im Expatriate Agreement verbalisierten Optik der Bank Julius Bär & Co. AG einerseits und dem Empfinden des Beschuldigten selber andererseits. Hierüber besteht – wenn denn schon zivilrechtlich argumentiert wird – ein unumstösslicher "tatsächlicher Konsens" (statt vieler: Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich 2014, N 245 ff.).

Zwanglos kann aus der archetypisch und patronal auf die Familie Bär ausgerichteten Architektur des Konzerns, in dem z.B. Rudolf E. Bär, an den der Beschuldigte nach eigenen Angaben (vgl. oben 2.6.2.5.) direkt rapportierte, im anklagerelevanten Zeitraum (a) VRP der Bank Julius Bär & Co. AG, (b) Delegierter des Verwaltungsrates der Julius Bär Holding AG und (c) auch gleich noch bis am 1. Juli 1999 VRP der Julius Baer Bank and Trust Company Ltd. war, dies alles in zeitgleicher Personalunion, geschlossen werden, dass die Wahrnehmung des Beschuldigten trefflicher nicht sein könnte. Die Bank Julius Bär & Co. AG sass wie die Spinne im Netz, der Konzern, deren Zentrum die Bank Julius Bär & Co. AG war, wurde aus Zürich heraus gesteuert und der Beschuldigte war operativer Statthalter in Grand Cayman – von der Bank Julius Bär & Co. AG – für die Bank Julius Bär & Co. AG.

(2.4.) Die gewählte Vertragsarchitektur war demnach von beiden Seiten so gewollt. Das heisst, dass kollisionsrechtlich Zürcher Zuständigkeit und materielles Schweizer Recht gewählt wurde. Dabei ist das Expatriate Agreement der Schweizer Mantel, der Schweizer Mantelvertrag, Rahmenvertrag oder Entsendevertrag im weiteren Sinne, dem ein abhängiger lokaler Arbeitsvertrag nach dem Recht der Cayman Islands innewohnte.

(2.5.) Niemals hätte der Beschuldigte, der beide Verträge zusammen ausgehandelt und am gleichen Tag (16. November 1999) unterschrieben hatte, nur das Assignment as Chief Operation Officer unterzeichnet. Dieses wäre aus Sicht des Beschuldigten völlig unzulänglich gewesen, es hätte seine damalige Stellung, Aufgabe, Entsendung, Repatriierung und Entlohnung völlig unzureichend abgebildet und abgegolten. Der Beschuldigte, dessen Tochter soeben zur Welt gekommen war, wollte das harte Versprechen "On conclusion of the Expatriates's assignment with JBBT-GCM, BJB-ZRH will do its utmost to offer him a position commensurate with his capabilities and status.". Und der Beschuldigte wollte die ca. CHF 33'000.00, die vornehmlich in seine helvetische Verankerung in den Sozialwerken investiert wurden. Es entbehrt jeglicher Grundlage, hier einen "normativen Konsens", d.h. einen Konsens nach Vertrauensprinzip, wonach der Beschuldigte auch nur einen der Verträge unterzeichnet hätte, nämlich jenen in den Cayman Islands, herbeizureden, wie dies von der Vi praktiziert wird (vgl. zum normativen Konsens: Huguenin, a.a.O., N 249 ff.). Wie gesagt, der Beschuldigte hätte das Assignment as Chief Operating Officer für sich alleine niemals unterzeichnet, einen solchen normativen Konsens anzunehmen ist völlig verfehlt. Die beiden Verträge waren für beide Vertragsparteien je Voraussetzung des einen für den anderen.

156. (3) Die Vorinstanz hingegen sieht im Schweizer Arbeitsvertrag einen unselbständigen Appendix des Assignments as Chief Operating Officer und zieht als Begründung heran, dass die Leistungen aus dem Expatriate Agreement abhängig gewesen seien von den Lohnzahlungen unter dem Assignment as Chief Operating Officer und auch die Dauer von Letzterem abhängig gemacht wurde. Was die Dauer betrifft, so sind die beiden Verträge, jeder für sich aus wichtigem Grund kündbar und sie müssen, weil sie eng verzahnt sind, miteinander entstehen und miteinander enden. Das Argument spricht also keineswegs für die Annahme der Vorinstanz. Und was die Leistungen aus dem Schweizer Arbeitsvertrag anbetrifft, so waren diese nicht definiert durch den Lohn des lokalen Vertrags, sondern durch den Lohn, der bei Unterzeichnung beider verzahnter Verträge

vereinbart wurde, nämlich US \$ 145'000. Auch dieses Argument der Vorinstanz geht ins Leere.

157. (4) Als der Beschuldige Jahre später den lokalen Arbeitsvertrag mit Geltung ab dem 1. September 2002 aushandelte, kamen genau diese zahllosen Aspekte wieder als hart umkämpfte Verhandlungspositionen auf die Verhandlungsagenda (SB 150135, KA Ordner 2, act. 20069 f.). Die Einigung auf einen lokalen Vertrag erfolgte erst nach deren Bereinigung.

BO: - Agenda Besprechung Montag, 05.08.99  
(SB 150135, KA Ordner 2, act. 20069 f.)

Beilage 12

#### 2.9.2. Verneinung der Vereinbarung von Lohn

158. Es ist aktenwidrig und offensichtlich unrichtig, wenn die Vorinstanz Folgendes feststellt:

Dem Expatriate Agreement fehle jegliche Verabredung über Lohn (Urteil 20.12.1., S. 149). Das Gegenteil ist der Fall (vgl. oben 2.6.2.7.).

#### 2.9.3. Verneinung der Vereinbarung eines Weisungsrechts

159. Es ist aktenwidrig und offensichtlich unrichtig, wenn die Vorinstanz Folgendes feststellt:

160. (1) Dem Expatriate Agreement fehle es auch an einem Weisungsrecht (Urteil 20.12.1., S. 149). Das Gegenteil ist der Fall. Im Konzern war ein ganzes Weisungsregelset vereinbart, und zwar zunächst implizit durch das Expatriate Agreement im Konzernumfeld. Und sodann im Verbund mit dem Assignment as Chief Operating Officer, welches explizit auf die Business Line Struktur der Bär Gruppe Bezug nahm (vgl. oben 2.6.2.5.).

161. (2) Der Staatsanwaltschaft sei es nicht gelungen zu beweisen, dass der Beschuldigte an die Bank Julius Bär & Co. AG zu rapportieren gehabt hätte (Urteil, Ziffer 20.12.4.5. in fine, S. 153, sowie 20.12.4.6. S. 153 unten S. 154 bis Mitte). Die Vorinstanz leitet daraus ab, dass keine Weisungsrechte- und Rapportierungspflichten mit Bezug auf die Bank Julius Bär & Co. AG vereinbart gewesen seien. Daher fehle es an einem Arbeitsvertrag. Die Beschwerdeführerin vertritt dazu die oben unter Ziffer 2.6.2.5. vertretene und ausführlich begründete Meinung, wonach sich die Bank Julius Bär & Co. AG auch versprechen lassen konnte, dass entsprechend der Business Line Struktur im Konzern (a) Weisungen entgegenzunehmen und (b) Rapporte abzugeben waren, an wen genau, spielt keine Rolle, da die Informationen soweit erforderlich und wenn nötig auch über die Julius Bär Holding AG wieder an die Bank Julius Bär & Co. AG flossen.

162. Der Vorinstanz ist es bei ihrem eilends beschlossenen Freispruch entgangen, dass mit dem E-Mail des Beschuldigten an Raymond Bär und Christoph Hiestand, dat. 20.06.08, betr. "Swisswhistleblower.com – Weiteres Vorgehen - Kundeninformationen (SB110200, eUA, Ordner 13, 6/8 [act. 7358]) ein ausgezeichnetes Beweisstück in den Akten liegt, in dem der Beschuldigte beschreibt, an wen er rapportierte und von wem er Anweisungen erhielt.

BO: - E-Mail des Beschuldigten an Raymond Bär und Christoph Hiestand, dat. 20.06.08, betr. "Swisswhistleblower.com – Weiteres Vorgehen - Kundeninformationen (SB110200, eUA, Ordner 13, 6/8 [act. 7358])

Beilage 6

#### 2.9.4. Verneinung der Existenz eines Kündigungs- u./o. Rückrufrechts

163. Es ist aktenwidrig und offensichtlich unrichtig, wenn die Vorinstanz Folgendes feststellt:

164. (1) Das Expatriate Agreement ende "automatisch", soweit es daraus ableitet, dass das Expatriate Agreement nicht kündbar war im Sinne eines Arbeitsvertra-

ges. Eine Kündigung aus wichtigem Grund war immer möglich und durch das Expatriate Agreement keineswegs ausgeschlossen (Urteil Vi, Ziffer 20.12.1., S. 149).

165. (2) Dem Expatriate Agreement habe es an einem Zurückberufungsrecht gemangelt. Ein solches war nicht nötig. Es waren ca. drei Jahre Dauer vereinbart. Ohne Weiteres kann man einen Arbeitsvertrag befristen, und man kann ihn auch unter eine auflösende Bedingung stellen, wie das hier geschehen ist. Daraus kann gewiss nichts abgeleitet werden, was gegen einen Arbeitsvertrag spricht.

#### 2.9.5. Verneinung eines Arbeitsvertrags nach Art. 47 BankG

166. Es ist aktenwidrig und offensichtlich unrichtig, wenn die Vorinstanz Folgendes feststellt:
167. (1) Das Expatriate Agreement sei kein Arbeitsvertrag nach Art. 47 BankG (Urteil Vi, Ziffer 20.12.5., S. 157 f.) und enthalte für sich alleine höchstens Bruchstücke eines Arbeitsvertrages im Sinne von Art. 319 ff. OR (Urteil Vi, Ziffer 20.12.1., S. 149).
168. (2) Das Expatriate Agreement "qualifiziere" "nicht als Arbeitsvertrag", sondern sei ein rudimentärer Entsendevertrag ("etwa nach Roederer, a.a.O., S. 32 ff."). Gegen die Annahme eines Arbeitsvertrages spreche sich auch Hischer, a.a.O., S. 20/21 aus (Urteil, Ziffer 20.12.3., S. 150). Hischer und Roederer beleuchten viele Jahre nach Abschluss des Expatriate Agreements das Thema von Entsendeverträgen, und zwar aus ihrer ganz spezifischen privatrechtlichen, kollisionsrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Optik heraus. Hier aber ist, ganz abgesehen davon, dass es sich beim Expatriate Agreement entgegen der vorinstanzlichen Sichtweise sehr wohl um einen Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR handelt, die strafrechtliche Frage zu beantworten, was Inhalt eines Vertragsverhältnisses sein muss, um als Vertragsverhältnis zu qualifizieren, welches Art. 47 BankG gerecht wird.

Der Begriff des Arbeitsvertrages nach Art. 47 BankG ist dabei ein Terminus technicus, ein Vertrag sui generis, der nicht einfach mit dem Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR gleichzusetzen ist.

169. (3) Der Beschuldigte werde im Expatriate Vertrag "Expatriate" genannt und nicht etwa "employee" (Urteil Vi, Ziffer 20.12.4., s. 150). Falsa demonstratio non nocet. Tatsächlich finden sich im Expatriate Agreement auch andere Begriffe, z.B. "The employee's contribution to the pension fund ..." oder "... insurance contributions to be born by the employee ...". Der employee wird dort genannt, wo es kaum anders geht, weil derselbe in der Pensionskasse verbleibt, nach UVG versichert ist und AHV/IV- sowie ALV-Beiträge leistet. Und es sei der energische Hinweis darauf erlaubt, dass man Arbeitnehmer in diesen grossen Versicherungswerken versichert.
170. (4) Wirklich äusserst stossend ist es, wenn die Vorinstanz die glasklare und unverfälschte Zugabe des Beschuldigten gegenüber der SVA: "Ich hatte bis zum 30. August 2002 einen schweizerischen Arbeitsvertrag mit Bank Julius Bär & Co. AG, Zürich, und erst ab 1. September 2002 bekam ich einen lokalen Arbeitsvertrag." (SB110200 eUA Urk. 1/11/13) unter Hinweis darauf faktisch aus dem Recht weist, dass die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl das entsprechende, vom Beschuldigten angestossene Strafverfahren wegen Beitragshinterziehung bzw. Betrug eingestellt habe (Urteil, Ziffer 20.12.4.2., S. 151 f.), und zwar mit der staatsanwaltschaftlichen Conclusio, es habe in der Schweiz kein Arbeitsverhältnis gegeben. Damit flüchtet sich die Vorinstanz bei Lichte besehen in ein durchsichtiges Scheinargument um Beweise zu entwerten, die seinem Freispruch eindeutig entgegenstehen:
171. (4.1.) Es darf mit Fug die Meinung vertreten werden, das vom Beschuldigten gegen die Mitarbeiter der Bank Julius Bär & Co. AG angehobene Strafverfahren (Vergehen gegen das AHVG; SB110200 Urk. 435/40) wegen Beitragshinterziehung bzw. Betrug hinsichtlich der Sozialabgaben für die Monate Januar bis August 2002 sei ein weiterer, querulatorischer Vorstoss des Beschuldigten gewe-

sen, die Bank Julius Bär & Co. AG im Rahmen seiner nunmehr 1 ½ Jahrzehnte dauernden Fehde zu malträtieren und diese Streitfrage habe, wenn überhaupt, dann vor ein Zivilgericht gehört, ganz sicher aber nicht in ein Strafverfahren. Unter diesen Umständen ergreift ein Staatsanwalt einer allgemeinen Abteilung jede irgendwie vertretbare Gelegenheit, einem solchen Verfahren ein Ende zu bereiten – in casu war das letztlich eine Einstellungsverfügung. Es ist dabei notorisch, dass sich die Staatsanwaltschaft unter jenen Umständen, denen jede generalpräventive Komponente vollends abging, mit den sich in vorliegenden Verfahren stellenden Rechtsfragen schlechterdings gar nicht befassen kann. Dafür fehlen dem System bei der Abarbeitung des Massengeschäfts schlicht die Ressourcen. Der fragliche Staatsanwalt hat also im Nachgang zu einer kassierten Nichtanhandnahme (sic!) eine einzige Seite Text geschrieben, die, ausser den üblichen Formalien, überhaupt keine Sacherwägungen enthielt und in einer völlig aus der Luft gegriffenen, einen einzigen Satz langen Conclusio bestand. Diese lässt sich überdies aus der Eingabe der Bank, aus welcher der Staatsanwalt die Conclusio zieht, bei genauer Betrachtung noch nicht einmal ableiten! Nun seitens der Vorinstanz diese Konstellation zur Entwertung der Zugabe des Beschuldigten heranzuziehen, trägt vergleichbare Züge. Die Beschwerdeführerin ist ernsthaft der Meinung, das Argument der Vorinstanz, ein allgemeiner Staatsanwalt habe ja unter Hinweis auf ein fehlendes Arbeitsverhältnis eingestellt, sei schon aus den angeführten Gründen ganz klar willkürlich.

172. (4.2.) Dass die Vorinstanz diesem Argument grosses Gewicht zumisst, ist umso stossender, als dass es auf der anderen Seite den fachlich wirklich fundierten Ausführungen der Steuerrekurskommission II in willkürlicher Weise kein einziges Wort widmet. Denn bei Lichte besehen müsste es genau umgekehrt sein.
173. (5) Gleich verhält es sich mit dem Argument, die Bank Julius Bär & Co. AG habe sich im besagten Strafverfahren am 30. Januar 2009, bzw. 2. Februar 2009, d.h. sieben Arbeitstage (sic!) (SB110200 Urk. 435/39) vor der Einstellungsverfügung dahingehend vernehmen lassen, dass kein Arbeitsvertrag vorgelegen habe. Auch hier ist es notorisch, dass die Bank seit sieben Jahren in unzählige Kalami-

täten hineingezogen worden war, dass sich die Bank in ein weiteres Strafverfahren verwickelt sah, ein Nebenschauplatz in optima forma, dass dieses Strafverfahren querulatorische Züge hatte, und dass sich zwei subalterne Mitarbeiter in einer vom 30. Januar 2009 datierten völlig unbedeutenden Eingabe irgendwie aus dieser Kalamität heraus manövrieren mussten. Sie wählten den Weg, das Assignment as Chief Operation Officer auf den Cayman Islands als "den relevanten Arbeitsvertrag" und "den massgeblichen Arbeitsvertrag" zu bezeichnen. Dass das Expatriate Agreement kein Arbeitsvertrag gewesen sei, steht so nicht einmal im Schreiben vom 30. Januar 2009. Das hat dann der Staatsanwalt flugs selber geschlossen. Dieser Eingabe der Bank im vorliegenden Strafverfahren irgendeinen argumentativen Wert zuzumessen, ist schon grundsätzlich nicht nachvollziehbar. Sie zum Killerargument zu erheben verbietet sich jedoch vollends. Das Argument der Vorinstanz ist willkürlich. Mit derlei Argumenten kann man den vorliegenden Fall, einen der bedeutsamsten Fälle von systematischer öffentlicher Bankkundengeheimnisverletzungen, keiner tragenden Erledigung zuführen. Das hiesse Mannjahre von staatsanwaltschaftlicher Arbeit und fundierte erstinstanzliche gerichtliche Arbeit den Opportunitäten eines Engpass-Winkelzugs zweier Bankmitarbeiter zu opfern.

174. (6) Und wenn denn die Vorinstanz einer Wortmeldung der Bank zur Frage, ob das Expatriate Agreement ein Schweizer Arbeitsvertrag war oder nicht, Gehör schenken wollte, so müsste sie nicht irgend ein Schreiben von zwei uninformierten, subalternen Mitarbeitern in einem unbedeutenden, querulatorischen Seitenverfahren zu Rate ziehen. Sie hätte guten Grund die Bank dort zu hören, wo sie ihre Meinung in einem bedeutenden Verfahren und ordentlich vertreten kundtut, was willkürlich unterlassen wurde. Im Verfahren vor der Steuerrekurskommission II war die Bank bestens vertreten, hat ihre Meinung auf effektive Weise durchgesetzt und damit in jenem Verfahren letztlich obsiegt. Davon liest man aber nichts im Urteil der Vorinstanz.
175. (7) Die Vorinstanz hält diesbezüglich weiter fest: "So wie die Vorinstanz im Verfahren SB150135 dem Beschuldigten "Rosinenpickerei" vorwirft, "wenn er ei-

nerseits die Rechte aus dem 'Expatriate Agreement' für sich in Anspruch nimmt, handkehrum aber die mit diesem Vertrag verbundenen Pflichten nicht gegen sich gelten lassen will" (SB150135 Urk. 146 S. 45), kann das Gleiche also auch der Bank Julius Bär & Co. AG entgegengehalten werden: Auch ihr Verhalten ist widersprüchlich, wenn sie einerseits ihre Arbeitgeberstellung gegenüber dem Beschuldigten verneint, um der obligatorischen AHV/IV/ALV-Pflicht zu entgehen, und andererseits im Sinne der nun vorliegenden Anklage verlangt, es sei der Beschuldigte zu bestrafen, weil er als Angestellter der Bank Julius Bär & Co. AG das schweizerische Bankgeheimnis verletzt habe." (Urteil Vi, Ziffer 20.12.4.3., S. 152). Die Vorinstanz weiter: "Die deshalb beiderseits möglichen Vorwürfe der "Rosinenpickerei" heben sich so gleichsam auf und können kein entscheidendes Kriterium dafür sein, ob der Beschuldigte Angestellter im Sinne von Art. 47 BankG war oder nicht." (Urteil Vi, Ziffer 20.12.4.4., S. 153). Dieses Argument ist gänzlich verfehlt.

(7.1.) Der Beschuldigte ist angeklagt, nicht die Bank. Der Beschuldigte betreibt Rosinenpickerei, wenn er gegenüber der SVA und den Strafbehörden lauthals einen Schweizer Arbeitsvertrag geltend macht, dann aber einen solchen in Abrede stellt, wenn es um Art. 47 BankG geht.

(7.2.) Es steht nicht in der Parteidisposition der Bank, über die Anwendbarkeit des Bankkundengeheimnisses zu entscheiden. Das Bankkundengeheimnis schützt den Bankkunden, nicht die Bank. Es handelt sich beim Bankkundengeheimnis um ein Officialdelikt. Das Verhalten der Bank ist mit Blick auf eine allfällige Rosinenpickerei der Bank vollkommen irrelevant. Das Officialdelikt der Bankkundengeheimnisverletzung mittels der allfälligen verfahrenstaktischen Winkelzüge der Bank und somit über die Hintertür der Beweiswürdigung zum Spielball der Parteien dieses Verfahrens zu machen, geht nicht an. Den Beschuldigten zu entlasten mit dem Hinweis darauf, die Bank verhalte sich widersprüchlich, ist daher weder schlüssig noch zulässig. Es herrscht die Officialmaxime. Das Argument ist willkürlich.

2.9.6.           Ausschliessliche Projektion des Arbeitsvertrags ins Assignment as Chief Operation Officers hinein

176. Es ist aktenwidrig und offensichtlich unrichtig, wenn die Vorinstanz Folgendes feststellt:

177. - Das "konkrete Arbeitsverhältnis des Beschuldigten" sei ausschliesslich im "Assignment as Chief Operating Officer" geregelt (Urteil Vi, Ziffer 20.12.1., S. 149 f.).

2.9.7.           "Selbstverschulden" der Bank Julius Bär & Co. AG?

178. Die Vorinstanz argumentiert, die Bank Julius Bär und Co. AG, bzw. die Julius Bär Holding AG, müsse es sich selber zuschreiben, wenn sie das Bankgeheimnis nicht zur Wirkung bringe, indem sie den Beschuldigten zunächst mit einem Arbeitsvertrag der Julius Bär Holding AG ins Ausland schicke. "Bei der gewählten Konstruktion" könne "nun aber dem erstmaligen Aufscheinen der Bank Julius Bär & Co. AG als Vertragspartnerin des "Expatriate Agreements" (und deren Verschwindens beim Abschluss des lokalen Vertrags per 1. September 2002) nicht eine Bedeutung zugemessen werden, welche ein Angestelltenverhältnis im Sinne von Art. 47 BankG begründen würde." (Urteil, Ziffer 20.12.4.7.).

Dieser Sichtweise ist entgegenzuhalten, dass hier ein Offizialtatbestand geprüft wird, der weder im Belieben der Bank steht, noch Überlegungen zu einem allfälligen Selbstverschulden der Bank zulässt. Tatsache ist, dass der Beschuldigte systematisch und im grösstmöglichen Stile mit grösstem Ideenreichtum Bankkundengeheimnisse verriet. Dies tat er, nachdem er mit der Bank ein Arbeitsverhältnis hatte, in Missachtung seiner nachvertraglichen Pflichten. Dafür ist er zu bestrafen. Was Inhalt um Umstände jenes Arbeitsvertrages war, wurde bereits erörtert. Darauf kann verwiesen werden. Zu betonen ist abermals, dass der Beschuldigte als Buchhalter in die Karibik entsandt wurde. Als er zu Beginn des Jahres 1999 zum COO aufgerückt war, wurden die Verträge per 1. September 1999 neu aufgesetzt, jetzt mit der Bank Julius Bär & Co. AG und der Geltung des Bankgeheimnisses, wie sich zeigt mit gutem Grund.

2.9.8. Verneinung der Eingliederung im Betrieb / Stellungnahme Geiser

179. Die Vorinstanz führt unter Hinweis auf die Stellungnahme von Prof. Dr. Geiser (SB110200 Urk. 435/41 S. 7) aus, dass der Beschuldigte seine Feststellungen "in seiner Eigenschaft als Angestellter der schweizerischen Bank" wahrgenommen haben müsste. Dies aber setze "in irgendeiner Form eine Eingliederung in den Betrieb dieser Bank voraus". Daran fehle es in casu (Urteil Vi, Ziffer 20.12.4.8., S. 155 f.). Die Beschwerdeführerin ist diesbezüglich dezidiert anderer Meinung. Wenn eine Eingliederung in den Betrieb bei Beobachtungen, die in der Eigenschaft als Beauftragter gemacht werden, keine Eingliederung in den Betrieb der Bank erfordern, dann gilt das a fortiori auch für den Arbeitnehmer. Es kann diesbezüglich auf die oben in Ziffer 2.6.2.6. gemachten Ausführungen verwiesen werden.
180. Im Übrigen sei der Hinweis erlaubt, dass das Abstützen der Vorinstanz auf ein in letzter Sekunde eingebrachtes Privatgutachten zu einer Rechtsfrage, dessen zugrundeliegende Auftragsstellung nicht bekannt ist, das offensichtlich ohne jede Sachverhaltskenntnis erstellt wurde, das eine rein zivilrechtliche und keineswegs strafrechtliche Sichtweise einnimmt und an dem Prof. Geiser aufgrund des Preises von CHF 4000 (exkl. MWST) (SB110200 Urk. 234/37) unmöglich mehr als zehn Stunden gearbeitet haben kann, von der Instruktion über die Recherchen bis zum Verfassen des Dokuments, einer willkürlichen Beweismwürdigung entspricht.
181. Schliesslich vertritt die Beschwerdeführerin die Ansicht, dass der Beschuldigte sehr wohl in den Betrieb der Bank Julius Bär & Co. AG eingegliedert war, indem letzte das Herzstück des Schweizer Bankkonzerns bildete, zu dessen Betrieb die ganzen Konzernstrukturen, die das Herzstück umgaben, erst geschaffen wurden. Alles diene der Bank zu. Denn Geld verdienen und Bankgeschäfte tätigen, konnte man letztendlich nur mit dieser.

2.9.9. Verneinung von Arbeitsverträgen ab September 2002

182. Nach längeren Ausführungen (Urteil Vi, Ziffer 20.12.4.9., S. 156 f.) zu den Verträgen, die ab September 2002 Geltung hatten, kommt die Vorinstanz zu folgendem Schluss: "Wenn man sich nun allseits einig ist, dass neben dem lokalen Arbeitsvertrag mit der JBBT ab 1. September 2002 die ergänzende Vereinbarung mit der Bank Julius Bär & Co. AG sicher kein Arbeitsvertrag mit derselben darstellt, ist im Vergleich mit dem "Expatriate Agreement" vom 1. September 1999 endgültig klar, dass auch dieses nicht als Arbeitsvertrag gelten kann, der die Anwendung von Art. 47 BankG zur Folge hätte."
183. Der springende Punkt bei diesem Argument ist, dass keine der involvierten Staatsanwaltschaften je behauptete, die Verträge ab September 2002 seien keine Arbeitsverträge im Sinne von Art. 47 BankG. Es ist schleierhaft, wie die Vorinstanz zum Schluss kommen kann, "man sei sich nun allseits einig"?!
184. Tatsache ist, dass die Staatsanwaltschaften das Expatriate Agreement vom 16. November 1999 (SB150135, KA Ordner 2, act. 20031f.) als Grundlage für die Anknüpfung an Art. 47 BankG zum Gegenstand der Anklage machten. Das ist ausreichend, schlank und zweckmässig. Nur die Phase vom 1. September 1999 bis zum 31. August 2002 ist Anklagesachverhalt. Daraus etwas zu Ungunsten der Anklage abzuleiten geht nicht an. Ihr dann auch gerade noch etwas in den Mund zu legen, was nicht im Ernst ihre Meinung sein kann, ist willkürlich.

2.10. Willkürliche Beweiswürdigung: Verletzung von Art. 162 StGB mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. August 2016 (Art. 97 BGG)

185. Wie sich bereits den vorstehenden Erwägungen zu Art. 47 BankG und Art. 162 StGB entnehmen lässt, rügt die Beschwerdeführerin den Umstand, dass die Vorinstanz bei der Auslegung der Vertragswerke und den Akten offensichtlich unrichtige und aktenwidrige Annahmen getroffen hat. Es wird daher zunächst auf die Ausführungen zu Art. 47 BankG unter Ziffer 2.9. verwiesen und dort vor allem

auch auf die Vorbringen bezüglich Rechtsverletzungen hinsichtlich der Auslegung des Vertragswerks mit Expatriate Agreement als Mantelvertrag und Assignment als lokalem Vertrag. Zudem verkennt die Vorinstanz die Verzahnung dieser Verträge. Diese Erwägungen treffen allesamt auch hier zu, zumal die Vorinstanz mit dem fundamentalen Abstellen auf die Ausführungen im Privatgutachten Geiser nicht zuletzt auch Beweise willkürlich gewürdigt hat, indem aktenwidrig und unrichtig ein Arbeitsverhältnis mit entsprechender Einbindung verneint wurde. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass der Beschuldigte im relevanten Zeitraum ein Arbeitsverhältnis mit der Bank hatte und sich daraus überdies eine nachvertragliche Schweigepflicht ergab. Es war dem Beschuldigten aufgrund seiner Ausbildung und langjährigen Tätigkeit im Bankensektor stets bewusst, dass nicht nur Bankkundengeheimnisse stets zu wahren sind, sondern auch Daten, welche die Bank Julius Bär & Co. AG betreffen, seien dies deren Bankkundenbeziehungen oder die Existenz von solchen Beziehungen zwischen Kunden und der Bank. Wie unter Ziff. 2.8. dieser Beschwerde bereits erwähnt, genügt ein Vertrag jeglicher Art, mithin genügen auch faktische Vertragsverhältnisse oder auftragsähnliche Verhältnisse, sodass die Vorinstanz aus Sicht der Beschwerdeführerin die Anwendbarkeit von Art. 162 StGB zu Unrecht verneint hat.

186. Die Beschwerdeführerin kommt zum Schluss, dass durch die Vorinstanz auch hinsichtlich der Subsumtion von Art. 162 StGB eine willkürliche Beweiswürdigung vorliegt, was entsprechend gerügt wird.

2.11. Verletzung des rechtlichen Gehörs / willkürliche Beweiswürdigung (Art. 95 und Art. 97 BGG i.V.m. Art. 107 und 109 StPO)

2.11.1. Vorbemerkungen / Rechtliches

187. Die Beschwerdeführerin macht sodann eine Verletzung der strafprozessualen Bestimmungen über das rechtliche Gehör (Recht auf effektive Stellungnahme) durch die Vorinstanz geltend, da diese der Staatsanwaltschaft ein Recht zur Stellungnahme zur Eingabe der Verteidigung nur pro forma, jedoch für die Staatsan-

waltschaft effektiv nicht ausübbar, einräumte. Im Wesentlichen geht es darum – wobei der Verfahrensablauf nachfolgend noch konkreter geschildert wird – dass die Verteidigung mit ihren Plädoyers vor Vorinstanz (vgl. SB150135 Urk. 233 f.) Unterlagen mit einer völlig neuen Argumentation und Begründung einreichte, welche durch die Vorinstanz angesichts der Entgegennahme, Erhebung zu den Akten und Verwendung im Urteil offensichtlich als Beweismittel zugelassen wurden oder welche zumindest als Eingabe zu betrachten waren. Indessen erfolgte kein Schriftenwechsel respektive wurde der Staatsanwaltschaft keine wirklich effektive Stellungnahmemöglichkeit eingeräumt.

188. Hinzu kommt, dass sich die Vorinstanz bei der Begründung des Freispruchs, weswegen der Beschuldigte nicht bei der geschädigten Bank angestellt gewesen sei, in Tat und Wahrheit fundamental auf eine dieser eingereichten Unterlagen stützte, nämlich auf die Stellungnahme von Prof. Dr. Geiser. Bei dieser handelte es sich um eines von über 40 Akten, die im Rahmen der Hauptverhandlung dem Gericht, aber nicht der Staatsanwaltschaft abgegeben wurden.
189. Die Vorinstanz hat die Argumentation von Prof. Dr. Geiser übernommen. Dies zeigt sich vor allem bei der Auslegung des Expatriate Agreements vom 1. September 1999 oder darin, dass für ein Arbeitsverhältnis eine Eingliederung in den Betrieb der Bank nötig sei (so ausdrücklich auf S. 155 des Urteils der Vorinstanz) oder darin, dass es sich wegen angeblich fehlendem Weisungsrecht um kein Arbeitsverhältnis gehandelt habe.
190. Der Grundsatz der Gewährung des rechtlichen Gehörs ist in Art. 29 Abs. 2 BV festgehalten. Als Ausfluss dieses Grundsatzes finden sich im Strafverfahren die bundesrechtlichen Bestimmungen in der StPO, namentlich in den Art. 107 und 109 StPO und diese sind auch im Berufungsverfahren zu beachten (Art. 405 Abs. 1 StPO). Damit liegen bei Verletzung des rechtlichen Gehörs (des umfassenden und effektiven Stellungnahmerechts) die Verletzung von sowohl verfassungsrechtlichen – wobei zusätzlich bei willkürlicher Beweiswürdigung auch Art. 9 BV verletzt ist – wie auch bundesrechtlichen Bestimmungen vor (Art. 95 lit. a BGG).

Es wird somit zunächst ein formeller Rechtsfehler, ja eine formelle Rechtsverweigerung (BSK BGG-Schott Art. 95 N 3) geltend gemacht, welcher unabhängig der Würdigung des Inhalts der eingereichten Unterlagen zu rügen ist. Es liegt aber auch – durch implizites Abstützen der Vorinstanz auf die von der Verteidigung eingereichte private Stellungnahme und der erfolgten Gehörsverletzung – eine fehlerhafte Feststellung des Sachverhalts, insbesondere in Bezug auf die Qualifikation des Arbeitsverhältnisses des Beschuldigten mit der Geschädigten Bank Julius Bär & Co. AG und seiner Tütereigenschaft, beruhend auf einer Rechtsverletzung vor, womit das Bundesgericht auch von sich aus eine Sachverhaltskontrolle vornehmen kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; BSK BGG-Schott, Art. 97 N 3). Entsprechend beruft sich die Beschwerdeführerin auch auf Art. 99 BGG.

191. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 107 StPO weist Grundsatzcharakter auf und findet sich darüber hinaus auch in anderen Bestimmungen wie Art. 109 StPO (BSK StPO Vest/Horber Art. 107 N 1). Die Aufzählung der Teilgehälte von Art. 107 Abs. 1 StPO ist sodann nicht abschliessend (BSK StPO-Vest/Horber, Art. 107 N 7), nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung umfasst das Äusserungsrecht nach Art. 107 Abs. 1 lit. d StPO auch das effektive Recht auf Replik, d.h. den Anspruch, sich gegenüber dem Gericht zu Eingaben der übrigen Verfahrensparteien äussern zu können (BSK StPO-Vest/Horber, Art. 107 N 29). Nach Art. 109 StPO können die Parteien zwar jederzeit Eingaben machen, die Verfahrensleitung hat diese jedoch zu prüfen und den anderen Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Auch im Berufungsverfahren können Eingaben noch bis zum Berufungsentscheid eingereicht werden (BSK StPO-Hafner/Fischer, Art. 109 N 13). An dieser Stelle ist daran zu erinnern, dass eine Partei, die vor der Urteilsfällung gestützt auf die neue Eingabe eine Stellungnahme einreicht, offensichtlich nicht auf ihr Replikrecht verzichtet, insbesondere dann nicht, wenn ihr die Eingabe oder wie vorliegend die Unterlagen zur blossen Kenntnisnahme und ohne Fristansetzung zur Stellungnahme übergeben wurden (S. 88 des Protokolls OG; vgl. auch BSK StPO-Hafner/Fischer, Art. 109 N 22) und wie noch darzulegen ist, ihr das effektive Stellungnahmerecht nicht zugebilligt wurde.

192. Die Legitimation der Beschwerdeführerin zur Geltendmachung dieser Beschwerdeggründe ergibt sich einerseits aus dem Umstand, dass die Staatsanwaltschaft nicht nur für die gleichmässige Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs zu sorgen hat (Art. 16 Abs. 1 StPO), sondern sie im Haupt- und im Rechtsmittelverfahren nach Art. 104 Abs. 1 lit. c StPO zur Partei mutiert. Als Partei stehen ihr somit in jenem Verfahrensstadium gleich der Verteidigung ein umfassendes Stellungnahme- und Replikrecht zu, mithin umfassende Parteirechte. Sie kann daher auch die aus Art. 107 und Art. 109 StPO fliessenden Rechte für sich beanspruchen (vgl. auch BSK StPO-Vest/Horber, Art. 107 N 1; BSK StPO-Hafner/Fischer, Art. 109 N 4).

#### 2.11.2.            Verfahrensablauf vor Vorinstanz

193. Das Protokoll der Vorinstanz, die Beantwortung der Erstberufung Elmer durch die Staatsanwaltschaft, gehalten am 24. Juni 2016, und das Parteigutachten von Prof. Geiser (datiert vom 14. Juni 2016) liegen der Beschwerde als Beilagen bei.

- BO: - Protokoll des Obergerichtes des Kantons Zürich, I. Strafkammer (SB110200-O Urk. 447 D) Rudolf Elmer gegen Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland betr. Drohung etc., dat. 11.04.11 – 23.08.16 Beilage 13
- Beantwortung der Erstberufung Elmer (SB150135, Urk. 235, Hauptverhandlung vom 23. – 24. Juni 2016) der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich, dat. 22.06.16 (recte: 24.06.16) Beilage 14
- Parteigutachten von Prof. Geiser (SB110200 Urk. 435/41), Stellungnahme zur Frage, welche Voraussetzungen arbeitsrechtlich gegeben sein müssen, damit eine Verletzung des Bankkundengeheimnisses (Art. 47 BankG) möglich ist, dat. 14.06.16 Beilage 15

194. Wesentlich ist dabei Folgendes: Die Verfahren SB110200 und SB150135 wurden von der Vorinstanz vereinigt und letztlich gemeinsam verhandelt, in beiden Verfahren ging es nebst anderem um die Verletzung des Bankkündengeheimnisses im Sinne von Art. 47 BankG. Am 28. April 2016 wurde durch die Vorinstanz in beiden Verfahren zur Fortsetzung der Berufungsverhandlung wie auch zur Berufungsverhandlung am 23./24. Juni 2016 geladen (SB110200 Urk. 421, SB150135 Urk. 179). Ab S. 62 des obergerichtlichen Verfahrensprotokolls lässt sich entnehmen, dass die Berufungsverhandlung am 23. Juni 2016, 08.00 Uhr, begann. Hernach wurde während des ganzen Tages ohne grössere Unterbrüche, einzig von 11.30 – 13.15 Uhr erfolgte eine Pause (S. 77 des Protokolls), in beiden Verfahren verhandelt. Schliesslich erklärte die Vorinstanz – nachdem die Verteidigung die Einreichung von Unterlagen im Plädoyer angekündigt hatte – das Beweisverfahren vorbehältlich der noch einzureichenden Unterlagen für geschlossen. Hernach schritt die Verteidigung zum Parteivortrag im Verfahren SB110200 und reichte erstmals das Gutachten Geiser ins Recht (S. 77 des Protokolls). Kurz vor dem Verhandlungsunterbruch um 17.20 Uhr wurde STA Dr. Giger auf sein entsprechendes Ersuchen hin eine Kopie der Stellungnahme von Prof. Geiser ausgehändigt (S. 83 f.). Um 17.45 Uhr wurde die Verhandlung fortgesetzt mit dem Parteivortrag der Verteidigung, welche auch hier das Gutachten Geiser (ein zweites Mal) einreichte (S. 84) und diesbezüglich eine längere Passage zitierte (S. 85 f.). STA Giger erhielt nun vor Verhandlungsunterbruch um 19.20 Uhr eine Kopie der Beilagen 34 – 36 zum Plädoyer (Beilage 36 war das Parteigutachten Geiser).
195. Der Fallführende STA Giger traf um ca. 20 Uhr in seinem Büro an der Weststrasse 70, 8003 Zürich, ein. Nach einer Analyse der Lage kam er zum Schluss, dass er Sekretariatskapazität benötigte, weshalb er seine Sekretärin einbestellte, die um ca. 21:30 Uhr eintraf. Die Vorbereitung der anderntags zu haltenden 13 Seiten umfassenden "Beantwortung der Erstberufung" (SB150135 Urk. 235) erwies sich als äusserst schwierig und aufwändig.

196. Es ist ein Ding der Unmöglichkeit, nach einem langen und harten Verhandlungstag, der von 08.00 Uhr bis 19.20 Uhr dauerte, ein in letzter Sekunde in den Prozess eingeführtes, professorales Verteidigungsgutachten zu kontern, das entgegen allen bisherigen Betrachtungswinkeln von zwei Staatsanwälten, mehreren Zwangsmassnahmenrichtern, einem Einzelrichter, einem Kollegialgericht, der Steuerrekurskommission II, der Geschädigten, dem Beschuldigten selber, und vor allem auch der Verteidigung, eine völlig neue Rechtsposition einnimmt.
197. Erschwerend war, dass die Plädoyers der Verteidigung lang und komplex sowie der Sachfragen viele waren. Die Verteidigung reichte in beiden Prozessen Ordner mit je ca. 40 Beilagen ein, wovon viele neu, manche komplex waren, darunter wie gesagt die Stellungnahme Geiser (vgl. zum Ganzen u.a. SB150135 Urk. 234/1-37). Wenn ein Arbeitsrechtsprofessor in seiner Amtsstube und bei Tage ein zivilrechtliches Arbeitsrechtsgutachten verfasst, dann ist es schlechterdings unmöglich, nach einem harten Verhandlungstag tief in der Nacht zu diesem fundiert Stellung zu nehmen – dazu ohne die Prozessakten! Was dazu benötigt wird, ist der vorliegenden Rechtsschrift zu entnehmen, die nicht in einer Nacht geschrieben wurde. Der Verlauf jener Nacht lässt sich schön an der Entstehungsgeschichte der Urkunde (SB150135 Urk. 235) ablesen und bedarf keiner weiterer Erläuterungen, ausser vielleicht, dass der übermüdete Staatsanwalt und das Sekretariat unter Volllast liefen:

 160623_Antwort_auf_Erstberufung.docx	23.06.2016 21:38	Microsoft Office ...	151 KB
 160623_Antwort_auf_Erstberufung_E01.docx	23.06.2016 22:31	Microsoft Office ...	155 KB
 160623_Antwort_auf_Erstberufung_E02.docx	24.06.2016 01:45	Microsoft Office ...	163 KB
 160623_Antwort_auf_Erstberufung_E03.docx	24.06.2016 01:45	Microsoft Office ...	163 KB
 160623_Antwort_auf_Erstberufung_E04.docx	24.06.2016 02:42	Microsoft Office ...	164 KB
 160623_Antwort_auf_Erstberufung_E05.docx	24.06.2016 03:33	Microsoft Office ...	64 KB

198. Der Abbildung kann entnommen werden, dass die Antwort auf die Erstberufung in ein anderes Dokument eingesetzt wurde, das 151 KB Grösse hatte, wobei der vorbestehende Inhalt in der letzten Version gelöscht wurde, dass die ganze Nacht hindurch immer wieder Sicherungskopien angefertigt wurden, und dass die letzte Version letztmals am 2. Verhandlungstag vom fallführenden Staatsanwalt

um 03:33 gespeichert wurde. Nach einer Taxifahrt nach Erlenbach, zusammen mit der Sekretärin, die nach Männedorf weiter fuhr, begann die Nachtruhe um 04:30. Nach 90 Minuten Ruhe – man schläft solchermassen aufgepeitscht nicht gleich ein – begann der zweite Verhandlungstag mit einer Tagwache um 06:00 Uhr.

199. Zurück zum Protokoll der Hauptverhandlung: Die Fortsetzung der Berufungsverhandlung erfolgte am 24. Juni 2016, ab 08.00 Uhr (S. 88 des Protokolls). STA Giger hielt seine Vorträge, wobei er vorab auch eine Stellungnahme zum Gutachten Geiser abgab. Dabei erfolgte mindestens zwei Mal der explizite Hinweis, dass dem Vortragenden nicht genügend Zeit zur Verfügung stand, namentlich lässt sich dies folgenden Zitaten entnehmen „in der äusserst knappen Zeit gestern Nacht“ (S. 8 Beantwortung Erstberufung) oder „wie ich diese Zeilen schrieb, war es tief in der Nacht, und ich musste mich noch anderen Vorbringen zuwenden.“ (S. 10 Beantwortung Erstberufung). Kurz vor Ende der Berufungsverhandlung, um 12.40 Uhr, erklärte die Verfahrensleitung die Parteiverhandlung für geschlossen und hielt fest, dass entgegen der Angaben vom Vortag eine Urteilseröffnung an diesem Tag nicht möglich sei (sic!). Offenbar wollte man umschwenken. „Das Urteil werde aber bestimmt vor dem 31.08.2016 ergehen.“ (S. 110 des Protokolls). Am 18. Juli und am 19. August 2016 erfolgte die interne Beratung der Vorinstanz und die Entscheidung (S. 112 f. des Protokolls).

### 2.11.3. Vorliegen Verletzung rechtlichen Gehörs / willkürliche Beweiswürdigung

200. Wird der vorstehend geschilderte Verfahrensablauf im Lichte der Bestimmungen von Art. 107 und Art. 109 StPO betrachtet, so war es der Verteidigung grundsätzlich unbenommen, diese Vorbringen und die umfangreichen Unterlagen nicht bereits vor der Berufungsverhandlung, sondern quasi erst mit dem letzten Parteivortrag einzubringen (obschon die Einschätzung Prof. Dr. Geiser vom 14. Juni 2016 und die Honorarrechnung (SB150135 Urk. 234/37) vom 17. Juni 2016 datieren).

201. Unter einem Hattrick versteht man drei Tore des gleichen Spielers in der gleichen Spielhälfte. Man muss der Verteidigung attestieren, einen prozessualen Hattrick geschafft zu haben. Sie hat (1) der Staatsanwaltschaft mit einem Gutachten, dass sie seit einer Woche im Ärmel hatte, ihre Rechte abgeschnitten, sie hat (2) dafür gesorgt, dass sich die Vorinstanz darauf einliess und sie hat (3) einen Freispruch erzielt. Weil dabei das rechtliche Gehör der Staatsanwaltschaft verletzt wurde, muss die Prozessführung und der Entscheid der Vorinstanz korrigiert werden.
202. Die Vorinstanz hat die mit dem Plädoyer eingereichten Unterlagen, somit auch die Stellungnahme von Prof. Dr. Geiser, als Beweismittel zugelassen und zu den Akten erhoben. Nichts anderes lässt sich der entsprechenden Protokollnotiz („Die Beweisverhandlung sei – vorbehältlich der einzureichenden Unterlagen – geschlossen“; S. 77 des Protokolls) entnehmen. Ob diese Vorgehensweise überhaupt zulässig sein kann, da das Beweiserfahren vor den Plädoyers geschlossen wird, wird als fraglich erachtet, kann aufgrund der offensichtlichen Gehörsverletzung jedoch offen bleiben.
203. Was dann aber folgte, kann in einem komplexen Fall nicht mehr ernstlich als angemessen oder verhältnismässig erachtet werden und ist mit einem „Fair Trial“ nicht vereinbar. Bei dieser Ausgangslage hätte es nach Meinung der Beschwerdeführerin an der Verfahrensleitung gelegen, wenn eben diese Unterlagen als Beweismittel zugelassen werden und eine völlig neue Argumentation einer Partei damit untermauert wird, welche, was noch auszuführen ist, vom Gericht auch gleich noch übernommen wird, und damit kausal für einen anderen Verfahrensausgang wurde, der anderen Partei im Sinne von Art. 107 und 109 StPO die Wahrnehmung eines umfassenden und effektiven Stellungnahmerechts einzuräumen.
204. Nicht verhältnismässig und genügend ist es nämlich, wenn die andere Partei eine wesentliche Unterlage wie die professorale Stellungnahme von Prof. Dr. Geiser einfach gegen Abend in Kopie ausgehändigt erhält. Dies allerhöchstens verbun-

den mit der konkludenten Erwartung – ein Beschluss oder eine Aufforderung lässt sich nämlich dem Protokoll nicht entnehmen – dazu am nächsten Tag, nachdem bereits den ganzen Tag über verhandelt worden war, Stellung zu beziehen.

205. Dass STA Dr. Giger dann am folgenden Tag gleichwohl eine Stellungnahme verlas, weil er sich dazu veranlasst fühlte und versucht hatte, bis tief in die Nacht hinein und in einer faktischen Freinacht, sich mit den Unterlagen, insbesondere auch der professoralen Einschätzung von Dr. Geiser auseinanderzusetzen, bedeutet sodann keineswegs einen Verzicht auf eine angemessene und effektive Stellungnahme, sondern vielmehr das Einfordern des Rechts auf eine solche. Die ihm angesichts der Umstände mögliche Stellungnahme entspricht nicht dem Anspruch auf angemessene Ausübung des rechtlichen Gehörs. Dies erhellt auch ohne Weiteres aus zwei Stellen in seiner Stellungnahme, namentlich wonach seine Zeilen tief in der Nacht entstanden seien, und dass er sich auch noch anderen Vorbringen zu widmen gehabt hätte. Mithin brachte der Vortragende damit genügend zum Ausdruck, dass ihm keine angemessene Zeit für die Ausübung des rechtlichen Gehörs eingeräumt worden war. Gewiss wären andernfalls weder der Staatsanwaltschaft am 24. Juni 2016, noch dem Gericht bei seiner Urteilsfindung, Aspekte untergegangen, wie unter anderem
- (1) das oben im Detail wiedergegebene, gewichtige Urteil der Steuerrekurskommission II (vgl. oben Ziffer 2.6.2.11.) oder
  - (2) das Beweismittel SB110200 eUA Ordner 13, 6/8, act. 7358 f. (vgl. oben Ziffer 2.6.2.5.)
206. Es kann nun aber nicht ernsthaft davon ausgegangen werden, dass bei einer durchaus überfallartigen und kurzfristigen Einreichung einer solchen Stellungnahme, nach Abschluss der Beweisabnahme, „über Nacht“ eine vollumfängliche Auseinandersetzung mit einem professoralen Parteigutachten aus dem Bereich Arbeitsrecht erfolgen kann und muss. Selbst wenn, wie das Gericht festhält, es sich bei der Qualifizierung des Arbeitsverhältnisses um eine Rechtsfrage handelt, die Juristen beantworten können sollten, kann angesichts der vorliegenden Um-

stände wie des Aktenumfangs, der Komplexität und der Bedeutung des Falles sowie dem Umstand, dass nicht alltägliche Vertragsverhältnisse vorliegen („Expatriate Agreements“), sondern auch eine rückwirkende Betrachtung der damaligen Standards angezeigt ist, namentlich nicht eine Betrachtung ex nunc erfolgen darf, somit keineswegs die Erwartung diejenige sein, dass über Nacht sämtliche Kommentare und Aktenstellen konsultiert werden können, um eine in allen Teilen ausführliche Stellungnahme / Auseinandersetzung mit einer professoralen Stellungnahme abgeben zu können. Ein effektives Stellungnahmerecht ist so definitiv nicht möglich, wenn keine angemessene und verhältnismässige Frist eingeräumt wird. Ein solches bedingt eben eine längere Frist als eine „Nachtschicht“, insbesondere zeigt auch gerade die umfassende Begründungsdichte des materiellen Teils dieser Beschwerde und die Auseinandersetzung mit dem Urteil sowie den neu vertretenen Argumenten der Verteidigung, dass für ein umfassendes Stellungnahmerecht die Einräumung einer angemessenen und verhältnismässigen Frist nötig ist.

207. Dies alles würde weniger eine Rolle spielen, wenn die Einschätzungen von Prof. Dr. Geiser nicht implizit, ja teilweise sogar explizit zur vorinstanzlichen Verneinung des Arbeitsverhältnisses und der Tütereigenschaft geführt hätte. Dass dem so war, erhellt aber ohne Weiteres, wenn man die Begründung des Urteils und die Auslegung des Arbeitsverhältnisses betrachtet.
208. Dass die Vorinstanz auf diese erstmals am 23. Juni 2016 vorgebrachte Argumentation abstellte, lässt sich dem Urteil der Vorinstanz etwa auf S. 140 entnehmen: „In der Berufungsverhandlung vom 23./24. Juni 2016 trug nun die Verteidigung – nicht zuletzt nach Einholung einer rechtlichen Einschätzung durch Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Geiser (SB110200 Urk. 435/41) – ausführlich eine neue Begründung dafür vor, weshalb der Beschuldigte nicht Angestellter einer Schweizer Bank gewesen sei“. Oder sogar ganz explizit auf S. 155 des Urteils: „Das setzt – mit der Stellungnahme von Prof. Geiser (SB110200 Urk. 435/41 S. 7) – in irgendeiner Form eine Eingliederung in den Betrieb dieser Bank voraus...“. Ferner ergibt auch die Analyse des begründeten Urteils nichts anderes, als dass bis S.

139 die Tätereigenschaft nicht abgehandelt wird, sondern vielmehr ausführlich dargestellt wird, weswegen die schweizerische Gerichtsbarkeit gegeben ist, weswegen der Beschuldigte Bankdaten der geschädigten Bank, welche unter Art. 47 BankG fallen, offenbart habe usw., während die Frage des Subjekts bzw. der Tätereigenschaft erst am Schluss abgehandelt wird. Normalerweise handelt es sich hierbei um eine Sachverhaltsfrage, die am Anfang zu beantworten ist, wenngleich diese einen engen Bezug zum Rechtlichen bzw. zur rechtlichen Würdigung aufweist. Damit jedenfalls wurde diesen Unterlagen somit ein hoher Beweiswert zugemessen, obschon es sich um ein Parteigutachten handelt.

209. Stützt sich die Vorinstanz bei der Auslegung der Verträge auf das Parteigutachten ab und pickt sie sich gleichsam diejenigen Aktenstücke heraus, die Entsprechendes stützen, liegt nicht nur eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, sondern auch eine willkürliche Beweiswürdigung.
210. Schliesslich entsteht der Eindruck, dass die Vorinstanz das Urteil am Ende unter grösstem Zeitdruck übers Knie gebrochen hat. Dies ergibt sich aus der Protokollnotiz, wonach das Urteil jedenfalls vor dem 31. August 2016 ergehen werde (S. 110 des Protokolls). Es muss angenommen werden, dass der Zeitdruck durch die anstehende Pensionierung des Vorsitzenden entstand, dessen letzter Verhandlungstag als Oberrichter just der 24. Juni 2016 war. Dies darf aber nicht zum Nachteil einer Partei gereichen. Und es darf nicht zu einer Beschneidung von deren Rechten führen. Die Gesamtbetrachtung und Analyse des begründeten Urteils ergibt, dass mutmasslich alles „auf Schiene“ Schuldpruch angedacht war. Erst im letzten Moment, geradezu in Nachachtung der zuallerletzt eingereichten Eingabe, wurde ein Schwenker in Richtung Freispruch gemacht. Das Arbeitsverhältnis und somit die Tätereigenschaft des Beschuldigten wurden mit dem Parteigutachten aber entgegen der überwiegenden Evidenz verneint.
211. Dass Prof. Geiser zufolge der Rechnungshöhe von CHF 4000 nur zehn Stunden an seinem Privatgutachten gearbeitet haben kann, wurde bereits aufgezeigt (vgl. oben Rz. 180). Prof. Geiser konnte damit nicht einmal ansatzweise irgendwelche

hinlänglichen Sachverhaltskenntnisse erwerben. Wenn sich die Vorinstanz auf ein solchermassen verfertigtes und prozessual eingebrachtes Parteigutachten abstützt, dann ist dies willkürlich. Und wenn die Vorinstanz dabei auch selber zentrale Aktenstücke ausser Acht lässt, so ist auch dies willkürlich.

212. Es darf nicht sein, dass die Vorinstanz infolge Zeitdrucks die Heilung des Mangels höheren Instanzen überlässt. Dies muss umso mehr gelten, als sich das Urteil auf die neue Argumentation sowie das Parteigutachten abstützt und der Freispruch als dessen kausale Folge erscheint, womit die Vorinstanz eine einseitige Beweiswürdigung vornimmt, was willkürlich ist.
213. An dieser Stelle ist auf Art. 99 BGG einzugehen, wonach neue Tatsachen und Beweismittel insoweit vorgebracht werden dürfen, als der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gegeben hat (vgl. auch BSK BGG-Schott, Art. 97 N 3). Dies ist vorliegend der Fall. Falls nicht schon eine Rechtsverletzung von Art. 47 BankG in dem Sinn bejaht wird, als dass sehr wohl ein Arbeitsverhältnis bestand, und dem Beschuldigten somit Tütereigenschaft im Sinne von Art. 47 BankG zukam, ist darauf hinzuweisen, dass es infolge der Gehörsverletzung, und somit aus zeitlichen Gründen, dem Vortragenden nicht zumutbar und möglich war, die dem Parteigutachten von der Vorinstanz zugemessene Bedeutung zu erkennen. Andernfalls hätte er weitere Beweisergänzungsanträge gestellt, wie die Einholung von Berichten und die Befragung von Zeugen (z.B. Michael Bär, Christoph Hiestand, Raymond Bär, etc.). Solche und weitere Beweisergänzungsanträge sind, sofern das angerufene Gericht die Anwendbarkeit von Art. 47 BankG wider Erwarten nicht bejahen sollte, und stattdessen auf eine Rückweisung zur Beweisergänzung erkennen sollte, klarerweise beabsichtigt. Dass der Beschuldigte auch für die Bank Julius Bär & Co. AG arbeitete und gewiss auch an diese rapportierte, wird sich mit Sicherheit noch klarer erstellen lassen, als dies bis jetzt schon der Fall ist, sofern dies überhaupt nötig sein sollte. Diese Zeugenbefragungen durchzuführen wäre ein Leichtes gewesen. Nur hatte ja niemand den Arbeitsvertrag des Beschuldigten je in Frage gestellt – auch der Beschuldigte nicht. Erst die

Vorinstanz kam zu diesem Schluss – auf Veranlassung der Ferndiagnose von Prof. Geiser – in letzter Sekunde.

214. Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs im Sinne von Art. 107 und Art. 109 StPO geltend. Es liegt eine willkürliche Beweiswürdigung und eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung in Bezug auf die Täterqualifikation bzw. die Sondertätereigenschaft des Beschuldigten vor. Damit wird eine Verletzung des Bundesrechts im Sinne der Art. 97 Abs. 1 und Art. 95 lit. a BGG geltend gemacht.

### 3. Zum Strafpunkt

215. Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten für drei Tatbestände (versuchte Nötigung, Urkundenfälschung und Drohung) mit 14 Monaten Freiheitsstrafe unter Ansetzung einer dreijährigen Probezeit.
216. Zusätzlich zu berücksichtigen ist die mehrfache Verletzung des Bankgeheimnisses nach altem (maximal 6 Monate) und neuem Recht (maximal 3 Jahre Freiheitsstrafe). Der Beschuldigte hat in drei Fällen (SB110200) durch Zustellung von je einer CD-Rom, Bankkundendaten der geschädigten Bank Julius Bär & Co. AG enthaltend, an die ESTV, KSTA und «Cash» gegen Art. 47 aBankG verstossen, zudem in einem Fall durch Zustellung der erwähnten CD-Rom an «Cash» das Geschäftsgeheimnis verletzt (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren). Sodann hat er im Verfahren SB150135 mehrere dem Bankgeheimnis unterstehende Informationen der Privatklägerin Bank Julius Bär & Co. AG an WikiLeaks (WikiLeaks 2008 und 2011) offenbart. Auch versuchte er, die Daten Peer Steinbrück preiszugeben und machte er sich des mehrfachen Verstosses, teilweise versucht gegen Art. 47 BankG schuldig.
217. Ausgehend von der schwersten Straftat (Urkundenfälschung) und in Anwendung von Art. 49 Abs. 1 StGB ist in objektiver und subjektiver Hinsicht im Wesentlichen das Folgende festzuhalten: Die Handlungen des Beschuldigten zeigen vor allem

durch die Urkundenfälschung «Merkel» und die Offenbarungen gegenüber WikiLeaks 2008 und 2011 ein erhebliches Schädigungspotential, zudem stellt die Drohung gegenüber Christoph Hiestand eine Drohung ganz erheblicher Schwere dar. Insgesamt ging es dem Beschuldigten darum, die Bank Julius Bär & Co. AG zu schädigen, dazu waren ihm alle Mittel recht, nicht zuletzt provozierte er massiv durch den Medienauftritt am 17. Januar 2011 mit Julian Assange in London. Sein Verhalten ist denn auch als absolut rücksichtslos zu bezeichnen, er bediente sich verschiedenster Mittel in seinem Rachekampf gegen die Bank Julius Bär, seien es drohende oder nötigende E-Mails an Bankorgane oder Bankmitarbeiter, sei es das Heraufladen von Bankgeheimnissen an WikiLeaks, im Wissen darum, dass diese im Internet maximale Verbreitung und das für immerfinden würden, sei es mit «Name-Dropping» im Fall Merkel.

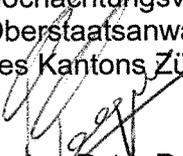
218. Der Beschuldigte ist kein «Whistleblower», er handelte vielmehr direkt vorsätzlich, um seinen Rachefeldzug gegen die Bank Julius Bär & Co. AG, die ihm seiner Meinung nach den weiteren Aufstieg und gewisse Zahlungen aus Unfall/Arbeitsvertrag verwehrt habe, vorwärts zu treiben bzw. den Druck immerwährend aufrecht zu halten. Sein Verschulden, insbesondere in subjektiver Hinsicht, ist daher als schwer zu taxieren.
219. Der Beschuldigte ist zwar nicht vorbestraft, er beging jedoch trotz seit 2005 laufendem Strafverfahren wegen versuchter Nötigung und Verletzung des Bankgeheimnisses mehrere neue Straftaten (Drohung, Urkundenfälschung und mehrfach Verletzung des Bankgeheimnisses alt- und neurechtlich), was stark strafehöhend ins Gewicht fällt. Sein Eingeständnis bezüglich der versuchten Nötigung ist praktisch irrelevant, kann daher nur ganz leicht strafmindernd ins Gewicht fallen. Hingegen ist die relativ lange Verfahrensdauer zu berücksichtigen.
220. Nach dem Gesagten erweist sich eine Freiheitsstrafe von insgesamt 36 Monaten als angemessen. Entsprechend ist ein Aufschub der gesamten Strafe unter Ansetzung einer Probezeit nicht mehr möglich. Aufgrund des als schwer zu taxierenden Verschuldens des Beschuldigten rechtfertigt es sich, zwölf Monate der

erwirkten Freiheitsstrafe, unter Anrechnung der bereits erstandenen Haft, zu vollziehen. Im Umfang von 24 Monaten ist die Freiheitsstrafe unter Ansetzung einer dreijährigen Probezeit aufzuschieben.

4. Kosten

221. Bei Obsiegen der Beschwerdeführerin sind dem Beschuldigten auch die Kosten des Berufungsverfahrens grossmehrheitlich aufzuerlegen. Da einzig der Freispruch betreffend versuchte Nötigung zum Nachteil von Curtis Lowell jun. sowie einige wenige Punkte betreffs Bankgeheimnisverletzung (SB150135, Ziff. 7 und 10) nicht angefochten wurden, rechtfertigt es sich, eine Kostenaufgabe von neun Zehnteln vorzunehmen, ein Zehntel sei auf die Gerichtskasse zu nehmen. Auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens seien zu Lasten des Beschuldigten zu verlegen.
222. Abschliessend ersuche ich Sie höflich, im Sinne der von der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich gestellten Anträge zu entscheiden.

Hochachtungsvoll  
Oberstaatsanwaltschaft  
des Kantons Zürich

  
lic. iur. Peter Pellegrini  
a.o. Oberstaatsanwalt

in vierfacher Ausführung

Beilagen (einfach) gemäss umseitigem Verzeichnis

<b>Beilagenverzeichnis</b>		
	<b>Beschwerde</b> <b>Kanton Zürich ggn Rudolf Elmer</b> <b>betr. Art. 47 BankG etc.</b> <b>Urteil OGZ vom 19.08.16</b> <b>(SB110200 / SB 150135)</b>	
1	Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 19. August 2016 (SB110200 und SB150135) Anklageschriften der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 25.10.2010 und vom 10.12.2013, Geschäfts-Nr. B-3/2008/279, ZWI 2011/57 Anklageschrift der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich vom 30. Juni 2014, Geschäfts-Nr. A-2/2011/19	19.08.16
2	Ein unsichtbares Arbeitsheer - NZZ Online, vom 05.11.16	05.11.16
3	Expatriate Agreement, dat. 16.11.99 (SB150135, KA Ordner 2, act. 20031 f.)	16.11.99
4	Assignment as Chief Operating Officer, dat. 16.11.99 (SB 150135, dort Beizugsakte OG Zürich, III. Strafkammer, UE 150355, darin act. 705034 f.)	18.11.99
5	2001 Annual Report of Julius Baer Holding Ltd., Business Summary (SB150135, KA Ordner 1, act. 10693 ff., und darin act. 10702)	Jan. 02
6	E-Mail des Beschuldigten an Raymond Bär und Christoph Hiestand, dat. 20.06.08, betr. "Swiss-whistleblower.com – Weiteres Vorgehen – Kundeninformationen (SB110200, eUA, Ordner 13, 6/8 (act. 7358)	20.06.08
7	Lohnausweis 2000 (SB110200, Ordner 47, Ende erstes Fünftel)	18.12.00
8	Lohnausweis 2000 (mit handschr. Ergänzungen betr. Nachzahlung 1999 re: Tochter Helena (SB110200, Ordner 47, Ende erstes Fünftel)	18.12.00
9	Lohnausweis 2001 (SB110200, Ordner 47, Ende erstes Fünftel)	18.12.01
10	Lohnausweis 2002 (SB110200, Ordner 47, Ende erstes Fünftel)	23.12.02

11	Entscheid der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich, dat. 28.09.06 (SB110200 ND 1 Urk. 2/12.16; entspricht SB110200 ND 1 Urk. 7/27)	28.09.06
12	Agenda Besprechung Montag, 05.08.99 (SB 150135, KA Ordner 2, act. 20069 f.)	05.08.99
13	Protokoll des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer (SB110200-O Urk. 447 D) Rudolf Elmer gegen Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland betr. Drohung etc., dat. 11.04.11 – 23.08.16	11.04.11 - 23.08.16
14	Beantwortung der Erstberufung Elmer (SB150135 Urk. 235, Hauptverhandlung vom 23. – 24. Juni 2016) der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich, dat. 22.06.16 (recte: 24.06.16)	22.06.16 / recte: 24.06.16
15	Parteigutachten von Prof. Geiser (SB110200 Urk. 435/41), Stellungnahme zur Frage, welche Voraussetzungen arbeitsrechtlich gegeben sein müssen, damit eine Verletzung des Bankkundengeheimnisses (Art. 47 BankG) möglich ist, dat. 14.06.16	14.06.16