

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer

EINGEGANGEN

20. Okt. 2016

21. Okt. 2016

Erl. \_\_\_\_\_



Geschäfts-Nr.: SB110200-O/U/cwo  
damit vereinigt: SB150135

Mitwirkend: Die Oberrichter lic. iur. P. Marti, Präsident, lic. iur. R. Naef  
und lic. iur. M. Langmeier sowie die Gerichtsschreiberin  
lic. iur. S. Bussmann

**Urteil vom 19. August 2016**

in Sachen

Rudolf Matthias Elmer, geboren 1. November 1955,  
von Elm GL und Zürich, dipl. Wirtschaftsprüfer,  
Nauengasse 11, 8427 Rorbas,  
Beschuldigter und I. Berufungskläger  
amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. Ganden Tethong,  
Tethong Blattner AG, Selnaustr. 6, 8001 Zürich

gegen

**Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland**,  
vertreten durch Leitenden Staatsanwalt Dr. iur. R. Jäger,  
Hermann Götz-Str. 24, Postfach, 8401 Winterthur,  
Anklägerin und II. Berufungsklägerin (SB110200)

sowie

**Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich**,  
vertreten durch Staatsanwalt Dr. iur. P. Giger,  
Weststr. 70, Postfach, 8036 Zürich,  
Anklägerin und II. Berufungsklägerin (SB150135)

AHV/IV/ALV-Beiträge leistete und auch in der Schweiz gegen Unfall versichert blieb, dazu führen soll, dass der Beschuldigte zusätzlich dem schweizerischen Bankgeheimnis unterstellt wäre, ist nicht einsichtig. Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang noch Folgendes: Wie schon mehrfach erwähnt, wurde zwischen der JBBT und dem Beschuldigten per 1. September 2002 ein lokaler Arbeitsvertrag geschlossen, weil davon ausgegangen wurde, der Beschuldigte werde nicht mehr in die Schweiz zurückkehren. Ungeachtet dessen schlossen aber auch hier der Beschuldigte und die Bank Julius Bär & Co. AG unter dem 16. September 2002 eine Zusatzvereinbarung, wonach der Beschuldigte vorsorgerechtlich in der "Stiftung der Bär Gruppe" verbleibe, er die Möglichkeit habe, im schweizerischen Sozialversicherungssystem versichert zu bleiben und sich die Bank Julius Bär & Co. AG gar verpflichtete, Ausbildungsbeiträge für die Tochter des Beschuldigten zu leisten. Und auch hier sicherte die Bank Julius Bär & Co. AG zu, nach der Beendigung des Einsatzes des Beschuldigten für die JBBT das Möglichste zu tun, um ihm eine angemessene Stelle bei der Bank Julius Bär & Co. AG oder der Bär-Gruppe offerieren zu können (SB110200 ND 1 Urk. 2/4.3.2). Diese Vereinbarung unterscheidet sich nun vom "Expatriate Agreement" vom 1. September 1999 nicht wirklich fundamental: Zwar geht sie vorsorge- und versicherungsrechtlich etwas weniger weit, enthält aber hinsichtlich der Ausbildungsbeiträge immerhin eine ganz direkte, bezifferte Zahlungspflicht der Bank Julius Bär & Co. AG, wogegen im "Expatriate Agreement" nichts Ähnliches vereinbart war (die Tochter Helena war damals allerdings auch erst gerade geboren worden). Vom Gehalt her gleich wurde in beiden Vereinbarungen die Verpflichtung der Bank Julius Bär & Co. AG formuliert, nach dem Ausscheiden des Beschuldigten aus der JBBT ihm möglichst eine angemessene Stelle zu offerieren. 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.

20.12.5. Es steht deshalb fest, dass der Beschuldigte in der anklagerelevanten Zeit kein Angestellter der Bank Julius Bär & Co. AG war und er die von ihm offen-

barten Daten auch nicht in einer Angestellteneigenschaft mit Bezug auf die Bank Julius Bär & Co. AG wahrgenommen hat.

→ Dr. Kurt Langhard (Anwalt)

20.13. Der privatklägerische Vertreter stellte an der Berufungsverhandlung vom 23./24. Juni 2016 zur Diskussion, ob das Verhältnis des Beschuldigten zur Bank Julius Bär & Co. AG in der fraglichen Zeit nicht als Auftrag und der Beschuldigte mithin als Beauftragter im Sinne von Art. 47 BankG qualifiziert werden könnte (Prot. II S. 81). Die Staatsanwaltschaft findet, dieser Gedanke könne bei der Frage des Auslegungsbereichs von Art. 47 BankG wertvolle Blickwinkel liefern (SB110200 Urk. 235 S. 10).

20.13.1. Vorab ist schon einmal sehr fraglich, ob eine solche Betrachtungsweise nicht gegen das Anklageprinzip verstiesse. Zwar ist die rechtliche Würdigung eines Anklagesachverhalts vom Gericht selbständig und unabhängig von allfälligen Anträgen der Staatsanwaltschaft vorzunehmen und könnte man deshalb die Auffassung vertreten, es sei am Gericht zu entscheiden, ob ein bestimmtes Rechtsverhältnis als Arbeitsvertrag oder Auftrag zu würdigen ist. Es ist aber auch sachverhältnissmäßig durchaus ein Unterschied, ob jemand als Arbeitnehmer in die Dienste eines Anderen tritt oder von jenem einen Auftrag entgegennimmt und ausführt. Und diesbezüglich muss schon gesehen werden, dass in den Anklagen durchwegs von "Anstellung", "Arbeitsvertrag", "Arbeitsverhältnis", "Arbeitgeberin" etc., nirgends aber etwa von "wurde beauftragt", "Auftraggeber", "Auftragnehmer" etc. die Rede ist. Es kann aber offen bleiben, ob die an der Berufungsverhandlung ins Spiel gebrachte "Auftragsvariante" von den vorliegenden Anklagen überhaupt umfasst wäre, weil der Beschuldigte ohnehin nicht als Beauftragter der Bank Julius Bär & Co. AG zu qualifizieren ist:

20.13.2. Die Beauftragten sind erst mit der Revision des BankG von 1971 in den Kreis der Personen einbezogen worden, die dem Bankgeheimnis unterstehen. Der Begriff wird in der entsprechenden Botschaft aber nicht weiter erläutert; es wird einzig vermerkt, dass so "insbesondere auch Rechenzentren erfasst werden, die von Banken mit der elektronischen Datenverarbeitung betraut werden" (BBl 1970 I 1182). Daraus wird in der Lehre gefolgert, dass eine Unterstellung dann gerechtfertigt ist, "wenn dies einem ernstzunehmenden Interesse an der Optimie-

nung ihrer [d.h. der Bank] Leistungen oder an der Senkung ihrer Kosten entspricht". Dabei werde die in einem solchen Rahmen erfolgende Weitergabe von Daten in aller Regel auch im wohlverstandenen Interesse des Bankkunden liegen, um dessen Schutz es gehe (BSK BankG-Stratenwerth, a.a.O., Art. 47 N 7 m.Hw.).

20.13.3. Das "Expatriate Agreement" vom 1. September 1999 lässt sich nicht unter diesen Begriff subsumieren, nachdem der Beschuldigte seine Dienste gerade nicht im Interesse des "Auftraggebers" (der Bank Julius Bär & Co. AG) zu verrichten hatte, sondern in die Arbeitsorganisation der JBBT eingegliedert war. Allenfalls könnte man noch sagen, dass er in einem – wenn auch weit verstandenen – Interesse der Holding tätig gewesen sei. Die Bär Holding AG war aber nicht Vertragspartei. Entsprechend wäre auch die Voraussetzung nicht erfüllt, dass der Beschuldigte die von ihm schliesslich offenbarten Daten im Rahmen des "Auftragsverhältnisses" mit der Bank Julius Bär & Co. AG wahrgenommen hätte, denn die Daten kamen ihm in der Eigenschaft als Angestellter der JBBT zur Kenntnis.

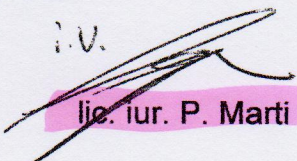
20.13.4. Mit Blick auf das Auftragsrecht fehlte es dem "Expatriate Agreement" so dann weiter etwa auch daran, dass der Beschuldigte nicht in unabhängiger Position tätig war (sondern als im Betrieb der JBBT subordinierter Arbeitnehmer), ihn gegenüber der Vertragspartnerin eigentlich keine auftragstypischen Pflichten trafen (z.B. Informationspflicht, Beachtung von Weisungen, Rechenschafts- und Erstattungspflicht) sowie er für seine – selbstverständlich entgeltlichen – Dienste einen Lohn von einer Drittpartei (JBBT) und kein Honorar von der Bank Julius Bär & Co. AG bezog. Schliesslich ist die jederzeitige Kündbarkeit eines Auftrags (Art. 404 Abs. 1 OR) nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts zwingender Natur (BGE 115 II 464 E. 2a S. 466 ff., bestätigt in Urteil 4A\_141/2011 vom 6. Juli 2011 E. 2.2 mit Hinweisen und letztmals im Urteil 5A\_106/2014 vom 26. Mai 2014 E. 7.3). Dass die Parteien des "Expatriate Agreements" dessen Beendigung grundsätzlich "automatisch" an den Austritt des Beschuldigten aus dem Betrieb der JBBT (mit welcher er arbeitsvertraglich verbunden war) anknüpfen, ist mithin ebenfalls ein Indiz dafür, dass kein Auftrag geschlossen werden sollte. Eine jederzeitige Widerrufbarkeit des "Expatriate Agreements" wäre denn auch mit dem Charakter des Vertrags nicht vereinbar gewesen – dem Vertrag, mit wel-

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

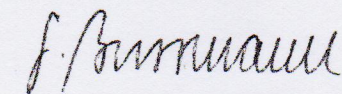
Obergericht des Kantons Zürich  
I. Strafkammer

Zürich, 19. August 2016

Der Präsident:

i.v.  
  
lic. iur. P. Marti

Die Gerichtsschreiberin:

  
lic. iur. S. Bussmann

Zur Beachtung:

Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht:

Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe.

Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB),

- wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht,
- wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer

Kopie



AB.i

Geschäfts-Nr. SB150135-O

**Protokoll**

in Sachen

Rudolf Matthias Elmer, geboren 1. November 1955, von Elm GL  
und Zürich, dipl. Wirtschaftsprüfer, Nauengasse 11, 8427 Rorbas,  
Beschuldigter und I. Berufungskläger  
amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. Ganden Tethong Blattner,  
Tethong Blattner AG, Selnaustr. 6, 8001 Zürich

gegen

Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich,  
vertreten durch Staatsanwalt Dr. iur. P. Giger,  
Weststr. 70, Postfach, 8036 Zürich,  
Anklägerin und II. Berufungsklägerin

betreffend

**mehrfache Bankgeheimnisverletzung etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 9. Abteilung, vom  
12. Januar 2015 (DG140203)**

STA Dr. iur. P. Giger:

Zum Zeitpunkt, in dem der Beschuldigte die Daten an sich genommen hat: Die Datensätze, von welchen wir sprechen, die wir als älteste Quelle von der CD Ruedi Daten in den Akten haben, stammen alle aus der Zeit vor Dezember 1999. Es handelt sich augenscheinlich um eine Sicherungskopie operativer files. Diese Sicherungskopie muss im Dezember 1999 angefertigt worden sein, sonst hätte es diese Daten nicht drauf. Damals dürfte er die Daten an sich genommen haben. Damals hat ein Arbeitsverhältnis zur Bank Julius Bär & Co. AG in Zürich bestanden. Damit fällt er nach Ansicht der Staatsanwaltschaft unter Art. 47 des schweizerischen Bankgesetzes.

RA Dr. iur. K. Langhard zur Stellungnahme zur ergänzten Anklage, zur Beweisergänzung sowie zur ergänzenden Beantwortung der Erstberufung sowie abschliessende Stellung der Anträge:

Die Privatklägerin schliesst sich den Anträgen der Staatsanwaltschaft an.

Die Qualifikation des Arbeitsvertrages muss dem Gericht überlassen werden. Allerdings ist zu bedenken, ob der Beschuldigte nicht durch die Entsendung mit dem Expatriate Agreement ein Beauftragter der Julius Bär & Co. AG im Sinne von Art. 47 BankG war. Dann käme Art. 47 BankG zur Anwendung, weil er Beauftragter – und nicht weil er Arbeitnehmer – war. Der Beschuldigte wusste sodann, dass die Cayman-Kunden, wie sich dies auch gezeigt hat, praktisch ausschliesslich oder doch grossmehrheitlich Kunden der Bank Julius Bär & Co. AG in Zürich waren. Verriet er diese Namen, verletzt er als Beauftragter der Bank Julius Bär & Co. AG das Schweizer Bankgeheimnis.

Auf Vorhalt von Beilage 39 des Plädoyers der Verteidigung (Urk. 435/39):

Hier geht es darum, wo er arbeitsrechtlich angestellt war. Es kann sein, wir haben diesen Vertrag in den Cayman Islands, das schliesst aber nicht aus, dass er eben auch Beauftragter qua Expatriate Agreement der Bank Julius Bär war. Sie hat ihn entsandt, mit dem Auftrag, dort diesen Arbeitsvertrag zu schliessen und nach Art. 47 BankG sind eben auch Beauftragte verpflichtet, das Bankgeheimnis zu wahren. Das ist eine andere Qualifikation. Es kann jemand Arbeitnehmer auf den

Cayman Islands oder sonst bei einer Tochter- oder Nichtengesellschaft sein, er kann aber zugleich auch Beauftragter der entsendenden Bank der Julius Bär & Co. AG in Zürich sein. Das eine schliesst das andere nicht aus. Es kann kumulativ beides der Fall sein.

RAin lic. iur. G. Tethong zum zweiten Vortrag:

Vorliegend geht es einzig um die Frage, ob der Beschuldigte für sein Verhalten bestraft werden kann. Es geht nicht um die Frage, ob man sein Verhalten gutheisst oder nicht.

Die Staatsanwaltschaft hat in Richtung des Beschuldigten bzw. der Verteidigung wiederum der Vorwurf der Verfahrensverzögerung geltend gemacht. Ich denke, die Staatsanwaltschaft ist vorliegend nicht in der Position, dem Beschuldigten bzw. der Verteidigung solche Vorwürfe zu machen, nachdem sie jahrelang ermittelt und ein ungenügendes Untersuchungsergebnis abgeliefert hat, was dann zu sehr aufwändigen Nachuntersuchungen führte.

Das von mir eingereichte Dokument vom 10. Februar 2003 ist ein vertrauliches internes Dokument von der Julius Bär Bank & Trust Company. Zu diesem Dokument hatte der Beschuldigte keinen Zugang. Es geht um eine interne Abklärung im Zusammenhang mit der Entlassung von Herrn Elmer.

Den Ausführungen des Staatsanwaltes, wonach ein Arbeitsvertrag auch formfrei abgeschlossen werden könne, stimme ich grundsätzlich zu. Allerdings ist vor diesem Hintergrund nicht einsichtig, weshalb sich die Staatsanwaltschaft dann über Jahre hinweg an das Expatriate Agreement geklammert hat, das in schriftlicher Form vorliegt. Ich denke, dass meine Ausführungen und die von mir eingereichten Belege klare Nachweise sind, dass der Beschuldigte eben lediglich Angestellter der Julius Baer Bank & Trust Company war.

Zum Einwand der Staatsanwaltschaft, wonach es sich bei den zwei Rechtsgutachten um reine Parteigutachten handle, muss ich sagen, dass es sich bei den Gutachtern um anerkannte Professoren von schweizerischen Universitäten handelt. Die hätten sich nicht für ein Gutachten hingegeben, um lediglich den Ansprüchen der Verteidigung zu entsprechen. Es handelt sich sicher nicht um ein Gefäl-



ligkeitsgutachten. Die Gutachter hatten den Auftrag, die Sache so abzuklären, wie sie ist. Wenn mir das Ergebnis nicht gepasst hätte, dann hätte ich es einfach nicht eingereicht.

Die Staatsanwaltschaft macht geltend, dass der Beschuldigte in einem der diversen Verfahren einmal ausgeführt habe, Arbeitnehmer der Bank Julius Bär & Co. AG gewesen zu sein. Es kann sein, dass er einmal dieser Meinung war. Tatsache ist aber, und das habe ich heute klar dargelegt, dass er während seiner Cayman Zeit nicht Arbeitnehmer der Bank Julius Bär & Co. AG war. Und nur um diese Zeit geht es.

Im Zusammenhang mit den Ausführungen von RA Dr. iur. Langhard möchte ich darauf hinweisen, dass Prof. Dr. Geiser in seinem Gutachten auch unter Berücksichtigung der Thematik eines allfälligen Entsendungsvertrages für die Cayman Zeit das Vorliegen eines Arbeitsvertrages mit der Bank Julius Bär & Co. AG verneint.

Ich möchte Herrn Staatsanwalt Dr. iur. G. R. Jäger sodann darauf hinweisen, dass Zürich nicht unbedingt die Bank Julius Bär & Co. AG betrifft. So trifft es etwa nicht zu, dass Herr Schmid der Bank Julius Bär & Co. AG zuzuordnen ist. Herr Schmid war für das HR der Holding AG zuständig. Dann ist es aber auch klar, dass er auch für die Julius Baer Bank & Trust Company zuständig ist. Der Umstand, dass sich Herr Elmer an Herrn Schmid in Zürich gewendet hat, sagt nichts über ein allfälliges Arbeitsverhältnis mit der Bank Julius Bär & Co. AG aus.

(Auf entsprechende Frage der Verfahrensleitung erklärt die Verteidigung, das von ihr erwähnte und eingereichte interne Dokument vom 10. Februar 2003 [Urk. 435/9] bei der Dateneinsicht erhältlich gemacht zu haben. Sie könne die Datenquelle aber nicht mehr mit Sicherheit angeben, gehe aber auch aufgrund der Datenstruktur davon aus, dass es von der Cash-CD stammen müsse. Sie wolle sich aber nicht darauf behaften lassen.)

(StA Dr. iur. P. Giger wird auf entsprechendes Ersuchen eine Kopie der Stellungnahmen von Prof. Dr. W. Wohlers sowie von Prof. Dr. Dr. h.c. T. Geiser ausgehändigt.)

NR. 10

Zu RZ 140 ff.:

Eigentlich hätte die Vorinstanz vielmehr einstellen müssen. Relevant ist der Zeitpunkt, in dem der Beschuldigte die Daten Wikileaks offenbarte. Indem auch das Gericht meinen Beweisantrag abgelehnt hat, den Weggefährten von Julian Assange, Herrn Domscheit-Berg, einzuvernehmen, hat es nun erreicht, dass die Verjährung nicht mehr geltend gemacht werden kann.

Zu RZ 151:

Wie der Staatsanwalt selber schreibt, agitierte der Beschuldigte aus dem fernen Mauritius. Wie ich gestern ausgeführt habe, handelt es sich bei diesem Delikt um ein Tätigkeitsdelikt. Die notwendigen Voraussetzungen für eine Bestrafung des Beschuldigten für diese Auslandstat sind nicht erfüllt.

Der Staatsanwaltschaft macht sodann geltend, dass die Kanzlerin und auch ihr Ehemann geschädigt worden seien. Sie sind aber weder Privatkläger im vorliegenden Verfahren noch wurden sie befragt. Damit sind die Ausführungen der Staatsanwaltschaft reine Spekulationen.

In Bezug auf die Urkunde möchte ich sodann nochmals erwähnen, dass man mit einem derart dilettantisch verfassten Schreiben gar nicht solche Schäden anrichten kann. Das Schreiben ist immer noch auf Wikileaks sichtbar. Offenbar hat sich Frau Merkel bis heute nicht daran gestört.

Zu RZ 165:

Auch hier wurde mein Beweisantrag auf Befragung von Peer Steinbrück abgelehnt. Wir haben mit Bezug auf Peer Steinbrück einfach einen Brief, der von Mauritius versandt wurde. Ob Peer Steinbrück den Brief tatsächlich bekommen hat, ist nicht gesichert. Aber wie gesagt ist ein Offerieren von Bankdaten nicht strafbar. Der Beschuldigte ist nicht einmal ins Versuchsstadium gekommen. Die Handlungen, die er ausgeführt hat, sind nicht strafbare Vorbereitungshandlungen.

