35

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer

EINGEGANGEN
21 OKT 2016
Erl.

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

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

Urteil vom 19. August 2016

in Sachen

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

gegen

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

sowie

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

35/2

AHV/IV/ALV-Beiträge leistete und auch in der Schweiz gegen Unfall versichert blieb, dazu führen soll, dass der Beschuldigte zusätzlich dem schweizerischen Bankgeheimnis unterstellt wäre, ist nicht einsichtig. Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang noch Folgendes: Wie schon mehrfach erwähnt, wurde zwischen der JBBT und dem Beschuldigten per 1. September 2002 ein lokaler Arbeitsvertrag geschlossen, weil davon ausgegangen wurde, der Beschuldigte werde nicht mehr in die Schweiz zurückkehren. Ungeachtet dessen schlossen aber auch hier der Beschuldigte und die Bank Julius Bär & Co. AG unter dem 16. September 2002 eine Zusatzvereinbarung, wonach der Beschuldigte vorsorgerechtlich in der "Stiftung der Bär Gruppe" verbleibe, er die Möglichkeit habe, im schweizerischen Sozialversicherungssystem versichert zu bleiben und sich die Bank Julius Bär & Co. AG gar verpflichtete, Ausbildungsbeiträge für die Tochter des Beschuldigten zu leisten. Und auch hier sicherte die Bank Julius Bär & Co. AG zu, nach der Beendigung des Einsatzes des Beschuldigten für die JBBT das Möglichste zu tun, um ihm eine angemessene Stelle bei der Bank Julius Bär & Co. AG oder der Bär-Gruppe offerieren zu können (SB110200 ND 1 Urk. 2/4.3.2). Diese Vereinbarung unterscheidet sich nun vom "Expatriate Agreement" vom 1. September 1999 nicht wirklich fundamental: Zwar geht sie vorsorge- und versicherungsrechtlich etwas weniger weit, enthält aber hinsichtlich der Ausbildungsbeiträge immerhin eine ganz direkte, bezifferte Zahlungspflicht der Bank Julius Bär & Co. AG, wogegen im "Expatriate Agreement" nichts Ähnliches vereinbart war (die Tochter Helena war damals allerdings auch erst gerade geboren worden). Vom Gehalt her gleich wurde in beiden Vereinbarungen die Verpflichtung der Bank Julius Bär & Co. AG formuliert, nach dem Ausscheiden des Beschuldigten aus der JBBT ihm möglichst eine angemessene Stelle zu offerieren. Wenn man sich nun allseits einig ist, dass neben dem lokalen Arbeitsvertrag mit der JBBT ab 1. September 2002 die ergänzende Vereinbarung mit der Bank Julius Bär & Co. AG sicher kein Arbeitsvertrag mit derselben darstellt, ist im Vergleich mit dem "Expatriate Agreement" vom 1. September 1999 endgültig klar, dass auch dieses nicht als Arbeitsvertrag gelten kann, der die Anwendung von Art. 47 BankG zur Folge hätte.

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

35/3

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

→ Dr. Kurt Langhard (Anwalt)

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

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

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

35/4

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

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

20.13.4. Mit Blick auf das Auftragsrecht fehlte es dem "Expatriate Agreement" sodann weiter etwa auch daran, dass der Beschuldigte nicht in unabhängiger Position tätig war (sondern als im Betrieb der JBBT subordinierter Arbeitnehmer), ihn gegenüber der Vertragspartnerin eigentlich keine auftragstypischen Pflichten trafen (z.B. Informationspflicht, Beachtung von Weisungen, Rechenschafts- und Erstattungspflicht) sowie er für seine – selbstverständlich entgeltlichen – Dienste einen Lohn von einer Drittpartei (JBBT) und kein Honorar von der Bank Julius Bär & Co. AG bezog. Schliesslich ist die jederzeitige Kündbarkeit eines Auftrags (Art. 404 Abs. 1 OR) nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts zwingender Natur (BGE 115 II 464 E. 2a S. 466 ff., bestätigt in Urteil 4A_141/2011 vom 6. Juli 2011 E. 2.2 mit Hinweisen und letztmals im Urteil 5A_106/2014 vom 26. Mai 2014 E. 7.3). Dass die Parteien des "Expatriate Agreements" dessen Beendigung grundsätzlich "automatisch" an den Austritt des Beschuldigten aus dem Betrieb der JBBT (mit welcher er arbeitsvertraglich verbunden war) anknüpften, ist mithin ebenfalls ein Indiz dafür, dass kein Auftrag geschlossen werden sollte. Eine jederzeitige Widerrufbarkeit des "Expatriate Agreements" wäre denn auch mit dem Charakter des Vertrags nicht vereinbar gewesen – dem Vertrag, mit wel-

35/15

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

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 19. August 2016

Der Präsident:

i.V.

lic. iur. P. Marti

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bussmann

Zur Beachtung:

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

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

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

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