

6B\_1314/2016, 6B\_1318/2016

**Urteil vom 10. Oktober 2018  
Strafrechtliche Abteilung**

Besetzung

Bundesrichter Denys, Präsident,  
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,  
Bundesrichter Oberholzer, Rüedi,  
Bundesrichterin Jametti,  
Gerichtsschreiber Traub.

Verfahrensbeteiligte

**6B\_1314/2016**

**Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,**  
Florhofgasse 2, 8090 Zürich,  
Beschwerdeführerin,

**gegen**

Rudolf **Elmer**, [REDACTED]  
vertreten durch Rechtsanwältin Ganden Tethong,  
Tethong Blattner AG, Selnaustrasse 6, 8001 Zürich,  
Beschwerdegegner,

**und**

**6B\_1318/2016**

Rudolf **Elmer**, [REDACTED]  
vertreten durch Rechtsanwältin Ganden Tethong,  
Tethong Blattner AG, Selnaustrasse 6, 8001 Zürich,  
Beschwerdeführer,

**gegen**

**Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,**  
Florhofgasse 2, 8090 Zürich,  
Beschwerdegegnerin.

---

Gegenstand

Verletzung des Bankgeheimnisses, Verletzung des  
Geschäftsgeheimnisses; Drohung

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

## **Sachverhalt:**

### **A. Vorgeschichte**

Rudolf Elmer arbeitete seit September 1987 als Revisor für die Bank Julius Bär & Co. AG in Zürich. Deren Mutterhaus, die Julius Bär Holding mit Sitz in Zürich, entsandte ihn im September 1994 zunächst für eine Dauer von fünf Jahren als Chefbuchhalter zu einer auf den Kaimaninseln (*Cayman Islands*) domizilierten Tochtergesellschaft, der Julius Baer Bank & Trust Company Ltd. (JBBT). Die Kaimaninseln sind ein britisches Überseegebiet (*British Overseas Territory*) in der Karibik mit eigener Privatrechtsordnung. Ab dem 1. September 1999 leitete Rudolf Elmer das operative Geschäft der JBBT. Am 10. Dezember 2002 kündigte die JBBT das Arbeitsverhältnis ordentlich mit Wirkung auf den 10. März 2003 und stellte ihn ab sofort frei. Dies wurde unter anderem damit begründet, Rudolf Elmer habe sich angeordneten Massnahmen zur Sicherheitsüberprüfung entzogen.

In der Folgezeit verwickelte sich Rudolf Elmer in rechtliche Auseinandersetzungen mit der Bank Julius Bär & Co. AG. In den Jahren 2005 und 2007 stellten für die Holdinggesellschaften tätige Personen infolge von Handlungen, die später Rudolf Elmer zugeordnet werden konnten, jeweils wegen Drohung Strafanzeige gegen Unbekannt.

### **B. Erstes Strafverfahren**

**B.a** Die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland eröffnete im Juni 2005 ein Strafverfahren (Anklageschrift vom 25. Juni 2010). Am 25. Juni 2010 erhob sie folgendermassen Anklage gegen Rudolf Elmer:

Im Zentrum stand der Vorwurf einer mehrfachen Verletzung des Bank- resp. des Geschäftsgeheimnisses, die Rudolf Elmer begangen haben soll, indem er Bankkundendaten, die ihm in seiner Eigenschaft als Mitarbeiter der Julius Bär Holding resp. einer zugehörigen Konzerngesellschaft auf den Kaimaninseln zugänglich waren, an Personen und Stellen weiterleitete, die darauf keinen Anspruch hatten.

So habe er im Juni 2004 der *Steuerverwaltung des Kantons Basel-Stadt* die fingierte Selbstanzeige eines Kunden der Bank Julius Bär & Co. AG wegen nicht deklarerter steuerbarer Einkünfte (Offshore-Aktivitäten mit *Mutual Funds*) zukommen lassen. Die Steuerverwaltung leitete ein Prüfverfahren ein, das ergebnislos blieb.

Im März 2005 habe Rudolf Elmer von Berlin aus anonym jeweils eine CD mit Begleitschreiben an die *Eidgenössische Steuerverwaltung*

(ESTV) sowie an die *Steuerverwaltung des Kantons Zürich* gesandt. Darin habe er eine Vielzahl von Bankkundendaten sowie interne Geschäftsabläufe einer auf den Kaimaninseln niedergelassenen Einheit der Julius Bär Holding offenbart. Die kantonale Behörde leitete in mindestens einem Fall ein Nachsteuer- und Bussenverfahren ein.

Im Juni 2005 habe Rudolf Elmer der Redaktion der Zeitschrift *Cash* in Zürich anonym eine CD mit Begleitschreiben zugestellt. Diese habe vertrauliche Daten (interne Geschäftsabläufe der Bank, Namen von Firmen- und natürlichen Personenkunden, Adress-, Konto- und Vermögensangaben) enthalten. Die Zeitschrift veröffentlichte am 16. Juni 2005 einen Artikel unter dem Titel "Datenklau bei der Bank Julius Bär".

Weiter beschuldigte die Staatsanwaltschaft Rudolf Elmer, im Mai 2004 von einem Internet-Café in Zürich aus unter Pseudonym eine E-Mail an den damaligen *Chief Executive Officer* (CEO) der JBBT, Charles Farrington, verschickt zu haben. In dieser Sendung habe er vorgegeben, im Besitz von vertraulichen Kundendaten zu sein, die er veröffentlichen würde, falls ihm nicht USD 50'000.-- bezahlt würden. Auf diesem Weg habe er ihm seiner Meinung nach zustehende Forderungen durchsetzen wollen. Es liege eine versuchte Nötigung vor.

Zudem legte die Anklage Rudolf Elmer eine Drohung zur Last. Er habe einem Mitglied des Verwaltungsrates der JBBT, Curtis Lee Lowell jr., im Juni 2005 aus zwei öffentlichen Telefonkabinen in Zürich und Pfäffikon/SZ drei Telefaxe mit drohendem Inhalt zugesandt, um diesen dazu zu bewegen, die Schweiz zu verlassen oder "zu kooperieren". Der Beschuldigte sei davon ausgegangen, der Geschädigte sei (als früherer Repräsentant der Bank Julius Bär & Co. AG in Mexiko) in die sog. Salinas-Affäre und ausserdem in unsaubere Geschäfte auf den Kaimaninseln verwickelt gewesen.

Die Staatsanwaltschaft beschuldigte Rudolf Elmer sodann der versuchten Nötigung. Er habe im August 2005 aus seinem Urlaub in Serfaus (Österreich) zwei anonyme E-Mails in englischer Sprache mit identischem Inhalt an die Bank Julius Bär & Co. AG sowie in Kopie an die Zeitschrift *Cash* resp. an einen Mitarbeiter der Bank versandt. In diesen E-Mails habe er die Adressatin aufgefordert, laufende "Aktionen" gegen Mitarbeiter zu stoppen. Für den Fall, dass dies nicht geschehen sollte, drohte er an, er werde Kundendaten, die er sich pflichtwidrig verschafft habe, an Steuerbehörden, Zeitungen und rechtsextreme "Gruppierungen" weiterleiten.

Weiter soll Rudolf Elmer im August 2007 aus Mauritius über ein Onlineformular der Zeitung *Tages-Anzeiger* mitgeteilt haben, am selben Tag werde bei "Julius Baer, Zürich" eine Explosion erfolgen. Dies erfülle den Tatbestand der Drohung.

Ebenfalls im August 2007 habe er von seinem damaligen Wohn- und Arbeitsort Mauritius aus unter dem Pseudonym "*Robin Hood*" eine E-Mail (Anrede: "*Hi dirty pig*") mit einer Todesdrohung an Christoph Hiestand, Mitarbeiter des Rechtsdienstes der Julius Bär & Co. AG, gesendet.

Wiederum den Tatbestand der Drohung erfüllt haben soll Rudolf Elmer, als er im September 2007 von der Isle of Man aus eine weitere E-Mail an Christoph Hiestand mit der Textpassage "*Are you still alive? That will change soon*" gesendet habe.

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

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

Freigesprochen wurde Rudolf Elmer von den Vorwürfen betreffend Drohungen zum Nachteil der Bank Julius Bär & Co. AG (Hinterlegung einer Bombendrohung auf der Internetseite der Zeitung *Tages-Anzeiger*) resp. zum Nachteil von Christoph Hiestand (Zusendung des E-Mails "*Are you still alive*") sowie vom Vorwurf der versuchten Nötigung (Versand eines E-Mails an Charles Farrington).

Das Bezirksgericht verurteilte Rudolf Elmer zu einer Geldstrafe von 240 Tagessätzen zu Fr. 30.--. Den Vollzug dieser Strafe schob es auf, dies bei einer Probezeit von zwei Jahren.

Rudolf Elmer erhob am 20. Januar/21. März 2011, die Staatsanwaltschaft am 24. Januar/10. März 2011 Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich.

Angefochten wurden die Schuldsprüche betreffend Drohung (E-Mail "*Hi dirty pig*"), versuchter Nötigung (Telefaxe an Curtis Lee Lowell jr.) und mehrfacher Verletzung des Bankgeheimnisses, die ausgesprochene Sanktion, die Festlegungen betreffend Strafvollzug und Probezeit sowie die Kostenverlegung und Prozessentschädigung.

Am 17. November 2011 wies das Obergericht des Kantons Zürich die Akten zur weiteren Untersuchung sowie zur allfälligen Ergänzung resp. Abänderung der Anklageschrift an die Staatsanwaltschaft Winterthur/ Unterland zurück. Am 27. November 2013 legte die Staatsanwaltschaft einen "Abschlussbericht zu ergänzenden Untersuchungshandlungen" auf und erliess am 10. Dezember 2013 eine geänderte Anklageschrift.

Mit Zwischenentscheid vom 10. März 2014 wies das Obergericht des Kantons Zürich unter anderem einen Antrag von Rudolf Elmer ab, das Verfahren sei an das Bezirksgericht zurückzuweisen. Das Bundesgericht trat auf die dagegen erhobene Beschwerde nicht ein (Urteil 1B\_143/2014 vom 14. Mai 2014).

### **C. Zweites Strafverfahren**

**C.a** Die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich eröffnete im Januar 2011 ein zweites Strafverfahren. Dieses mündete in folgende Anklagen (Anklageschrift vom 30. Juni 2014):

Zur Last gelegt wurde Rudolf Elmer zunächst eine Urkundenfälschung. Mittels Elementen des Briefpapiers, auf welchem ihm die Bank Julius Bär & Co. AG am 6. Juni 2006 eine Arbeitsbestätigung ausgestellt hatte, habe er gegen Ende des Jahres 2007 ein gefälschtes Schreiben dieser Bank an die deutsche Bundeskanzlerin Angela Merkel bei WikiLeaks publiziert. In diesem Schriftstück wird der Eindruck erweckt, die Bank verwahre sich dagegen, Offshore-Konti und Trusts zu halten, die für Zahlungen an deutsche Politiker benützt würden, in diesem Fall an ein Nummernkonto bei der Credit Suisse, und sie werde diese Vorgänge an nicht näher bezeichnete Behörden melden.

Gegenstand der Anklage war wiederum der Vorwurf einer mehrfachen Verletzung des Bankkunden- resp. Geschäftsgeheimnisses:

Der Sachverhaltskomplex "*WikiLeaks 2008*" betrifft den Vorwurf an Rudolf Elmer, im Zeitraum Dezember 2007 bis Dezember 2008 von seinem damaligen Lebensmittelpunkt Mauritius aus Daten mit Bezug auf die Bank Julius Bär & Co. AG und ihre Kunden an die Enthüllungsplattform WikiLeaks weitergeleitet zu haben, die er während seiner Tä-

tigkeit als COO der JBBT (September 1999 bis August 2002) zurückbehalten habe. WikiLeaks habe im Zeitraum Januar 2008 bis März 2009 in Zusammenarbeit mit dem Beschuldigten nach und nach "Fall-dossiers" mit aufbereiteten Daten aus den zur Verfügung gestellten Dokumenten veröffentlicht.

Unter dem Titel "*Steinbrück 2009/2010*" warf die Anklage Rudolf Elmer versuchte Verletzung des Bankkundengeheimnisses vor. Er habe am 6. April 2009 aus Mauritius einen Brief an den damaligen deutschen Finanzminister Peer Steinbrück gesendet. Darin habe er auf seine Veröffentlichungen in WikiLeaks hingewiesen und einschlägige, noch nicht publizierte Bankkundendaten von in Deutschland ansässigen Personen angeboten, denen er Steuerhinterziehung unterstellte. Als Gegenleistung habe er Schutz für seine Familie eingefordert. Sodann habe er in seinem 2010 erschienenen Buch "Bankenterror" ein entsprechendes Angebot bekräftigt.

Der Anklagekomplex "*WikiLeaks 2011*" betrifft den Vorwurf an Rudolf Elmer, ab Mitte November 2010, nunmehr wieder in der Schweiz wohnhaft, eine zweite Kampagne von Publikationen über WikiLeaks vorbereitet zu haben. Zu diesem Zweck habe er den Text eines an Kunden der Bank Julius Bär & Co. AG gerichteten Drohbrieffs entworfen, wonach im Januar 2011 die Veröffentlichung individueller Kundendaten bei WikiLeaks bevorstehe; die Adressaten sollten sinngemäss zur Selbstanzeige im jeweils zuständigen Land aufgefordert werden. Am 17. Januar 2011 habe in London eine Pressekonferenz im Beisein von Julian Assange, dem Begründer von WikiLeaks, stattgefunden. In einer Wortmeldung während dieser Veranstaltung habe Rudolf Elmer, wie schon tags zuvor über die Wochenzeitung *The Observer*, die Übergabe von CDs an WikiLeaks angekündigt und auf eine Aussage des Investigativjournalisten Leo Müller im Buch "Tatort Zürich" hingewiesen, wonach sich auf den Datenträgern Informationen zu Bankverbindungen von Persönlichkeiten aus Wirtschaft, Politik und Kultur sowie von grossen Unternehmen befänden. Womöglich seien schon in den Tagen vor der Pressekonferenz Daten übergeben worden.

#### **C.b Urteil des Bezirksgerichts vom 12. Januar 2015**

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

Vorwürfen der mehrfachen Verletzung des Bankkundengeheimnisses frei. Ebenfalls freigesprochen wurde er von den Vorwürfen der mehrfachen versuchten Verletzung des Bankkundengeheimnisses ("*Steinbrück 2009/2010*") und von der mehrfachen, teilweise versuchten Verletzung des Bankkundengeheimnisses (Anlagekomplex "*WikiLeaks 2011*"). In einem verbleibenden Teil des Anlagekomplexes "*WikiLeaks 2008*" stellte das Bezirksgericht das Verfahren ein.

Die Schuldsprüche führten zu einer Geldstrafe von 300 Tagessätzen zu Fr. 150.--. Der Vollzug dieser Sanktion wurde – bei einer Probezeit drei Jahren – aufgeschoben.

Hinsichtlich der von der Staatsanwaltschaft beschlagnahmten Datenträger (CDs, DVDs, USB-Sticks, diverse Computer und externe Festplatten) setzte das Bezirksgericht Rudolf Elmer eine nach Eintritt der Rechtskraft wirksam werdende, nicht erstreckbare Frist von drei Monaten, "um konkret unter Angabe des Dateinamens, des Pfades und des Datenträgers zu substantiiieren, welche Dateien ohne inkriminierte Bankdaten er in Kopie herausverlangen möchte". Ansonsten werde angenommen, der Betroffene verzichte auf eine Herausgabe. Bei einem hinreichend substantiierten Herausgabeantrag werde ihm eine nicht erstreckbare dreissigtägige Frist angesetzt, um einen Vorschuss für die entstehenden Kosten zu leisten. Nach Eintritt der Rechtskraft würden die Datenträger eingezogen und vernichtet.

Gegen das Urteil vom 12. Januar 2015 erhoben Rudolf Elmer am 19. Januar/6. Februar 2015 und die Staatsanwaltschaft am 19. Januar/23. Februar 2015 Berufung beim Obergericht.

***D. Angefochtenes Urteil des Obergerichts vom 19. August 2016***

Die Vorinstanz vereinigte beide Berufungsverfahren und erledigte sie mit Urteil vom 19. August 2016.

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

**D.b** Was die vor Obergericht noch strittigen Punkte betrifft, gelangte dieses hinsichtlich sämtlicher Vorwürfe der (versuchten oder vollende-



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

Mangels Beweisen ebenfalls freigesprochen hat die Vorinstanz Rudolf Elmer vom Vorwurf der versuchten Nötigung zum Nachteil von Curtis Lee Lowell jr.

Schuldig gesprochen hat die Vorinstanz Rudolf Elmer der Drohung, begangen durch den Versand einer E-Mail ("*Hi dirty pig*") an einen Mitarbeiter der Bank Julius Bär & Co. AG, sowie der Urkundenfälschung (fingierter Brief an die deutsche Bundeskanzlerin). Hierfür fällt sie

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

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

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

Die Kosten des vereinigten Berufungsverfahrens, einschliesslich jener der amtlichen Verteidigung, auferlegte es ihm zu einem Fünftel.

## **E.**

Bezug nehmend auf Ausführungen, die der vorsitzende Oberrichter bei der mündlichen Urteilsöffnung gemacht hatte, reichte Rudolf Elmer gegen diesen Strafanzeige wegen Verleumdung, eventuell Ehrverletzung, ein. Die Geschäftsleitung des Kantonsrates Zürich lehnte es ab, die zuständige Staatsanwaltschaft zur Eröffnung einer Strafuntersuchung zu ermächtigen (Beschluss vom 19. Januar 2017). Am 12. Mai 2017 wies das Bundesgericht die dagegen erhobene subsidäre Verfassungsbeschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Verfahren 1D\_4/2017).

## **F.**

**F.a** Die am 21. November 2016 eingereichte Beschwerde in Strafsachen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich wird im Verfahren 6B\_1314/2016 behandelt.

Die Oberstaatsanwaltschaft beantragt, das angefochtene Urteil sei im Schuldpunkt aufzuheben, soweit die Vorinstanz Rudolf Elmer vom Vorwurf der mehrfachen, teilweise versuchten Verletzung des Bankkundengeheimnisses resp. mehrfachen Verletzung des Geschäftsgeheimnisses freigesprochen hat. Sie verlangt Schuldsprüche hinsichtlich der Bekanntgabe von Daten an die ESTV, die Steuerbehörde des Kantons Zürich und die Zeitschrift *Cash* sowie bezüglich der vier sachverhaltlich erstellten "Falldossiers" des Komplexes "*WikiLeaks 2008*", des Schreibens an den damaligen deutschen Finanzminister (nicht aber der inkriminierten Passage aus dem Buch "Bankenterror") und des Komplexes "*WikiLeaks 2011*".

Rudolf Elmer sei zu einer Freiheitsstrafe von insgesamt 36 Monaten zu verurteilen. Der Vollzug der Freiheitsstrafe sei im Umfang von 24 Monaten aufzuschieben, dies bei einer Probezeit von drei Jahren. Im Umfang von zwölf Monaten (abzüglich 220 Tage erstandene Untersuchungshaft) sei die Freiheitsstrafe zu vollziehen.

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

Eventuell sei die Sache zur neuen Beurteilung im Schuld- und Strafpunkt sowie hinsichtlich der Kosten an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese sei zudem anzuweisen, das Beweisverfahren wieder aufzunehmen.

**F.b** Rudolf Elmer führt – mit eigener Eingabe und durch seine Rechtsvertreterin jeweils am 21. November 2016 – ebenfalls Beschwerde in Strafsachen. Diese wird im Verfahren 6B\_1318/2016 behandelt.

In der Sache beantragt Rudolf Elmer, das angefochtene Urteil sei aufzuheben, soweit ihn das Obergericht der Drohung (E-Mail "*Hi dirty pig*") schuldig gesprochen habe. Zudem sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese die Strafe neu zumesse, die Voraussetzungen hinsichtlich der Rückgabe beschlagnahmter Gegenstände anders umschreibe sowie die Verlegung der Kosten für das Untersuchungs- und das bezirksgerichtliche Verfahren (Auflage zu neun Zehnteln) ändere.

**F.c** Im Verfahren 6B\_1318/2016 weist das Bundesgericht das Gesuch von Rudolf Elmer um unentgeltliche Rechtspflege (Prozessführung und rechtliche Verbeiständung) ab (Verfügung vom 19. Januar 2017).

**F.d** Im Verfahren 6B\_1314/2016 schliesst Rudolf Elmer auf Abweisung der Beschwerde der Oberstaatsanwaltschaft, soweit darauf einzutreten sei. Mit der Vernehmlassung lässt er zwei Kurzgutachten der Proff. Mark Pieth, Universität Basel, vom 4. September 2017 und Thomas Geiser, Universität St. Gallen, vom 20. September 2017 einreichen.

Das Obergericht äussert sich in der Sache.

**F.e** Im Verfahren 6B\_1318/2016 beantragt die Oberstaatsanwaltschaft, die Beschwerde von Rudolf Elmer sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Dieser repliziert durch seine Verteidigerin und mit eigener Eingabe.

### **G.**

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

## **Erwägungen:**

### **1. Prozessuales**

#### **1.1 Verfahrensvereinigung**

Sowohl Rudolf Elmer als auch die Oberstaatsanwaltschaft haben das Urteil des Obergerichts vom 19. August 2016 beim Bundesgericht angefochten. Ihre Beschwerden haben das gleiche Anfechtungsobjekt. Die Verfahren 6B\_1314/2016 und 6B\_1318/2016 sind zu vereinigen und sämtliche Streitgegenstände in einem einzigen Urteil zu behandeln (vgl. Art. 71 BGG in Verbindung mit Art. 24 Abs. 2 lit. b BZP; BGE 133 IV 215 E. 1 S. 217).

#### **1.2 Allgemeine Sachurteilsvoraussetzungen**

Die Beschwerden richten sich gegen einen von einer letzten kantonalen Instanz (Art. 80 Abs. 1 BGG) gefällten Endentscheid (Art. 90 BGG) in Strafsachen (Art. 78 Abs. 1 BGG). Sie sind unter Einhaltung der gesetzlichen Frist (Art. 100 Abs. 1 BGG) erhoben und hinreichend begründet worden (Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 BGG).

#### **1.3 Antrag auf Rückweisung**

Der Antrag von Rudolf Elmer, der vorinstanzliche Schuldspruch betreffend Drohung sei aufzuheben, impliziert einen Freispruch in diesem Punkt. Abgesehen davon lässt der Beschuldigte aber ausschliesslich

Anträge auf Aufhebung weiterer Teile des angefochtenen Urteils und auf Rückweisung der betreffenden Entscheidungspunkte an die Vorinstanz stellen. Die Beschwerde in Strafsachen ist in erster Linie ein reformatorisches Rechtsmittel (Art. 107 Abs. 2 BGG). Die Beschwerdeschrift muss daher grundsätzlich einen Antrag in der Sache enthalten (Art. 42 Abs. 1 BGG). Aufhebungsanträge oder Anträge auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur neuen Entscheidung allein genügen nicht. Ein blosser Rückweisungsantrag reicht aber aus, wenn das Bundesgericht im Falle einer Gutheissung in der Sache nicht selbst entscheiden könnte (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG; BGE 134 III 379 E. 1.3 S. 383; 133 III 489 E. 3.1 S. 490 mit Hinweisen; Urteile 6B\_114/2013 vom 1. Juli 2013 E. 1; 6B\_78/2009 vom 22. September 2009 E. 7.2.1).

Hier beziehen sich die Anträge auf Rückweisung und Aufhebung auf die Strafzumessung, auf die Modalitäten der Herausgabe von persönlichen Dateien auf beschlagnahmten Datenträgern und auf die Verlegung der Kosten für das Untersuchungs- und das bezirksgerichtliche Verfahren. Die Strafzumessung liegt in erster Linie im pflichtgemässen Ermessen des Sachgerichts. Diesbezüglich fällt das Bundesgericht praxisgemäss keine reformatorische Entscheidung, sondern weist die Sache an die Vorinstanz zurück. Die weiteren Festlegungen (Herausgabemodalitäten, Kosten) bestimmen sich nicht nur nach rechtlichen Kriterien, sondern weitgehend auch unter Ermessensgesichtspunkten. Dies steht einem reformatorischen Entscheid des Bundesgerichts wiederum entgegen. Hinzu kommt, dass die beantragten Neuurteile allenfalls zusätzliche Sachverhaltsfeststellungen erfordern, die nur von der Vorinstanz getätigt werden können (Art. 105 Abs. 1 BGG).

Das Erfordernis eines rechtsgenügenden Antrags ist daher hinsichtlich aller Rechtsbegehren erfüllt.

#### **1.4 Beschwerdebefugnis der Staatsanwaltschaft im Kostenpunkt**

**1.4.1** Die Anklagebehörde beantragt, die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich jener der amtlichen Verteidigung, seien dem Beschuldigten zu neun Zehnteln aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Eventuell sei die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Damit soll die beantragte Aufhebung der Freisprüche auf der Ebene der Kostenverlegung nachgezeichnet werden. Im angefochtenen Urteil wurden die Schuld- und Freisprüche nach dem Prinzip von Obsiegen und Unterliegen insgesamt so gewichtet, dass die Kosten des Berufungsverfahrens zu

einem Fünftel zulasten des Beschuldigten gingen und zu vier Fünfteln auf die Gerichtskasse.

**1.4.2** Gegenstandslos ist das Eventualbegehren, wonach die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen sei, damit sie die zweitinstanzlichen Verfahrenskosten einem neuen Schuld- und Straferkenntnis entsprechend neu verlege. Bei einer solchen Änderung der materiellen Punkte erfolgt dies ohnehin von Amtes wegen. Zu prüfen ist hingegen, ob die Oberstaatsanwaltschaft legitimiert ist, mit Blick auf die von ihr angeführten materiellen Änderungen am angefochtenen Urteil dem Bundesgericht eine bestimmte Aufteilung der vorinstanzlichen Gerichtskosten zu beantragen resp. – mit Blick auf den Ermessenscharakter der Kostenverlegung – eine mit verbindlichen Anweisungen verbundene Rückweisung.

**1.4.3** Zur Beschwerde in Strafsachen berechtigt ist, wer ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat (Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG). Das rechtlich geschützte Interesse der Staatsanwaltschaft an der Aufhebung oder Änderung des anzufechtenden Entscheids (Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 BGG) leitet sich aus dem staatlichen Strafanspruch ab, den die Staatsanwaltschaft zu vertreten hat. Mithin ist diese Behörde im Verfahren vor Bundesgericht (unter allen Rechtstiteln nach Art. 95-98 BGG; BGE 134 IV 36 E. 1.4.3 f. S. 40 f.) beschwerdebefugt, wenn es um die Durchsetzung des Strafanspruchs als solchen oder um damit zusammenhängende materiell- und prozessrechtliche Belange geht (BGE 134 IV 36 E. 1.4.3 S. 40 und E. 1.4.5 S. 43; vgl. BGE 137 IV 340 E. 2.3 S. 344 [betreffend Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts]; zur Frage der Legitimation der Staatsanwaltschaft im kantonalen Berufungsverfahren [Art. 398 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 381 Abs. 1 StPO]: BGE 143 IV 40 E. 3.2.2 S. 43; 139 IV 199 E. 4 S. 201).

Angesichts dessen liegt die Beschwerdebefugnis der Staatsanwaltschaft bezüglich Fragen der Kostenbemessung und -verlegung nicht auf der Hand; unter dem Gesichtspunkt des rechtlich geschützten Interesses muss sie sich anderweitig besonders rechtfertigen. So kann die Staatsanwaltschaft die Höhe der Entschädigung für die private Verteidigung nach Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO anfechten (Urteil 6B\_168/2012 vom 27. August 2012 E. 2 und 3), weil sich dieser Anspruch grundsätzlich gegen den Staat richtet (WEHRENBURG/FRANK, in: Basler Kommentar zur StPO, 2014, N. 34 zu Art. 429 StPO). Bezüglich der Bemessung der Entschädigung für den amtlichen Verteidiger begründete das Bundesgericht die Rechtsmittellegitimation der Staats-

anwaltschaft mit den divergierenden Interessen von Verteidiger und Verurteiltem (BGE 139 IV 199 E. 2 S. 201): Ersterer ist an einer hohen Entschädigung interessiert, Letzterer – da er bei Eintritt günstiger wirtschaftlicher Verhältnisse rückzahlungspflichtig wird (Art. 135 Abs. 4 lit. a StPO) – grundsätzlich hingegen an einer tiefen Entschädigung; dies jedenfalls soweit eine solche nicht zu einer namhaften Differenz zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar führt, die er bei Verbesserung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse an die Verteidigung nachzuzahlen hat (vgl. Art. 135 Abs. 4 lit. b StPO). Während der amtliche Verteidiger den Entschädigungsentscheid einer zweiten kantonalen Instanz beim Bundesstrafgericht anfechten kann (Art. 135 Abs. 3 lit. b StPO), ist die amtlich verteidigte Person selber nicht befugt, jenen (an das Bundesgericht) weiterzuziehen (Urteil 6B\_511/2016 vom 4. August 2016 E. 5.3). Die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft füllt diese Lücke.

**1.4.4** Vorliegend ist die Ausgangslage nicht mit den dargelegten Konstellationen vergleichbar. Die Kostenverlegung, das heisst die Bestimmung der Quote, anhand derer die Kosten des Berufungsverfahrens ausgangsgemäss auf die verurteilte Person einerseits und die Gerichtskasse andererseits verteilt werden, tangiert keinen Aufgabenbereich der Staatsanwaltschaft und kein von ihr wahrzunehmendes Interesse. Der Umstand, dass die Verfahrens- resp. Gerichtskosten auch Auslagen für die amtliche Verteidigung und unentgeltliche Verbeiständung umfassen (Art. 422 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a StPO), ändert hier schon deswegen nichts an der fehlenden Legitimation der Staatsanwaltschaft, weil es um die Verteilung der Verfahrenskosten zwischen verurteilter Person und Gerichtskasse geht. Die erwähnte Befugnis der Staatsanwaltschaften, die Entschädigung für den amtlichen Verteidiger vor Bundesgericht anzufechten, bezieht sich auf die Festlegung von deren Höhe.

**1.4.5** Auf die Beschwerde der Oberstaatsanwaltschaft ist daher nicht einzutreten, soweit sie beantragt hat, die Kosten des Berufungsverfahrens seien dem Beschuldigten in einem bestimmten Verhältnis aufzuerlegen.

### **1.5 *Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts***

Die Beschwerde an das Bundesgericht kann wegen Rechtsverletzungen im Sinne der Art. 95 und 96 BGG geführt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist weder an die in der Beschwerde vorgetragene Begründung der Rechtsbegehren noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Es darf indessen nicht über die Begehren der Parteien hin-

ausgehen (Art. 107 Abs. 1 BGG). Die vorinstanzliche Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig, das heisst willkürlich im Sinne von Art. 9 BV (BGE 133 II 249 E. 1.2.2 S. 252), ist oder wenn sie auf einer Verletzung von Bundesrecht im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 97 Abs. 1 BGG).

## **2. Streitgegenstände – Inhaltsübersicht**

**2.1** Im *Verfahren 6B\_1314/2016* (Beschwerde der Oberstaatsanwaltschaft) zu überprüfen sind zunächst die – insgesamt aus rechtlichen Überlegungen, teilweise zusätzlich auch infolge von Beweislosigkeit erfolgten – Freisprüche vom Vorwurf der mehrfachen, teilweise versuchten Verletzung des Bankgeheimnisses (nachfolgend E. 3). Vorweg werden die von der Vorinstanz bereits abgehandelten Fragen der intertemporalrechtlichen Anwendung verschiedener Versionen von Art. 47 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0) in Erinnerung gerufen (E. 3.1). Sodann ist der allgemeine Anwendungsbereich des BankG zu bestimmen (E. 3.2). Danach ist zu prüfen, ob gegenüber dem Beschwerdegegner allenfalls Art. 47 BankG anwendbar ist (E. 3.3). Dies könnte nur zutreffen, wenn er die später offenbarten Daten entweder in der Eigenschaft eines "Angestellten" (E. 3.3.3) oder eines "Beauftragten" (E. 3.3.4) der Bank Julius Bär und Co. AG wahrgenommen hat. Sollte das weder unter dem einen noch unter dem andern Titel zutreffen, entfällt eine Prüfung, ob die dem Beschwerdegegner vorgeworfenen Geheimnisverletzungen in den räumlichen Geltungsbereich des BankG und in die Zuständigkeit der schweizerischen Jurisdiktion fallen (E. 3.4). Für einen konkurrierenden Schuldspruch wegen Verletzung des Geschäftsgeheimnisses (Art. 162 StGB) bleibt so oder anders kein Raum (E. 4). Zu behandeln bleibt die Rüge, die Vorinstanz habe im Rahmen ihrer Hauptverhandlung das rechtliche Gehör der Staatsanwaltschaft verletzt (E. 5).

**2.2** Im *Verfahren 6B\_1318/2016* beantragt Rudolf Elmer einmal die Aufhebung der Verurteilung wegen Drohung (E. 6), nicht aber derjenigen betreffend Urkundenfälschung. Weiter angefochten ist das Strafmass (E. 7), das Verfahren zur Herausgabe von persönlichen Dateien auf beschlagnahmten Datenträgern (E. 8) sowie die Verlegung der Kosten hinsichtlich der Untersuchung und des bezirksgerichtlichen Verfahrens (E. 9).



## **Beschwerde der Oberstaatsanwaltschaft (6B\_1314/2016)**

### **3. Verletzung des Bankkundengeheimnisses**

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

#### **3.1 Anwendbare Fassungen von Art. 47 BankG**

**3.1.1** Nach Art. 47 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0; in der seit Januar 2009 geltenden Fassung) wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe unter anderem derjenige bestraft, welcher vorsätzlich ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Organ, Angestellter, Beauftragter oder Liquidator einer Bank anvertraut worden ist oder das er in dieser Eigenschaft wahrgenommen hat. Die Verletzung des Berufsgeheimnisses ist auch nach Beendigung des amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses oder der Berufsausübung strafbar (Abs. 4). Die allgemeinen Bestimmungen des StGB kommen zur Anwendung (Abs. 6 zweiter Satz).

Soweit frühere, seit dem 1. Juli 2004 resp. 1. Juli 1971 geltende Fassungen von Art. 47 BankG den persönlichen Geltungsbereich abweichend von der heute geltenden Fassung definiert haben, sind diese Unterschiede hier nicht von Bedeutung. Hingegen ist zu beachten, dass bis Ende Juni 2004 die Strafdrohung auf Gefängnis bis zu sechs Monaten oder Busse bis zu 50'000 Franken lautete.

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

#### **3.2 Anwendungsbereich des BankG**

Der Anwendungsbereich des schweizerischen Bankenrechts und damit auch von Art. 47 BankG kann sich nur auf Banken beziehen, welche in der Schweiz Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen und über eine Bewilligung der Eidgenössischen Finanzmarkt-

aufsicht (FINMA) verfügen (vgl. Art. 1 BankG). Mit der Auslagerung bestimmter Geschäftsfelder in das Ausland, insbesondere mit der Errichtung einer rechtlich selbstständigen Bank im Ausland, unterstehen die in diesem Zusammenhang im Ausland erlangten oder verarbeiteten Informationen nicht mehr der schweizerischen, sondern der jeweiligen nationalen Rechtsordnung des betreffenden Landes. So ist denn auch allgemein anerkannt, dass die Kundenbeziehungen der ausländischen Zweigniederlassungen einer Schweizer Bank nicht Schutzobjekt von Art. 47 BankG bilden. Dies entspricht herrschender Lehre und Rechtsprechung und wurde vom Bundesgericht erst kürzlich in BGE 143 II 202 E. 8.6.1 bestätigt. Bankinstitute, die nicht in der Liste der von der FINMA bewilligten Banken und Effektenhändler aufgeführt sind, insbesondere Zweigniederlassungen von schweizerischen Banken im Ausland, unterstehen weder direkt noch auf dem Weg einer analogen Anwendung dem schweizerischen Bankengesetz (vgl. BGE 143 II 202 E. 8.6.1, S. 219: "...il ne peut y avoir violation de l'art. 47 LB en lien avec la transmission de documents internes à cette entité"). Dies gilt nicht nur für Zweigniederlassungen, sondern erst recht für ausländische Tochtergesellschaften einer schweizerischen Holding. Das BankG ist auf die Julius Baer Bank & Trust Company Ltd. (JBBT) und deren Angestellte somit grundsätzlich nicht anwendbar.

### **3.3 Persönlicher Geltungsbereich**

**3.3.1** Im erstinstanzlichen Strafprozess stand insofern noch die Frage des sachlichen Geltungsbereichs von Art. 47 BankG im Vordergrund, als strittig schien, ob es sich bei den vom Beschwerdegegner offenbarten Daten um solche der auf den Kaimaninseln domizilierten JBBT oder aber der – über eine Bewilligung der FINMA verfügenden – Bank Julius Bär & Co. AG gehandelt habe. Nur Letztere sind solche im Sinne des schweizerischen Bankengesetzes (Art. 1 Abs. 4 und Art. 3 ff. BankG; vgl. BGE 143 II 202 E. 8.6.1 S. 219). Anhand der ergänzenden Abklärungen, welche die Staatsanwaltschaft während des Berufungsprozesses getätigt hat, legt die Vorinstanz dar, dass es in zahlreichen Fällen um Daten der Bank Julius Bär & Co. AG ging. Wie erwähnt unterstehen die JBBT und deren Angestellte nicht dem schweizerischen Bankgeheimnis (E. 3.2). Zu prüfen bleibt aber, ob der Beschwerdegegner aufgrund seiner Tätigkeit für die Bär-Gruppe *persönlich* dem schweizerischen Bankengesetz unterstanden hat.

Auf den Beschwerdegegner kann Art. 47 BankG in persönlicher Hinsicht Anwendung finden, wenn ihm die kundenbezogenen Daten der Bank Julius Bär & Co. AG, welche er offenbart hat, in der Eigenschaft als Organ, Angestellter, Beauftragter oder Liquidator einer Bank an-

vertraut worden sind oder wenn er sie in dieser Eigenschaft wahrgenommen hat (Abs. 1 lit. a).

### 3.3.2 *Abhängigkeit des persönlichen Geltungsbereichs von Art. 47 BankG vom sachlichen Geltungsbereich?*

Nach dem Verständnis der beschwerdeführenden Oberstaatsanwaltschaft ist die Strafbestimmung – entsprechend einem auf ihren Schutzzweck abzustimmenden Begriff des "Angestellten" resp. "Beauftragten" – auch auf Personen anwendbar, deren Zugang zu schweizerischen Bankdaten nicht auf einer direkten vertraglichen Bindung mit einer Bank im Sinne von Art. 1 f. BankG (vgl. BGE 143 II 202 E. 8.6.1 S. 219) beruht, sondern auf einem Vertrag mit einem Dritten (ohne Qualifikation als Bank im Sinne des BankG), der im Auftrag der Bank wesentlich an deren wirtschaftlicher Tätigkeit mitwirkt.

Damit verknüpft die Beschwerdeführerin den persönlichen Geltungsbereich von Art. 47 BankG prinzipiell mit dem sachlichen Geltungsbereich dieser Strafbestimmung. Ob dies einen verbotenen Analogieschluss begründet, ist nach dem strafrechtlichen Legalitätsprinzip (Art. 1 StGB; *nullum crimen sine lege*) zu prüfen. Dazu bedarf es vorab einer Analyse der der Strafnorm zugrunde liegenden Wertungen (BGE 128 IV 272 E. 2 S. 274 mit Hinweis). Der Schutzbereich von Art. 47 BankG entspricht dem Umfang des Bankgeheimnisses. Dieses hat eine individuelle und eine institutionelle Dimension: Betroffen ist einerseits das Persönlichkeitsrecht des Bankkunden, andererseits die Funktionsfähigkeit des Finanzplatzes (EMMENEGGER/ZBINDEN, Die Standards zur Aufhebung des Bankgeheimnisses, in: Emmenegger [Hrsg.], Cross-Border Banking, Basel 2009, S. 207 f., mit Hinweisen auf die Materialien zum BankG). Das Bankgeheimnis bezeichnet die durch straf- und allenfalls aufsichtsrechtliche Sanktionen verstärkte Pflicht einer Bank und ihrer Angehörigen, alle Informationen, die ihnen im Laufe der Geschäftsbeziehung vom Kunden anvertraut werden oder in diesem Rahmen zur Kenntnis gelangen, nach aussen hin geheim zu halten. Es beruht ebenso auf der vertraglichen Beziehung zwischen der Bank und dem Kunden wie auf dessen Persönlichkeitsschutz (BGE 137 II 431 E. 2.1.1 S. 436 mit zahlreichen Hinweisen). Art. 47 BankG nimmt die auftragsrechtliche Verpflichtung der Bank gegenüber ihrem Kunden, dessen Daten vertraulich zu behandeln (Art. 398 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 321a Abs. 4 OR), auf und sichert sie ab, indem er das diesbezüglich pflichtwidrige Verhalten von natürlichen und juristischen Personen, die für die Bank tätig sind, unter Strafe stellt. Die Bestimmung ist das strafrechtliche Pendant zur Vertraulichkeitsverpflichtung des Bankinstituts (ROLF H. WEBER, in: Basler Kommentar

zum OR I, 6. Aufl. 2015, N. 11 zu Art. 398 OR). Folgerichtig hat der Gesetzgeber den Kreis der dem Bankgeheimnis unterstehenden Personen mit der Revision des BankG von 1971 (vgl. oben E. 3.1) unter anderem auf "Beauftragte" einer Bank ausgedehnt. Er dachte dabei insbesondere an Rechenzentren, die von Banken mit der elektronischen Datenverarbeitung betraut werden (Botschaft über die Revision des Bankengesetzes, BBl 1970 1182). Weiter unterstellt Art. 47 BankG auch Organe und Angestellte einer Prüfgesellschaft der Strafdrohung.

Der persönliche Geltungsbereich von Art. 47 BankG ist auf den Zweck der Bestimmung – den Schutz des Bankgeheimnisses – abzustimmen. Insofern präjudiziert der sachliche Geltungsbereich der Strafbestimmung den Kreis der Personen, die der Sanktionsdrohung unterstehen. Unter dieser Prämisse ist zu prüfen, ob der Beschwerdegegner noch in der Eigenschaft als Angestellter der Bank Julius Bär & Co. AG (unten E. 3.3.3) gehandelt hat resp. (als Angestellter der JB BT) im Sinne von Art. 47 BankG Beauftragter der Schweizer Bank war (E. 3.3.4). Mit Blick auf das Legalitätsprinzip (Art. 1 StGB) ist indessen grundsätzlich von einer engen Auslegung der Begriffe "Angestellter" bzw. "Beauftragter" auszugehen.

### **3.3.3 Eigenschaft als Angestellter**

Ausgehend vom Begriff des "Angestellten" war für die Vorinstanz ausschlaggebend, ob der Beschwerdegegner im Zeitpunkt, als er vom Geheimnis Kenntnis genommen hat, mit der Bank Julius Bär & Co. AG, einem Bankinstitut im Sinne von Art. 1 Abs. 4 BankG, arbeitsvertraglich verbunden war. Sie stellte dafür auf die Ausgestaltung diverser arbeitsvertraglicher Vereinbarungen mit Gesellschaften der Bär-Gruppe ab, welche die gegenseitigen Ansprüche während der Tätigkeit des Beschwerdegegners auf den Kaimaninseln regelten.

Gestützt auf eine eingehende Analyse der Sachlage und der Verfahrensgeschichte schliesst sich die beschwerdeführende Staatsanwaltschaft der Auffassung des Bezirksgerichts (Urteil vom 12. Januar 2015) an, der Beschwerdegegner sei von September 1999 bis August 2002 Angestellter der Bank Julius Bär & Co. AG gewesen und als solcher verpflichtet, das Bankkundengeheimnis nach Schweizer Recht zu wahren, dies auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Dass er daneben noch einen Arbeitsvertrag nach ausländischem Recht gehabt habe und im Ausland für eine Konzerngesellschaft tätig gewesen sei, ändere nichts an dieser Verpflichtung. Soweit die Vorinstanz auf etwas anderes erkenne, verletze sie Bundesrecht.

Die Vorinstanz setzt das Tatbestandselement "Eigenschaft als (...) Angestellter (...) einer Bank" mit dem entsprechenden zivilrechtlichen Begriff gleich. Aufgrund der von ihr festgestellten arbeitsvertraglichen Situation sei der Tatbestand von Art. 47 BankG nicht erfüllt. Der Beschwerdegegner schliesst sich dieser Sichtweise an. Seiner Auffassung nach darf der Begriff des "Angestellten" nicht, wie die Beschwerdeführerin geltend mache, als "strafrechtlicher '*Terminus technicus sui generis*'" verstanden werden. Das Strafrecht sei im Verhältnis zur übrigen Rechtsordnung akzessorisch, so auch zum Zivilrecht. Mit STRATENWERTH sei festzuhalten, dass Art. 47 BankG das *zivilrechtlich* geschützte Persönlichkeitsrecht des Bankkunden (bloss) strafrechtlich verstärke (vgl. Basler Kommentar zum Bankengesetz, Watter et al. [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 1 zu Art. 47 BankG; MATTHIAS MICHLIG, Bankgeheimnisverletzung [Art. 47 BankG] unter dem Aspekt der Lieferung von Personendaten ans U.S. Department of Justice, in: AJP 2014 S. 1057 f.). Begriffe, die aus dem Zivil- oder Verwaltungsrecht in das Strafrecht übernommen werden, könnten niemals weiter gefasst sein als in ihrem Ursprungsgebiet. Dies gelte auch für den zivilrechtlichen Begriff des Angestellten. Geheimnisverpflichtete Personen müssten also in einer Bank (im Sinne des BankG) oder für sie vertraglich tätig sein. Wollte die Schweiz den Einzugsbereich des BankG über die von der FINMA beaufsichtigten Banken hinaus beispielsweise auf ausländische Zweigniederlassungen erweitern, resp. die Begriffe des Organs, Angestellten, Beauftragten etc. "im Sinne einer vagen Interessenverwaltung für die Holding ausdehnen", wäre nach Ansicht des Beschwerdegegners eine Gesetzesänderung notwendig (Art. 1 StGB).

Wenn privat- oder verwaltungsrechtlich verankerte Rechtsgüter und Interessen strafrechtlich geschützt werden sollen, übernimmt die betreffende Strafnorm regelmässig Begriffe aus den betreffenden Gebieten. In solchen Konstellationen begründen und begrenzen Begriffe des Zivil- oder Verwaltungsrechts den Geltungsbereich eines Straftatbestandes. Das strafrechtliche Tatbestandselement und der korrespondierende zivil- oder verwaltungsrechtliche Begriff sind indes nicht notwendigerweise identisch. Vielmehr ergibt sich der begriffliche Umfang aus der jeweiligen Natur der Straftatbestände. Mit Blick auf Art. 47 BankG ist zu berücksichtigen, dass die Verletzung des Bankgeheimnisses als echtes Sonderdelikt ausgestaltet ist. Täter kann nur sein, wer die im Gesetz abschliessend aufgezählten Eigenschaften aufweist. Gemeinsames Kriterium dieser besonderen Eigenschaften ist im Fall der Verletzung des Bankgeheimnisses eine gesellschaftsrechtliche bzw. vertragsrechtliche Beziehung zu einer schweizerischen Bank. Soweit hinsichtlich des Beschwerdegegners eine derartige Be-

ziehung zur Bank Julius Bär und Co. AG nicht nachgewiesen werden kann, untersteht er nicht dem Bankgeheimnis.

Die Vorinstanz geht vom folgenden Sachverhalt aus: Die Julius Bär Holding – damalige Muttergesellschaft der Bank Julius Bär & Co. AG und der JBBT – hat anlässlich des Transfers des Beschwerdegegners von der Bank Julius Bär & Co. AG in die Funktion des *Chief Accountant* bei der JBBT auf den 1. September 1994 am 15. Februar 1994 mit ihm einen Vertrag über die Grundzüge des Arbeitsverhältnisses (Anstellungsdauer von fünf Jahren, Kündigungsfristen, Gehalt und Zulagen, Beibehalt des schweizerischen Sozialversicherungsschutzes, Ferien und Spesen) abgeschlossen. Für die übrigen Belange wurden die Anstellungsbedingungen der JBBT massgebend erklärt. Im ab dem 1. September 1999 geltenden *Expatriate Agreement* vom 1. September/16. November 1999 zwischen der Bank Julius Bär & Co. AG und dem Beschwerdegegner, welches die Vereinbarung vom 15. Februar 1994 ersetzen sollte, erklärten die Parteien, die Bank Julius Bär & Co. AG transferiere den Beschwerdegegner zur JBBT, damit er dort auf eine Dauer von drei Jahren die Funktion des *Chief Operating Officer* (COO) wahrnehme. Für die Zeit des Auslandeinsatzes wurde wiederum vorgesehen, dass der Beschwerdegegner zwar beim lokalen Vorsorgewerk der JBBT versichert, gleichzeitig aber auch bei der Pensionskasse der Bank Julius Bär & Co. AG angeschlossen, auf Kosten dieser Bank für Betriebs- und Nichtbetriebsunfall versichert und auch sonst im schweizerischen Sozialversicherungssystem bleibe. Schliesslich wurden die Geltung schweizerischen Rechts und der Gerichtsstand Zürich vereinbart. Gleichzeitig vereinbarten der Beschwerdegegner und die JBBT ein auf drei Jahre befristetes *Assignment as Chief Operating Officer*, welches den Beschwerdegegner als COO zwar dem CEO der JBBT unterstellte, aber auch vorsah, dass er gemäss der "Business Line"-Struktur an die Holding zu rapportieren hatte. Wie schon der Vertrag vom 15. Februar 1994 verwies das *Assignment* vom 1. September/16. November 1999 auf die Arbeitsbedingungen der JBBT. Nachdem die Holding ein entsprechendes Vorgehen genehmigt hatte, unterzeichneten der Beschwerdegegner und die JBBT am 10. September 2002 mit Wirkung ab Beginn des laufenden Monats einen Vertrag (*Employment Agreement*) über die Tätigkeit als COO im Rang eines *Senior Vice President*. Geregelt wurden hier im Wesentlichen Salär, Arbeitszeiten, Ferien, Kündigungsvorschriften und ausserordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Pensionsplan, Versicherungen, Verhaltenskodex und Disziplinarwesen. Die Rechtswahl erfolgte zugunsten des Rechts der Kaimaninseln, die Gerichtsstandsklausel verwies auf die dortige Gerichtsbarkeit. Zusätzlich

schlossen Rudolf Elmer und die Bank Julius Bär & Co. AG am 16. September/10. Oktober 2002 eine Vereinbarung, mit welcher das *Expatriate Agreement* mit der Bank Julius Bär & Co. AG und das *Assignment* mit der JBBT per Ende August 2002 aufgehoben resp. durch den lokalen Vertrag mit der JBBT ersetzt werden sollte. Der Beschwerdegegner bleibe aber in der Vorsorgestiftung der Bär Gruppe versichert.

Innerhalb des Konzerns ist einzig die Bank Julius Bär & Co. AG eine Bank im Sinne von Art. 47 BankG. Die Vorinstanz ging davon aus, während der rund acht Jahre dauernden Tätigkeit des Beschwerdegegners auf den Kaimaninseln (vom 1. September 1994 bis 10. Dezember 2002) sei er nur im Zeitraum vom 1. September 1999 bis zum 31. August 2002 vertraglich mit der Bank Julius Bär & Co. AG verbunden gewesen, dies durch das *Expatriate Agreement*, welches das *Assignment as Chief Operating Officer* mit der JBBT ergänzte. Ab dem 1. September 2002 sei ein *lokaler* Vertrag mit der JBBT (nebst einer flankierenden Vereinbarung mit der Bank Julius Bär & Co. AG betreffend beruflicher Vorsorge, Schulkosten der Tochter und Unterstützung bei einer Rückkehr in die Schweiz) massgebend geworden. Der Beschwerdegegner könne jedoch auch schon gestützt auf das *Expatriate Agreement* nicht als Angestellter einer Schweizer Bank im Sinne von Art. 47 BankG betrachtet werden. Das konkrete Arbeitsverhältnis werde im *Assignment as Chief Operating Officer* mit der JBBT geregelt. Dort seien alle wesentlichen Elemente des Arbeitsvertrages enthalten. Das *Expatriate Agreement* hingegen umreisse die geschuldete Arbeitsleistung und die Funktionen bloss und befasse sich zur Hauptsache mit Belangen der Versicherung. Es fehlten Absprachen über Lohn, Arbeitszeiten etc. ebenso wie ein Weisungs- oder Rückberufungsrecht der Bank Julius Bär & Co. AG. Diese Vereinbarung stelle bloss einen rudimentären Entsendevertrag dar, gleichsam einen "Rumpfarbeitsvertrag". Gegen das Vorliegen eines (vollwertigen) Arbeitsvertrages spreche auch, dass das *Expatriate Agreement* kein Weisungsrecht der Bank Julius Bär & Co. AG vorsehe.

Der Beschwerdegegner war letztlich während seines gesamten Aufenthalts in den Kaimaninseln nie Angestellter einer Bank im Sinne des BankG. Seine dortige Tätigkeit beruhte zunächst auf einem Vertrag mit der Julius Bär Holding, die keine Bank im Sinne des BankG ist. Die vertraglichen Bande mit der Bank Julius Bär & Co. AG, die mit dem ab 1. September 1999 wirksamen *Expatriate Agreement* geschaffen worden sind, erfüllten die Kennzeichen eines Arbeitsvertrages nach Art. 319 ff. OR nicht. Namentlich war der Beschwerdegegner auch in dieser Zeit nicht dauerhaft in die Arbeitsorganisation der Schweizer

Bank integriert; er stand zu dieser weder in einem persönlichen, betrieblichen und wirtschaftlichen Subordinationsverhältnis noch war er entsprechend weisungsgebunden (vgl. BGE 125 III 78 E. 4 S. 81; Urteil 4A\_504/2015 vom 28. Januar 2016 E. 2.1.1 mit Hinweisen). Der Beschwerdegegner rapportierte gemäss dem mit der JBBT abgeschlossenen *Assignment* als deren COO zwar an die Schweizer Konzernzentrale. Diese Vorgabe schuf aber zum einen wiederum eine Verbindung zur Holding und nicht zur Bank, zum andern kamen darin in erster Linie konzernorganisatorische Belange ("Business Line-Struktur") zum Ausdruck, nicht eine arbeitsvertraglich relevante betriebsorganisatorische Einbindung des Beschwerdegegners in die Bank Julius Bär & Co. AG. Dass unter der gemäss Art. 121 Abs. 1 IPRG für Begründung und Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zuständigen Rechtsordnung der Kaimaninseln – als dem Ort, an welchem der Beschwerdegegner gewöhnlich seine Arbeit verrichtete – etwas anderes gelten könnte, ist nicht ersichtlich (vgl. JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, Band II, 3. Aufl. 2018, N. 46 f. zu Art. 121 IPRG).

#### **3.3.4 Eigenschaft als Beauftragter**

Die Banken erbringen angebotene Dienstleistungen häufig nicht vollumfänglich selber. Sie können gewisse Teile davon an Dritte – auch in anderen Rechtsräumen – delegieren, solange die geltende Bankenregulierung dies zulässt. Letzteres trifft hier zu: Die JBBT leistet als Trägerin von sog. *Trusts* einen Beitrag im Rahmen komplexer Vermögensverwaltungsmandate. Das schweizerische Recht kennt das Konzept des *Trusts* zwar nicht. Ausländische Rechtsinstitute dieser Art werden in der Schweiz indessen grundsätzlich anerkannt (Übereinkommen vom 1. Juli 1985 über das auf *Trusts* anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung [SR 0.221.371], für die Schweiz in Kraft seit 1. Juli 2007).

Grundsätzlich werden auch "zuliefernde" Dienstleister in das Bankgeheimnis einbezogen. Soweit sie juristische Personen sind, handeln ihre Mitarbeiter für sie jeweils in der Eigenschaft als "Beauftragte" im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. a BankG. Nach dem Willen des Gesetzgebers begründet bereits etwa der rein faktische, nicht bankgeschäfts-spezifische Datenzugang eines externen IT-Supports den persönlichen Geltungsbereich (vgl. oben E. 3.3.2). Damit kann es erst recht nicht darauf ankommen, ob die vom Drittbetrieb angestellte oder beauftragte Person unmittelbar zur Mitarbeit an der konkreten Dienstleistung beigezogen wird oder ob sie – wie der Beschwerdegegner – die preisgegebenen Kundendaten in Ausübung einer Stabs- oder Li-



nienfunktion ohne direkte Teilnahme an den konkreten Finanzdienstleistungen wahrgenommen hat.

Lagert die Schweizer Bank indessen ein ganzes Geschäftsfeld, das heisst eine bestimmte Kategorie von Dienstleistungen, (soweit im Rahmen der bestehenden Regularien möglich) an ein nicht dem BankG unterstehendes Drittunternehmen aus, so wird der betreffende Kundendatenbestand der schweizerischen Rechtsordnung und damit dem Geltungsbereich des BankG entzogen. Dies trifft genauso für die Tätigkeit der ausländischen Zweigniederlassung einer Schweizer Bank zu (vgl. KLEINER/SCHWOB/WINZELER, in: Bodmer et al. [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 2015, N. 366 zu Art. 47 BankG; vgl. BGE 143 II 202 E. 8.6.1 S. 219). Die Offenlegung der betreffenden Kundendaten kann in solchen Fällen nicht nach Art. 47 BankG bestraft werden, selbst wenn dieselben Daten im Zusammenhang mit der übergeordneten Dienstleistung daneben auch bei der schweizerischen Bank verbleiben. Dasselbe gilt, wenn die Bank eine eigene Dienstleistung, etwa die Vermögensverwaltung, durch eine bei Dritten eingekaufte Dienstleistung ergänzt, soweit diese einen rechtlich und wirtschaftlich eigenständigen Vorgang darstellt. Die wirtschaftliche Eigenständigkeit kann auch dann gegeben sein, wenn die Drittdienstleistung ihrem Zweck nach ganz auf die Hauptdienstleistung der Schweizer Bank ausgerichtet ist.

Der Beschwerdegegner behändigte anlässlich seiner Tätigkeit für die auf den Kaimaninseln domizilierte und nach dortigem Recht konstituierte Julius Baer Bank & Trust Company Ltd. (JBBT) Bankkunden- daten der Bank Julius Bär & Co. AG. Nach den nicht in Zweifel zu ziehenden Feststellungen der Vorinstanz waren denn auch nach wie vor Kundenbeziehungen des schweizerischen Bankinstituts betroffen. Bereits das Bezirksgericht hatte erkannt, dass die Geschäfte resp. Kundenbeziehungen der JBBT notorisch über das schweizerische Mutterhaus resp. über die Schwestergesellschaft, hier die Bank Julius Bär & Co. AG, laufen. Es liege daher nahe, dass der Kundenstamm der JBBT Bestandteil desjenigen der Bank Julius Bär & Co. AG sei. Was das Zusammenwirken der beiden Institute betrifft, geht die Vorinstanz – für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich (Art. 105 Abs. 1 BGG) – von einer "*Trust-Company-Struktur*" aus, bei welcher der Kunde der Bank Julius Bär & Co. AG (*Settlor*) einen *Trust* auf den Kaimaninseln begründet. Dabei überträgt er bestimmte Vermögenswerte auf eine oder mehrere andere Personen (*Trustees*). Der *Trustee* – hier die JBBT – hat die Aufgabe, die betreffenden Vermögenswerte zu verwalten und für einen vom Begründer bestimmten Zweck einzusetzen.

Dieser Zweck besteht darin, bestimmte Personen (*Beneficiaries*) zu begünstigen; der Begünstigte kann mit dem Begründer identisch sein. Der *Trust* hält – mitunter über eine Gesellschaft (*Company*) – die effektiven Vermögenswerte auf einem Konto bei der Schweizer Bank. Von hier aus erfolgen Leistungen an den Destinatär (vgl. zum Ganzen den Bericht des Bundesrates vom 3. Juli 2013 zur Abschreibung der Motion "Bankgeheimnis. Gleich lange Spiesse", in: BBl 2013 6309 ff., 6313 f.).

Diese Zusammenarbeit macht die Tätigkeit der JBBT nicht zum integrierenden Bestandteil von Vermögensverwaltungsmandaten der Bank Julius Bär & Co. AG. Wohl sind die Mandate nicht vollständig an die Schwestergesellschaft auf den Kaimaninseln "exportiert" worden; sie verblieben unter der Gesamtkontrolle der Bank Julius Bär & Co. AG und waren für diese nach wie vor bilanzwirksam. Jedoch handelt es sich bei der Dienstleistung der JBBT – im Wesentlichen dem Zurverfügungstellen von Trusts – um eine rechtlich und wirtschaftlich eigenständige Ergänzung der Vermögensverwaltungsmandate der Bank Julius Bär & Co. AG. Die jeweiligen Beiträge ergeben kombiniert eine Gesamtdienstleistung. Sie sind, wenn auch von unterschiedlichem Gewicht, so doch funktional gleichrangig. Darin unterscheidet sich die JBBT beispielsweise von den (als Beauftragte im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. a BankG aufzufassenden) Rechenzentren. Denn diese stellen bloss Instrumente zur Bewältigung einer – ganz bei der Bank verbleibenden – Aufgabe zur Verfügung.

Unter diesen Voraussetzungen fällt der bei der JBBT angestellte Beschwerdegegner auch nicht als (von dieser abgeleiteter) Beauftragter in den persönlichen Geltungsbereich der Strafnorm.

### **3.4 Räumlicher Geltungsbereich (Territorialitätsprinzip)**

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

#### **4. Verletzung des Geschäftsgeheimnisses (Art. 162 StGB)**

**4.1** Die Beschwerdeführerin vertritt die Rechtsauffassung, der Beschwerdegegner sei hinsichtlich eines Teils der Datenweitergaben zusätzlich nach Art. 162 StGB zu verurteilen. Nach dieser Bestimmung macht sich unter anderem derjenige strafbar, der ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis, das er infolge einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht bewahren sollte, verrät.

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

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

### **5. Verletzung des rechtlichen Gehörs**

Im Eventualstandpunkt beantragt die beschwerdeführende Oberstaatsanwaltschaft eine Rückweisung an die Vorinstanz, damit diese das Beweisverfahren wieder eröffne. Sie begründet diesen Antrag mit einer Verletzung des rechtlichen Gehörs im Verlauf der obergerichtlichen Verhandlung: Die Vorinstanz habe den Zeitplan nicht angepasst, nachdem die Verteidigung ein arbeitsrechtliches Privatgutachten eingereicht habe. Es sei ihr zu wenig Zeit geblieben, um angemessen darauf zu reagieren.

Das angesprochene Privatgutachten befasst sich mit der Frage, ob der Beschwerdegegner nach arbeitsvertragsrechtlichen Gesichtspunkten persönlich der Geheimhaltungspflicht des Bankengesetzes unterstand und sich auf diese Weise nach Art. 47 BankG strafbar machen konnte. Es behandelt rechtliche Aspekte, die bereits im erstinstanzlichen Urteil vom 12. Januar 2015 thematisiert (wenn auch gegenteilig beantwortet) worden sind. Mit der Vorlage des Privatgutachtens am Vorabend des zweiten und letzten obergerichtlichen Verhandlungstages sind keine grundlegend neuen Elemente in die Verhandlung eingeführt worden. Insoweit ist nicht von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs resp. des Grundsatzes prozessualer Waffengleichheit – einer Ausprägung des Anspruchs auf ein faires Verfahren nach Art. 29 Abs. 1 BV – auszugehen.

### **Beschwerde des Rudolf Elmer (6B\_1318/2016)**

#### **6. Verurteilung wegen Drohung (E-Mail "Hi dirty pig")**

**6.1** Der Beschwerdeführer wendet sich zunächst (in diesem Punkt nicht durch seine Verteidigerin vertreten) gegen die Verurteilung wegen Drohung. Er macht geltend, bei seiner Verurteilung aufgrund von Indizien seien entlastende Momente unberücksichtigt geblieben. Ausserdem sei die zugrundeliegende staatsanwaltschaftliche Untersuchung unvollständig.

**6.2** Das Obergericht hält die Urheberschaft des Beschwerdeführers im Sinne des Anklagesachverhalts für erwiesen. Zwar seien rechtshilfweise Abklärungen betreffend IP- und E-Mail-Adressen ohne Resultat geblieben. Die IP-Adresse lasse sich aber auch so in Mauritius lokalisieren. Die Auswertung von sichergestellten Datenträgern im Besitz des Beschwerdeführers habe sodann keine direkten Hinweise auf den Anklagesachverhalt zutage gefördert. Mittels mehrerer Beispiele aus dem Datenbestand zeigt die Vorinstanz detailliert auf, dass der Beschwerdeführer unter dem Pseudonym "Robin Hood" aufgetreten ist

und einschlägige Korrespondenz auch entsprechend gezeichnet hat. Es habe einem Muster des Beschwerdeführers entsprochen, Streitigkeiten mit seinem damaligen Arbeitgeber mit der Androhung einer "Whistleblower-Aktion" oder etwas Ähnlichem zu seinen Gunsten zu wenden. Verschiedene Indizien wiesen des Weiteren darauf hin, dass er sich zum fraglichen Zeitpunkt in Mauritius aufgehalten habe. Bezeichnend sei, dass er sich während der Untersuchung über seine Verteidigerin bei Christoph Hiestand für das E-Mail aus Mauritius entschuldigen wollte. Schliesslich sei der Anklagesachverhalt auch insofern erstellt, als es glaubhaft sei, dass der Adressat die E-Mail im Kontext mit der Vorgeschichte und im Wissen um einen Waffenbesitz des Beschwerdeführers ernstgenommen habe und darüber in Angst und Schrecken versetzt worden sei.

### **6.3**

**6.3.1** Der Beschwerdeführer zweifelt die Glaubwürdigkeit des Anzeigerstatters an. Er bezieht sich auf den Auftrag der Bank Julius Bär & Co. AG an eine Privatdetektei, den Beschwerdeführer und ihm nahestehende Personen, namentlich auch seine Familie, zu überwachen. Der Beschwerdeführer strengte ein Strafverfahren gegen verschiedene Exponenten der Bank – darunter der Anzeigesteller – und der Detektei an. Das Verfahren wurde am 24. Oktober 2011 eingestellt, nachdem der Beschwerdeführer und seine Ehefrau als gesetzliche Vertreter der gemeinsamen Tochter mit den Beanzeigten eine Vereinbarung abgeschlossen und – gegen eine Zahlung von Fr. 700'000.-- – die Strafanträge zurückgezogen und eine Desinteresseerklärung abgegeben hatten.

Was das Vorbringen betrifft, der Anzeigesteller habe gegenüber den Untersuchungsbehörden unwahre Angaben gemacht, nachdem er (der Beschwerdeführer) seinerseits Anzeige wegen Nötigung erstattet habe, so handelt es sich dabei um eine Darstellung der Sichtweise des Beschwerdeführers, die sich nicht mit der einschlägigen Beweiswürdigung der Vorinstanz auseinandersetzt und diese als willkürlich ausweist. Die Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig, das heisst willkürlich ist oder auf einer Verletzung von schweizerischem Recht im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Die Rüge der willkürlichen Feststellung des Sachverhalts prüft das Bundesgericht gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG nur insoweit, als sie in der Beschwerde explizit vorgebracht und substantiiert begründet worden ist. In der Beschwerde muss im Einzelnen dargelegt werden,

inwiefern der angefochtene Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet. Auf bloss appellatorische Kritik am angefochtenen Urteil tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 141 IV 369 E. 6.3 S. 375 mit Hinweisen; 138 I 171 E. 1.4; 136 II 489 E. 2.8; 133 IV 286 E. 1.4). Den kantonalen Instanzen steht bei der Beweiswürdigung ein weiter Spielraum des Ermessens zu. Willkür liegt nur vor, wenn der angefochtene Entscheid auf einer schlechterdings unhaltbaren Beweiswürdigung beruht, das heisst wenn die Behörde in ihrem Entscheid von Tatsachen ausgeht, welche der tatsächlichen Situation klar widersprechen oder auf einem offenkundigen Fehler beruhen (BGE 143 IV 241 E. 2.3.1 S. 244; 138 I 49 E. 7.1, 305 E. 4.3; 138 V 74 E. 7).

Insoweit kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

**6.3.2** Der Beschwerdeführer wirft dem Anzeigerstatter überdies vor, dieser habe tatsachen- und aktenwidrig behauptet, er unterstehe dem schweizerischen Bankgeheimnis. Seine eigenen ausführlichen Darlegungen über die arbeitsvertraglichen Verhältnisse und die Auseinandersetzung mit den diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz zeigen indessen gerade, dass es dazu ohne Weiteres unterschiedliche Sichtweisen geben kann. Generelle Rückschlüsse auf Manipulationen oder eine bewusste Irreführung seitens des Anzeigerstatters können daraus offenkundig nicht gezogen werden. Im Übrigen ist die Frage der Reichweite des Bankgeheimnisses rechtlicher Natur; sie kann daher von vornherein nicht Gegenstand einer Falschaussage sein.

**6.3.3** Weiter rügt der Beschwerdeführer, die Untersuchungsbehörde habe entlastende Indizien und Beweise hinsichtlich eines ihm unterstellten Aufenthalts auf der Isle of Man und der Versendung des Droh-Mails aus Mauritius übergangen. Ebenso habe die Vorinstanz verkannt, dass es sinnlos gewesen wäre, in diesem Zusammenhang auf das Pseudonym "Robin Hood" zurückzugreifen, nachdem er dieses zuvor bei verschiedenen Gelegenheiten bereits verwendet habe.

Wiederum argumentiert der Beschwerdeführer damit an den vorinstanzlichen Entscheidgründen vorbei, so dass auch hier auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. Rein appellatorischer Natur (vgl. oben E. 6.3.1) sind ferner die Mutmassungen über eine Manipulation der IP-Adresse seines Computers.

**6.3.4** Bezüglich weiterer als unterlassen gerügter Untersuchungshandlungen (Beachtung des Reisepasses, Befragung der Ehefrau oder

eines Vertreters der Standard Bank of Africa, für welche der Beschwerdeführer während seines Aufenthalts in Mauritius tätig war) legt der Beschwerdeführer zum einen nicht dar, dass er mit diesen Vorbringen im Untersuchungs- resp. gerichtlichen Verfahren nicht gehört worden wäre. Was sodann die Berücksichtigung des Reisepasses angeht, kann der Beschwerdeschrift auch nicht entnommen werden, welche entlastenden Umstände aus dem Dokument zu ersehen gewesen wären und inwiefern diese das Beweisergebnis hätten beeinflussen können. Auch diesbezüglich ist das Rechtsmittel nicht an die Hand zu nehmen (Art. 42 BGG).

**6.3.5** Schliesslich ist das Rechtsmittel ebensowenig rechtsgenügend begründet, soweit der Beschwerdeführer allgemeine Kritik an der Führung der Untersuchung und des Prozesses übt. Die Vorbringen sind offensichtlich nicht geeignet, die vorinstanzliche Beweiswürdigung hinsichtlich des eine Drohung begründenden Sachverhalts (Versand des E-Mails) zu erschüttern oder gar die Unabhängigkeit der Vorinstanz in Frage zu stellen. Insbesondere können aus den Umständen, wegen derer das Obergericht eine Ergänzung der Anklageschrift veranlasst hat, keine Verfahrensmängel abgeleitet werden (vgl. Sachverhalt lit. B.b).

**6.3.6** Was die Rüge zur mündlichen Eröffnung des vorinstanzlichen Urteils betrifft, wird auf das in diesem Zusammenhang ergangene Urteil des Bundesgerichts 1D\_4/2017 vom 12. Mai 2017 verwiesen.

## **7. Strafzumessung**

Die Verteidigung ficht namens des Beschwerdeführers das Strafmass an mit der Begründung, die Vorinstanz habe nicht nur die Einsatzstrafe für die Urkundenfälschung zu hoch angesetzt, sondern auch die Gesamtstrafe bei der Asperation hinsichtlich der Drohung und der versuchten Nötigung fehlerhaft festgelegt; zudem sei die Strafzumessung im angefochtenen Urteil nicht pflichtgemäss begründet worden.

**7.1** Der Beschwerdeführer lässt die Einsatzstrafe von sieben Monaten für die Urkundenfälschung (Art. 251 StGB) als – angesichts des bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe reichenden Strafrahmens – rechtsfehlerhaft angesetzt rügen. Er bestreitet die vorinstanzliche Auffassung, das im fingierten Schreiben der Bank an die deutsche Bundeskanzlerin praktizierte *name dropping* verstärke das Schädigungspotential seines Handelns. Dies könne ebensowenig wie das vorinstanzlich angeführte "hinterhältige und rücksichtslose Vorgehen" strafzumessungsrelevant sein, weil diese Elemente nur eine andere Umschreibung für das subjektive Tatbestandselement der Schädigungs- und Vorteilsabsicht dar-

stellten. Eine Qualifizierung der besagten Absichten als Voraussetzung der Strafbarkeit bedeutet allerdings nicht, dass sie gleichsam einem Doppelverwertungsverbot unterlägen und nicht mehr als Faktor zur Strafzumessung beigezogen werden dürften. Darin liegt somit kein Verstoss gegen Art. 47 StGB.

**7.2** Weiter beanstandet der Beschwerdeführer, die Asperation infolge des Schuldspruchs wegen Drohung (Art. 180 StGB) sei nicht nur fehlerhaft, sondern im angefochtenen Urteil auch nicht hinreichend begründet worden (vgl. Art. 50 StGB). Das trifft jedoch nicht zu: Der Beschwerdeführer zitiert nur die vorinstanzliche Schlussfolgerung, wonach die bezirksgerichtlich festgesetzte Einsatzstrafe von sechs Monaten (resp. 180 Tagessätzen Geldstrafe) "dem nicht mehr leichten Verschulden des Beschuldigten nicht mehr ganz angemessen" sei (S. 171 unten). Vorher aber legt die Vorinstanz die Schwere der Handlung und ihre Auswirkungen ausführlich dar; sie sagt auch, weshalb die Vorgeschichte (Observation der Familie des Beschwerdeführers durch Privatdetektive im Auftrag der Bank) zu keiner Milderung der Strafe führt.

**7.3** Gerügt wird auch die Asperation infolge des Schuldspruchs wegen versuchter Nötigung (E-Mails aus Serfaus, August 2005). Entgegen der Vorinstanz dürfe nicht berücksichtigt werden, dass der Beschwerdeführer nicht "dazu stand", dass er im März 2005 eine CD mit Bankdaten versendet habe. Ein Verstoss gegen den Grundsatz, wonach die beschuldigte Person sich nicht selber belasten muss (Art. 113 Abs. 1 StPO), liegt indessen schon deswegen nicht vor, weil die Vorinstanz den erwähnten Gesichtspunkt bloss zur Begründung herangezogen hat, weshalb eine weitgehende Strafmilderung nicht in Frage komme.

**7.4** Der Beschwerdeführer rügt schliesslich eine Nichtberücksichtigung von Strafmilderungsgründen im Zusammenhang mit der versuchten Nötigung. Die Vorinstanz habe festgehalten, nach Art. 48 lit. a Ziff. 2 StGB dürfe der Ausweg aus einer schweren Bedrängnis, in welcher sich der Beschwerdeführer infolge der Observation und ihrer Auswirkungen auf seine Familie befunden habe, nicht auf andere Weise möglich gewesen sein; an dieser Voraussetzung fehle es, weil er erst anderthalb Jahre nach den betreffenden Ereignissen, im März 2007, Strafanzeige erstattet habe. Diese Feststellung der Vorinstanz sei aktenwidrig. Tatsächlich habe seine Ehefrau die Sache schon im Juni 2005 angezeigt. Mit diesem Hinweis zeigt der Beschwerdeführer nun aber gerade, dass ihm in der damaligen Bedrängnis auch andere Mit-



tel, sich zu wehren, bewusst waren und auch aus seiner damaligen Sicht keineswegs nur der Ausweg eines nötigen Handelns blieb.

**7.5** Insgesamt setzt sich die Vorinstanz mit den wesentlichen schuldrelevanten Komponenten auseinander und würdigt diese zutreffend. Dass sie sich von rechtlich nicht massgebenden Gesichtspunkten hätte leiten lassen oder wesentliche Aspekte nicht berücksichtigt hätte, ist nicht ersichtlich. Die Strafzumessung hält sich auch im Rahmen des sachrichterlichen Ermessens (vgl. BGE 136 IV 55 E. 5.6 S. 61).

## **8. Verfahren zur Herausgabe der beschlagnahmten Dateien**

**8.1** Die Vorinstanz setzte dem Beschuldigten eine nicht erstreckbare Frist von drei Monaten (beginnend mit der Rechtskraft), um "konkret unter Angabe des Dateinamens, des Pfades und des Datenträgers zu substantiieren, welche Dateien er in Kopie herausverlangen möchte, an denen keine privatrechtlich besseren Ansprüche Dritter bestehen". Der Beschwerdeführer macht geltend, wenn die Vorinstanz von ihm den Nachweis verlange, dass an den Dateien keine privatrechtlich besseren Ansprüche Dritter bestehen, so bedeute dies, dass er seine Berechtigung an den fraglichen Daten darlegen müsse. Letztlich greife also eine gesetzlich nicht vorgesehene Beweislastumkehr. Es gelte jedoch die Vermutung, dass der vormalige Besitzer auch der Eigentümer sei. Die Eigentumsvermutung kommt hier indessen schon deswegen nicht zum Tragen, weil die privaten Daten des Beschwerdeführers und seiner Familie nicht ohne Weiteres von den Datenkonvoluten getrennt werden können, an denen er unbestrittenermassen nicht berechtigt ist. Der Beschwerdeführer räumt selber ein, die Bankkundendaten nach dem "Eichhörnchenprinzip" abgelegt zu haben. Die mit dem Erfordernis, herausverlangte private Daten zu substantiieren, verbundene faktische Zuweisung der Beweislast beeinträchtigt die Eigentumsrechte des Beschwerdeführers (Art. 26 Abs. 1 BV) daher nicht in dem Sinne, dass von einem unverhältnismässigen Eingriff auszugehen wäre. Aus dem gleichen Grund kann der Beschwerdeführer nicht für sich ins Feld führen, das Gesetz auferlege ihm bei der Rückgabe seiner privaten Daten, die sich auf beschlagnahmten Datenträgern befinden (vgl. Art. 267 Abs. 3 StPO [betreffend Gegenstände und Vermögenswerte]), keine Obliegenheit zur Mitwirkung.

**8.2** Weiter rügt der Beschwerdeführer als bundesrechtswidrig, dass ihm die Vorinstanz eine *nicht erstreckbare* Frist gesetzt hat, um Dateinamen, Pfad und Datenträger zu benennen. Der Einwand ist berechtigt. Richterliche Fristen sind grundsätzlich erstreckbar (Art. 92 StPO). Soweit kein besonderer Beschleunigungsbedarf besteht und kein

öffentliches oder privates Interesse entgegensteht, darf eine Erstreckung nicht vorweg ausgeschlossen werden; die in einem entsprechenden Gesuch vorgebrachten Gründe müssen ermessensweise gewürdigt werden können (vgl. Urteil 6B\_229/2015 vom 30. April 2015 E. 1).

**8.3** Ferner dringt der Beschwerdeführer mit dem Argument durch, es fehle an einer Rechtsgrundlage für die Erhebung eines Kostenvorschusses im Hinblick auf den mit der Sichtung der Datenträger verbundenen Verwaltungsaufwand.

**8.3.1** Der Sache nach setzen sich die Verfahrenskosten in allen von der StPO geregelten Verfahren zusammen aus den Gebühren zur Deckung des Aufwands und den Auslagen im konkreten Straffall (Art. 416 und Art. 422 Abs. 1 StPO). Die Aushändigung von Objekten, deren Beschlagnahme aufgehoben ist, stellt solchen behördlichen Aufwand dar (vgl. Art. 267 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 246 StPO). Dass er erst nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens anfällt, ändert daran nichts. Ungeachtet dieses Umstandes anwendbar bleibt auch die Verteilungsregel, wonach Verfahrenskosten von der beschuldigten Person getragen werden, wenn sie verurteilt wird (Art. 423 Abs. 1 und Art. 426 Abs. 1 StPO).

Was die *Höhe* des Kostenvorschusses anbelangt, ist die rechtliche Bemessungsgrundlage ebenfalls hinreichend. Bund und Kantone regeln die Berechnung der Verfahrenskosten und legen die Gebühren fest (Art. 424 Abs. 1 StPO). Die kantonale Verordnung vom 24. November 2010 über die Gebühren, Auslagen und Entschädigungen der Strafverfolgungsbehörden (GebV StrV) setzt Kostenrahmen für verschiedene Entscheide und andere verfahrensabschliessende Akte (§ 3 ff. und § 2 Abs. 2 und 3). In § 4 befasst sich die GebV StrV mit der Bemessung und Festsetzung der Gebühren der Staatsanwaltschaften, während die erwähnten Bestimmungen der StPO die gesetzliche Grundlage für die Kostenerhebung als solche resp. die gebührenpflichtigen Amtshandlungen umschreiben. Vorliegend geht es um nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens anfallenden Aufwand. Die Bemessung der Gebühr richtet sich unter anderem nach dem Zeitaufwand, welcher bei der Strafverfolgungsbehörde anfällt (§ 2 Abs. 1 lit. a). Im Übrigen gleicht die Ausgangslage derjenigen bei anderen Kausalabgaben. Hier gleichen das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip das Fehlen von formellgesetzlichen Bemessungsvorgaben aus (vgl. BGE 141 V 509 E. 7.1.1 S. 516; 135 I 130 E. 7.2 S. 140; 134 I 179 E. 6.1 S. 180; Urteil 2C\_160/2014 vom 7. Oktober 2014 E. 5.2.4 und 6.2.1). Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ent-

steht ein effektiver Verwaltungsaufwand, weil die privaten Dateien nicht ohne Such- und Kopieraufwendungen mit den beschlagnahmten Rechnern und anderen Datenträgern herausgegeben werden können.

**8.3.2** Indessen durfte die Vorinstanz die Herausgabe der persönlichen Dateien nicht davon abhängig machen, dass der Beschwerdeführer dafür einen Kostenvorschuss leistet. Ein solcher gilt als Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 383 Abs. 1 StPO. Dazu kann nur die Privatklägerschaft verpflichtet werden, die beschuldigte Person (Art. 104 Abs. 1 lit. a StPO) hingegen erst im Verfahren vor Bundesgericht (vgl. Art. 62 f. BGG). Der Beschwerdeführer gilt im gesamten Strafverfahren, so auch im Beschlagnahmeverfahren, als beschuldigte Person (Urteil 1B\_332/2012 vom 15. August 2012 E. 3.4).

**8.4** Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, angesichts der grossen Datenmenge sei es ihm nicht möglich, den Dateinamen, den Pfad und den Datenträger zu benennen. Auch diese Rüge ist berechtigt. Die vorinstanzlichen Anforderungen sind diesbezüglich unverhältnismässig: Wenn der Beschwerdeführer nicht über die Dateien verfügt, wovon die Vorinstanz ausgeht, so ist er offenkundig auch nicht ohne Weiteres in der Lage, die geforderten Angaben, etwa zu den Pfaden, unter denen sie aufzufinden sind, zu liefern. Es muss ihm also die Datenstruktur zur Verfügung gestellt werden, damit er in die Lage versetzt wird, die herausverlangten privaten Dateien und ihre Orte präzise zu benennen.

**8.5** Hinsichtlich der im Zusammenhang mit der Abwicklung der beschlagnahmten Dateien resp. Datenträger ergangenen vorinstanzlichen Anordnungen beantragt der Beschwerdeführer, sein Rechtsmittel sei mit aufschiebender Wirkung zu versehen. Wohl ist die Beschwerde in Strafsachen gemäss Rechtsprechung ein ausserordentliches Rechtsmittel (Urteil 6B\_653/2014 vom 22. Dezember 2017 mit Hinweisen), womit sie den Eintritt der Rechtskraft des angefochtenen Urteils grundsätzlich nicht von sich aus hindert (vgl. Art. 103 Abs. 3 BGG). Es versteht sich jedoch von selbst, dass die Strafverfolgungsbehörden das im angefochtenen Urteil vorgezeichnete mehrstufige Verfahren betreffend die Herausgabe von Daten, die dem Beschwerdeführer zustehen, nicht einleiteten, solange dieser Punkt vor Bundesgericht hängig war. Mit dem vorliegenden Urteil ist der Antrag gegenstandslos geworden.

## **9. Verlegung der Kosten im Untersuchungs- und bezirksgerichtlichen Verfahren**

**9.1** Der Beschwerdeführer ist für die nach Art. 47 BankG angeklagten Sachverhalte strafrechtlich nicht zur Rechenschaft zu ziehen. Was das zweite Strafverfahren (DG140203; Anklageschrift vom 30. Juni 2014 und Urteil des Bezirksgerichts vom 12. Januar 2015) angeht, auferlegte ihm die Vorinstanz trotzdem den Grossteil der Kosten der Untersuchung und der bezirksgerichtlichen Verfahren, einschliesslich derjenigen des obergerichtlichen Entsiegelungsverfahrens und jener der amtlichen Verteidigung. Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, der Beschwerdeführer habe vertragliche Geheimhaltungspflichten verletzt und dadurch die Strafverfahren adäquat-kausal und schuldhaft verursacht. Nur hinsichtlich des Schreibens an den deutschen Finanzminister müsse ihm nicht vorgeworfen werden, er habe zivilrechtliche Grundsätze verletzt.

Der Beschwerdeführer wendet ein, hinsichtlich des Anklagepunktes "*WikiLeaks 2011*" habe die Vorinstanz den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt. Für das Übrige gelte, dass Vertragsverletzungen, hier Verstösse gegen eine Geheimhaltungspflicht, keine zivilrechtlich vorwerfbare Verhaltensweise darstellten, welche die Einleitung eines Strafverfahrens bewirken könne.

**9.2** Nach Art. 426 Abs. 2 StPO können auch einer freigesprochenen Person die Verfahrenskosten unter anderem dann ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt hat. Bei der Kostenpflicht im Falle von Freispruch oder Verfahrenseinstellung handelt es sich um eine zivilrechtlichen Grundsätzen angenäherte Haftung für fehlerhaftes Verhalten, durch das die Einleitung oder Erschwerung eines Strafverfahrens verursacht wurde. Die Kostenüberbindung stellt mithin eine Haftung prozessualer Natur für die Mehrbeanspruchung der Untersuchungsorgane und die dadurch entstandenen Kosten dar. Gemäss Art. 41 Abs. 1 OR ist zum Ersatz verpflichtet, wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit. Widerrechtlich im Sinne der genannten Bestimmung ist ein Verhalten, wenn es gegen Normen verstösst, die direkt oder indirekt Schädigungen untersagen resp. ein Schädigungen vermeidendes Verhalten vorschreiben. Das Verhalten eines Angeschuldigten ist dann als widerrechtlich zu qualifizieren, wenn es in klarer Weise gegen Normen der Rechtsordnung verstösst, die ihn direkt oder indirekt zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen verpflichten. Vorausgesetzt sind regelmässig qualifiziert rechtswidrige und rechtsgenüchlich nachgewiesene Verstösse. Die Un-

tersuchungs- resp. Verfahrenskosten müssen adäquat kausal auf das zivilrechtlich vorwerfbare Verhalten zurückzuführen sein (Urteil 6B\_1200/2017 vom 4. Juni 2018 E. 4.4 mit Hinweisen).

Bei der Bestimmung von Art. 426 Abs. 2 StPO handelt es sich um eine Kann-Vorschrift. Das Bundesgericht beurteilt den vorinstanzlichen Kostenentscheid insoweit zurückhaltend. Es schreitet nur ein, wenn das Sachgericht den ihm zustehenden Ermessensspielraum überschritten hat (Urteil 6B\_318/2016 vom 13. Oktober 2016 E. 4.3).

**9.3** Die Strafbehörden gehen davon aus, der Beschwerdegegner habe in seiner Zeit als COO der JBBT auf den Kaimaninseln Zugriff auf alle elektronischen Daten dieser Gesellschaft gehabt. Ausserdem sei er als "Hurrikan-Verantwortlicher" für die Anfertigung von Daten-Backups zuständig gewesen. Er habe beschlossen, Datenträger mit Sicherungskopien des operativen Tagesgeschäfts zu behalten, um sich damit im Hinblick auf Rechtshändel mit dem ehemaligen Arbeitgeber abzusichern. Ob die mit der Preisgabe solcher Daten einhergehende Verletzung vertraglicher Geheimhaltungspflichten eine "zivilrechtliche Vorwerfbarkeit" im Sinne von Art. 426 Abs. 2 StPO begründet, kann dahingestellt bleiben. Denn als Exponent der JBBT, welche Daten der Bank Julius Bär & Co. AG bearbeitete, hat der Beschwerdeführer mit Blick auf die institutionelle Dimension des schweizerischen Bankkundengeheimnisses (vgl. E. 3.3.2) offenkundig eine der schweizerischen Rechtsordnung angehörende Norm verletzt.

Unter dem Gesichtspunkt eines unter solchen Umständen adäquat kausal veranlassten Strafverfahrens ist sodann nicht ersichtlich, inwiefern es an einem entsprechenden Zusammenhang zwischen dem "zivilrechtlich" vorwerfbaren Verhalten und den Untersuchungs- resp. Verfahrenskosten fehlen sollte. Insbesondere ist mit der Vorinstanz darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob und in welchem Umfang eine Strafuntersuchung durchzuführen sei, anhand des Wissensstandes der Strafbehörden im Zeitpunkt der jeweiligen Verfahrensschritte zu betrachten ist. Soweit einschlägige normwidrige Verhaltensweisen des Beschwerdeführers festgestellt sind, waren diese nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, den Verdacht einer strafbaren Handlung zu erwecken. Die Strafbehörden durften sich in Ausübung pflichtgemässen Ermessens grundsätzlich zur Einleitung eines Strafverfahrens veranlasst sehen (BGE 116 Ia 162 E. 2c S. 170 f.).

9.4 Art. 426 Abs. 2 StPO ist freilich nur anwendbar, soweit die angeklagten Sachverhalte, hinsichtlich derer ein Freispruch erging, im Einzelnen erstellt sind. Der angefochtene Entscheid enthält zu allen angeklagten Punkten vollständige Sachverhaltsfeststellungen (Art. 105 Abs. 1 BGG).

9.4.1 Die unter den Komplex "*WikiLeaks 2008*" fallenden Sachverhalte sind nicht substantiiert bestritten. Diese können ohne Weiteres als gegeben angenommen werden.

9.4.2 Zu prüfen ist indes, ob der Beschwerdeführer zu Recht rügt, die Vorinstanz habe im Komplex "*WikiLeaks 2011*" willkürliche Sachverhaltsfeststellungen getroffen resp. dabei Bundesrecht verletzt (vgl. Art. 105 Abs. 2 BGG).

Die Staatsanwaltschaft warf dem Beschwerdeführer vor, ab Mitte November 2010 eine zweite Kampagne von Publikationen über WikiLeaks vorbereitet zu haben. Am 17. Januar 2011 fand im Londoner Journalistenclub "*Frontline Club*" eine Pressekonferenz statt, in deren Rahmen der Beschwerdegegner dem Sprecher und führenden Aktivisten der Enthüllungsplattform WikiLeaks, Julian Assange, zwei CDs übergeben hat. Die Vorinstanz kam zum Schluss, es stehe fest, dass er vor oder während der Pressekonferenz Daten der Bank Julius Bär & Co. AG an WikiLeaks weitergeleitet habe. Dabei habe es sich um mindestens diejenigen Daten gehandelt, welche er bereits im Jahr 2005 der Zeitschrift *Cash* und der ESTV zugestellt habe.

Nach eingehender Würdigung der Indizien stellte die Vorinstanz fest, der Beschwerdegegner habe im zeitlichen Umfeld der Londoner Pressekonferenz vom 17. Januar 2011 Daten der Bank Julius Bär & Co. AG an WikiLeaks übergeben. Der Anklagesachverhalt "*WikiLeaks 2011*" sei insgesamt erstellt.

Die Vorinstanz schliesst, die Daten stammten mindestens zum Teil aus dem gleichen Bestand wie diejenigen aus den Vorgängen des Jahres 2005; sie seien also mit jenen (im entsprechenden Umfang) identisch. Somit ist nicht dargetan, ob und inwieweit überhaupt *neue* Daten publiziert worden sind. Die Offenbarung eines Datenbestandes, der mit dem früher publizierten identisch ist, ist aber nur geeignet, die im BankG geschützten Interessen erneut zu tangieren, wenn die frühere Publikation entweder gar nicht mehr öffentlich verfügbar ist oder wenn im Rahmen einer "Zweitverwertung" von erheblich früher publizierten Daten gleichsam eine Neuauflage stattgefunden hat, welche die

öffentliche Verfügbarkeit der – immer noch resp. wieder als geheim zu taxierenden – Daten substantiell erhöht hat. In diesem Fall fehlte es an einer Rechtswidrigkeit im Sinne von Art. 426 Abs. 2 StPO. Die Frage kann indessen mit Blick auf das Folgende offenbleiben.

Die Vorinstanz erwog, der Beschuldigte gebe an, an der Pressekonferenz (vorab aus praktischen resp. Sicherheitsgründen) zwei leere CDs übergeben zu haben. Der Anlass als solcher, die sichergestellten Daten über deren Vorbereitung und seine damaligen Äusserungen legten zwingend nahe, dass WikiLeaks vom Beschuldigten Bankdaten erhalten habe. Der Beschuldigte habe fortwährend betont, "vor den Kameras der Weltpresse" leere CDs übergeben zu haben – was ja an sich wenig relevant sei und zwanglos so angenommen werden könne –, hingegen die Frage, ob er WikiLeaks im Vorfeld Daten habe zukommen lassen, derart kryptisch beantwortet, dass es geradezu auf eine Selbstbelastung hinauslaufe. Es sei kaum vorstellbar, dass die Pressekonferenz bloss eine aufwendige Inszenierung gewesen sei und der Beschuldigte die Exponenten von WikiLeaks und die – über die Medien präsente – Weltöffentlichkeit "absolut schamlos und unverfroren hinters Licht geführt" haben könnte. Ebensowenig sei davon auszugehen, dass er durch blosses Vorspielen der Bereitschaft, Daten zu übergeben, – in den Worten der Staatsanwaltschaft – "seine gesamte Gefolgschaft und all seine Helfer der Lächerlichkeit preisgeben" und "seine Hausmacht ohne Not und völlig sinnlos verheizen" wollte.

Nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* geht das Gericht von der für die beschuldigte Person günstigeren Sachlage aus, wenn unüberwindliche Zweifel an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen der angeklagten Tat bestehen (Art. 10 Abs. 3 StPO), also daran, ob sich der Sachverhalt bei objektiver Betrachtung tatsächlich so verwirklicht hat, wie es das Beweisergebnis zunächst nahelegt. Abstrakte und theoretische Zweifel allein stellen die Gültigkeit eines in freier Beweiswürdigung ermittelten Sachverhaltes nicht infrage. Bei der Würdigung der als erheblich erkannten Beweise, das heisst bei der Feststellung der einzelnen konkreten Tatsachen, hat das Sachgericht einen erheblichen Ermessensspielraum (vgl. BGE 120 Ia 31 E. 4b S. 40). Die Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts ist entsprechend eingeschränkt (vgl. BGE 138 V 74 E. 7 S. 82; 127 I 38 E. 2a S. 41). Zum Tragen kommt der *In-dubio*-Grundsatz, sobald nach einer vollständigen Beweiswürdigung relevante Zweifel fortbestehen (in BGE 143 IV 214 nicht publ. E. 13.1 des Urteils 6B\_824/2016 vom 10. April 2017). Die Frage, ob der vorinstanzlich festgestellte Sachverhalt insgesamt mit Blick auf mögliche alternative Tathergänge vor der Unschuldsver-

mutung standhält, ist rechtlicher Natur und vom Bundesgericht frei zu beurteilen (zur amtl. Publ. bestimmtes Urteil 6B\_804/2017 vom 23. Mai 2018 E. 2.2.3.5–7).

Entgegen der vorinstanzlichen Betrachtungsweise ist die Sachverhaltsvariante einer blossen Scheinübergabe keineswegs von der Hand zu weisen. Insbesondere sind – angesichts der damaligen Lage von WikiLeaks bei Weitem nicht nur im Sinne einer theoretischen Möglichkeit – Gründe dafür vorstellbar, dass die Enthüllungsplattform auch zu einer blossen Inszenierung ohne effektive Datenübergabe Hand gebothen haben könnte: Presseberichte aus der Zeit um das Jahresende 2010 zeugen davon, dass WikiLeaks damals im Begriff war, in Zusammenarbeit mit verschiedenen internationalen Medien eine Vielzahl an diplomatischen Depeschen zu veröffentlichen, darunter diejenigen, welche sie von dem bei der US-Armee tätigen IT-Spezialisten Bradley Manning erhalten hat. Nach Auffassung von US-Regierungsstellen gefährdete dieses Vorgehen das Leben zahlreicher Menschen. Ausserdem wurde befürchtet, dass das Vertrauen in die Fähigkeit der Geheimdienste verloren gehen könnte, Geheimhaltung überhaupt zu gewährleisten (vgl. etwa die Berichte "CIA to examine impact of files recently released by WikiLeaks", Washington Post, 22. Dezember 2010; "CIA untersucht Wikileaks-Enthüllungen", Financial Times Deutschland, 23. Dezember 2010). Offenbar kurz vor der angekündigten Veröffentlichung von rund einer Viertelmillion Depeschen des US-Aussenministeriums kam es zu Cyberattacken auf die Website von WikiLeaks in Form von *Distributed-Denial-of-Service*-Angriffen (DDoS), welche darauf abzielten, jene lahmzulegen (Bericht "DDoS-Attacke auf Wikileaks vor angekündigter Veröffentlichung", Heise online, 28. November 2010). Dies wiederum soll dazu geführt haben, dass das für die Verwaltung von Internetdomains zuständige Unternehmen die Kennung "*wikileaks.org*" vorübergehend aufhob und die zentrale Website nicht mehr über die gewohnte Adresse erreichbar war (Bericht "US-Firma entzieht WikiLeaks die Internetadresse", Spiegel online, 3. Dezember 2010). Zudem verzeichnete WikiLeaks Probleme des Zahlungsverkehrs. So konnten Spendenzahlungen nicht mehr über den Bezahlendienst *Paypal* abgewickelt werden (Bericht "Paypal stoppt Geldfluss an WikiLeaks", Spiegel online, 4. Dezember 2010). In der Schweiz kündigte der Finanzdienstleister PostFinance an, das WikiLeaks-Konto aufzulösen (Bericht "Postfinance kündigt Wikileaks", Neue Zürcher Zeitung [NZZ], 6. Dezember 2010). Zwei Kreditkartenunternehmen und auch mindestens eine Grossbank blockierten zugunsten von WikiLeaks geleistete Zahlungen (Berichte "Wikileaks' Visa payments suspended", BBC News online, 7. Dezember 2010; "Bank of



America stoppt Geldfluss an WikiLeaks", Spiegel online, 18. Dezember 2010).

Angesichts dieser Entwicklungen konnten die Verantwortlichen von WikiLeaks durchaus daran interessiert sein, ihre in mehrfacher Hinsicht bedrängte Situation zu verbessern, indem sie eine öffentlichkeitswirksame Veranstaltung durchführten, die das im Umfeld der globalen Banken- und Finanzkrise aktuelle Thema der steuerrelevanten Offshore-Aktivitäten von Finanzinstituten betraf. Damit konnten sie sich eine gewisse Verminderung des Drucks der Regierungen erhoffen, welche im Rahmen eines "konzertierten Vorgehens" (NZZ, a.a.O.) im Begriff zu sein schienen, in existenzbedrohender Weise gegen WikiLeaks vorzugehen. Aus Sicht der Beteiligten musste es sinnvoll erscheinen, an die schon erfolgten Offenlegungen von Bankkundendaten zu erinnern ("*WikiLeaks 2008*"). Eine blosser Mitteilung über die bereits im Jahr 2008 publizierten Kundendaten einer Schweizer Bank wäre bei Weitem nicht gleich öffentlichkeitswirksam und zielführend wie eine spektakuläre Pressekonferenz gewesen. Über allfällige Zusammenhänge solcher Vorgänge und Interessenlagen mit der Londoner Pressekonferenz vom 17. Januar 2011 lässt sich freilich nur spekulieren. Das vom Beschwerdegegner geltend gemachte Alternativszenario zum angeklagten Sachverhalt erscheint jedenfalls aber nicht unplausibel. Daraus entstehen erhebliche Zweifel, ob sich der Sachverhalt so wie angeklagt abgespielt hat, das heisst ob die Veranstaltung wirklich nur unter der Prämisse Sinn ergeben konnte, dass der Beschwerdegegner effektiv unveröffentlichte Bankkundendaten übergeben hat. Der angeklagte Sachverhalt "*WikiLeaks 2011*" darf daher nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* nicht als gegeben angenommen werden.

Dies führt indessen nicht zu einer Entlastung des Beschwerdeführers, was die Kostenfolgen betrifft. Er hat bewusst einen Vorgang vorgetäuscht, der als potentielle Straftat unweigerlich eine Strafuntersuchung in der Schweiz nach sich ziehen musste, zumal die Zuständigkeit der hiesigen Justiz nach damaligem Kenntnisstand jedenfalls nicht von vornherein auszuschliessen war. Darin liegt eine Rechtswidrigkeit im Sinne von Art. 426 Abs. 2 StPO.

**9.5** Die Staatsanwaltschaft wendet sich im Verfahren 6B\_1314/2016 gegen das vorinstanzliche Erkenntnis, das *Schreiben an den deutschen Finanzminister* stelle nur eine straflose Vorbereitungshandlung dar. Nachdem in diesem Punkt eine Verurteilung wegen versuchter Verletzung des Bankgeheimnisses aus Gründen des persönlichen An-

wendungsbereichs von Art. 47 BankG entfällt, muss die Frage, ob die Schwelle zum Versuch bereits überschritten gewesen wäre, mit Blick auf Art. 426 Abs. 2 StPO gleichwohl beurteilt werden: Eine blossere Vorbereitungshandlung stellte kein rechtswidriges Verhalten gemäss dieser Bestimmung dar.

**9.5.1** Die Anklage hatte dem Beschwerdeführer vorgeworfen, am 6. April 2009 einen Brief an den damaligen deutschen Finanzminister Peer Steinbrück gesendet zu haben. Darin bot er, unter Hinweis auf schon erfolgte Veröffentlichungen in WikiLeaks, einschlägige Bankkundendaten von in Deutschland ansässigen Personen an, wodurch Fälle von Steuerhinterziehung aufgedeckt werden könnten. Im Gegenzug erbat er sich Schutz für seine Familie, allenfalls durch Wohnsitznahme in Deutschland. Die Vorinstanz bestätigte das bezirksgerichtliche Erkenntnis, wonach der Schritt zum strafbaren Versuch einer Verletzung des Bankkundengeheimnisses noch nicht vollzogen sei. Es werde von einer straflosen Vorbereitungshandlung ausgegangen. Die Oberstaatsanwaltschaft bestreitet dies und geht von einem Versuch aus.

**9.5.2** Führt der Täter, nachdem er mit der Ausführung eines Verbrechens oder eines Vergehens begonnen hat, die strafbare Tätigkeit nicht zu Ende, macht er sich des unvollendeten Versuchs strafbar (Art. 22 Abs. 1 StGB). Der Versuch ist von der straflosen Vorbereitung abzugrenzen. Beim Versuch erfüllt der Täter sämtliche subjektiven Tatbestandsmerkmale, ohne dass alle objektiven Merkmale verwirklicht wären. Der blossere Entschluss, eine strafbare Handlung zu begehen, bleibt für sich allein genommen straflos, solange er nicht in Handlungen umgesetzt wird. Überschritten ist die Schwelle zum Versuch jedenfalls dann, wenn ein Täter mit Tatentschluss ein objektives Tatbestandsmerkmal erfüllt. Die Ausführung der Tat im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB beginnt mit derjenigen Tätigkeit, die nach dem Plan des Täters den letzten entscheidenden Schritt auf dem Weg zur Tatbestandsverwirklichung darstellt, von dem es in der Regel kein Zurück mehr gibt, es sei denn äussere Umstände erschweren oder verunmöglichen es, diese Absicht weiterzuverfolgen. Ob eine Handlung als Versuch einer strafbaren Handlung erscheint, setzt häufig die Kenntnis darüber voraus, wie der Täter vorgehen wollte. Mit welcher Handlung der Täter plangemäss zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt und ob noch die Möglichkeit bestand, dass er ohne äusseren Zwang von seinem Vorhaben abrücken könnte, ist also anhand der Vorstellung des Täters von der Tat und nach objektiven Anhaltspunkten zu entscheiden (zum Ganzen BGE 131 IV 100 E. 7.2.1 S. 103

mit Hinweisen zu Lehre und Rechtsprechung). Die Frage kann zwar nicht nach allgemeinen Gesichtspunkten von Persönlichkeit, Charakter und Vorleben des Täters beurteilt werden (vgl. BGE 131 IV 100 S. 106 unten). Durchaus massgeblich sind aber konkrete Verhaltensmuster, wie sie sich aus anderen Tathandlungen ergeben.

Die beschwerdeführende Oberstaatsanwaltschaft hält dafür, vorliegend spiele der Plan des Beschwerdegegners eine besondere Rolle. Die Lieferung der angebotenen Bankdaten sei nur noch von einer positiven Rückmeldung des deutschen Finanzministeriums, das heisst von dessen Interesse an den Daten und der Zusage von Schutz für die Familie des Beschwerdegegners, abhängig gewesen. Zum fraglichen Zeitpunkt habe der Beschwerdegegner bereits Datensätze an die Zeitschrift *Cash* und an zwei Steuerbehörden versandt gehabt; auch habe eine Serie von Offenlegungen über WikiLeaks schon stattgefunden, in diesen Fällen ohne Gegenleistung. Da er sich im aktuellen Fall aus seiner Sicht in einer Zwangslage befand, müsse ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass er bei Versendung des Briefs fest entschlossen war, die Bankdaten bei entsprechender Rückmeldung auch tatsächlich zu liefern.

**9.5.3** In BGE 104 IV 175 E. 3 S. 180 (*Stanley Adams*) blieb das Argument des dortigen Beschwerdeführers ohne Erfolg, sein aus der Schweiz versendeter Brief, mit welchem er Organe der EG kontaktierte und anbot, vertrauliche Unterlagen des Arbeitgebers bekanntzugeben, sei als straflose Vorbereitungshandlung zu einer Verletzung des Geschäftsgeheimnisses zu werten; die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen sei nicht ein Erfolgsdelikt und der Begehungsort liege ausserhalb der Schweiz, weshalb die schweizerischen Gerichte nicht zuständig seien. Das Bundesgericht nahm hingegen an, die Ausführung des Vergehens habe bereits begonnen, weil nach der ersten schriftlichen Kontaktnahme weitere Schritte von der Schweiz aus erfolgt sind. Jedenfalls mit der Vorbereitung und dem Antritt der Reise zum Sitz der EG-Behörde habe der Beschwerdeführer nach seinem Plan jenen letzten entscheidenden Schritt auf dem Weg zum Erfolg getan, von dem es im Sinne der Rechtsprechung in der Regel kein Zurück mehr gebe.

Daraus kann nicht im Umkehrschluss gefolgert werden, dass die Versendung eines Briefs, mit dem erste Kontakte zum potentiellen Empfänger von gesetzlich geschützten Daten geknüpft werden, in jedem Fall nur eine Vorbereitungshandlung zur entsprechenden Geheimnisverletzung darstellt. Die Frage beurteilt sich nach den objektiven Um-

ständen des Einzelfalls und nach den subjektiven Motiven des Täters, welche für seine Handlungen leitend waren. Hier legen die objektiven Gegebenheiten – namentlich das bei den diversen vollendeten einschlägigen Tathandlungen gezeigte Verhaltensmuster –, zwar nahe, dass es nur noch an einer wunschgemässen Reaktion des Briefadressaten gelegen hat, ob die in Aussicht gestellten Bankkunden-daten auch tatsächlich geliefert würden. Mit Blick auf die subjektive Interessenlage des Beschwerdegegners kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass er mit seinem ersten schriftlichen Kontaktversuch bereits unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt hat. Im Gegensatz zu anderen Mitteilungen von Bankkunden-daten an Dritte war Motiv der hier beurteilten Handlung nicht nur die Offenlegung der betreffenden Geheimnisse als solche, sondern wesentlich auch der daran geknüpfte Schutz für sich und seine Familie durch "Asyl" in Deutschland. Im Zeitpunkt des Briefversandes am 6. April 2009 war die Tathandlung noch durch diese Mentalreserve blockiert. Den letzten und entscheidenden Schritt würde er daher erst unternommen haben, nachdem die Gegenseite entsprechende Garantien abgegeben hat. Soweit ist es hier fraglos nicht gekommen. Der Versuch einer Verletzung des Bankkundengeheimnisses läge auch dann nicht vor, wenn dieses Verhalten grundsätzlich in den persönlichen Geltungsbereich von Art. 47 BankG fallen würde.

**9.5.4** Unter diesen Umständen hat die Vorinstanz zu Recht festgehalten, dass der Beschwerdeführer (noch) keine "zivilrechtlichen" Grundsätze verletzt hat. Untersuchungs- und Verfahrenskosten, die auf den Tatvorwurf einer versuchten Verletzung des Bankgeheimnisses entfallen, dürfen nicht in eine Kostenauflegung nach Art. 426 Abs. 2 StPO einbezogen werden.

**9.6** Zusammengefasst ergibt sich Folgendes: Bezüglich des Komplexes "*WikiLeaks 2008*" sind Handlungen erstellt, die strafrechtlich aufzuarbeiten waren. Es liegt ein im Sinne von Art. 426 Abs. 2 StPO rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten vor. Dies gilt trotz der nicht erstellten Geheimnisverletzung auch für den Komplex "*WikiLeaks 2011*", da der Beschwerdeführer hier durch eine entsprechend vorgetäuschte Handlung die Einleitung eines Strafverfahrens bewirkt hat. Diesbezüglich ist die Annahme einer Kostentragungspflicht vom Entschliessungsermessen der Vorinstanz gedeckt. Zu Recht ist diese auch davon ausgegangen, dass Art. 426 Abs. 2 StPO nicht anwendbar ist, was das Schreiben an den deutschen Finanzminister angeht. Insgesamt bleibt es daher bei der vorinstanzlichen Verlegung der Untersuchungs- und erstinstanzlichen Kosten.

**9.7** Der Beschwerdeführer rügt in diesem Zusammenhang, dass die Vorinstanz einen Teil der Kosten der amtlichen Verteidigung in die einschlägigen Kosten der Untersuchung und des bezirksgerichtlichen Verfahrens einbezieht (Dispositiv-Ziff. 12 des angefochtenen Urteils). Seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlaubten keine Rückerstattung der Kosten der amtlichen Verteidigung (vgl. Art. 135 Abs. 4 StPO). Die Vorinstanz rechnete dem Beschwerdeführer eine Zahlung von Fr. 700'000.-- (vgl. zu diesem Vorgang oben E. 6.3.1) zu dessen Vermögen an. Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, die Vereinbarung, in welcher die betreffende Zahlung geregelt worden sei, sehe seine Tochter als alleinige Adressatin vor. Die Vorinstanz setze sich willkürlich über diesen klaren Wortlaut hinweg. Diese kam indes zum Schluss, mit der betreffenden Zahlung seien zu einem überwiegenden Teil Ansprüche des Beschwerdeführers selbst befriedigt worden. Dessen Bestreben, die zum grössten Teil ihm zustehenden Fr. 700'000.-- den Behörden zu entziehen, laufe auf Rechtsmissbrauch hinaus (S. 215 f. des angefochtenen Urteils). Mit seinem Vorbringen, die vorinstanzlichen Erwägungen seien aktenwidrig, setzt sich der Beschwerdeführer nicht mit dem Schluss der Vorinstanz auseinander, wonach eine Genugtuungszahlung an seine Tochter *in dieser Höhe* nicht gerechtfertigt werden kann. Hinsichtlich der Frage der Rückerstattung der Kosten für die amtliche Verteidigung ist daher nach Art. 42 Abs. 2 BGG auf die Beschwerde nicht einzutreten.

### **Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens**

#### **10.**

**10.1** Den Antrag von Rudolf Elmer auf unentgeltliche Rechtspflege im bundesgerichtlichen Verfahren hat das Bundesgericht mit Verfügung vom 19. Januar 2017 abgewiesen.

**10.2** Die letztinstanzlichen Gerichtskosten sind mit Blick auf Umfang und Komplexität des Verfahrens auf das gesetzliche Höchstmass (Art. 65 Abs. 5 in Verbindung mit Abs. 3 lit. a BGG) festzusetzen. Rudolf Elmer trägt denjenigen Teil der Gerichtskosten, welcher dem Ausgang der beiden Verfahren angemessen ist (Art. 66 Abs. 1 BGG). Der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich sind keine Kosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 4 BGG). Hinsichtlich der Punkte, in welchen Rudolf Elmer mit seinen Anträgen durchdringt, hat ihm der Kanton Zürich eine reduzierte Parteienschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 2 BGG).

## Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Verfahren 6B\_1314/2016 und 6B\_1318/2016 werden vereinigt.

2.

Im Verfahren 6B\_1314/2016 wird die Beschwerde der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist.

3.

Im Verfahren 6B\_1318/2016 wird die Beschwerde von Rudolf Elmer teilweise gutgeheissen. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. August 2016 wird aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist.

4.

Die bundesgerichtlichen Verfahrenskosten von Fr. 10'000.-- werden im Umfang von Fr. 2'500.-- Rudolf Elmer auferlegt.

5.

Der Kanton Zürich hat Rudolf Elmer für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- auszurichten.

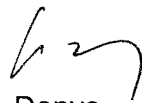
6.

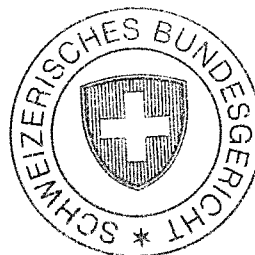
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 10. Oktober 2018

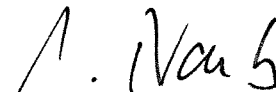
Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

  
Denys



Der Gerichtsschreiber:

  
Traub