

Bundesstrafgericht

Tribunal pénal fédéral

Tribunale penale federale

Tribunal penal federal



Geschäftsnummer: SK.2017.64

Urteil vom 9. Mai 2018

Strafkammer

Besetzung

Bundesstrafrichter Stefan Heimgartner, Einzelrichter
Gerichtsschreiber Tornike Keshelava

Parteien

BUNDESANWALTSCHAFT, vertreten durch
Staatsanwalt des Bundes Hansjörg Stadler,

gegen

A., erbeten verteidigt durch Rechtsanwalt Lorenz
Erni,

Gegenstand

Verbotene Handlungen für einen fremden Staat

Anträge der Bundesanwaltschaft:

1. A. sei wegen verbotener Handlung für einen fremden Staat im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen.
2. A. sei mit einer Geldstrafe von 160 Tagessätzen zu je Fr. 1'650.–, entsprechend Fr. 264'000.–, zu bestrafen. Der Vollzug der Geldstrafe sei aufzuschieben, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren.
3. A. sei zudem mit einer Verbindungsbusse von Fr. 10'000.– zu bestrafen, bei schuldhaftem Nichtbezahlen ersatzweise mit einer Freiheitsstrafe von 30 Tagen.
4. Die Verfahrenskosten von Fr. 3'100.– zuzüglich der vom Gericht festzulegenden Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens seien A. aufzuerlegen.
5. Es sei der Kanton Zürich als Vollzugskanton zu bestimmen.

Anträge der Verteidigung:

1. A. sei freizusprechen.
2. Die Kosten des Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen, und es sei A. für seine Umtriebe, insbesondere für die Kosten seiner Verteidigung angemessen zu entschädigen.

Prozessgeschichte:

- A.** Am 28. April 2015 erstattete die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) bei der Bundesanwaltschaft (BA) Anzeige gegen die Verantwortlichen der B. AG, einer in Zürich domizilierten Vermögensverwaltungsgesellschaft, sowie allfällige weitere involvierte Personen wegen wirtschaftlichen Nachrichtendienstes (Art. 273 StGB) und verbotener Handlungen für einen fremden Staat (Art. 271 StGB).
- B.** Am 29. September 2015 erteilte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) auf Antrag der BA die Ermächtigung zur Strafverfolgung gegen Unbekannt wegen genannter Delikte.
- C.** Am 1. Oktober 2015 eröffnete die BA eine Strafuntersuchung wegen Verdachts des wirtschaftlichen Nachrichtendienst (Art. 273 StGB) und der verbotenen

Handlungen für einen fremden Staat (Art. 271 StGB) gegen Unbekannt. Am 2. Februar 2016 dehnte sie die Strafuntersuchung auf A. aus.

- D.** Mit Strafbefehl vom 19. September 2017 verurteilte die BA A. wegen verbotener Handlung für einen fremden Staat (Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) zu einer Geldstrafe von 160 Tagessätzen zu je Fr. 1'650.–, entsprechend Fr. 264'000.–, bedingt erlassen auf Probezeit von 2 Jahren, sowie zu einer Busse von Fr. 10'000.–. Der Beschuldigte erhob in der Folge mit Schreiben vom 2. Oktober 2017 Einsprache gegen den Strafbefehl.
- E.** Nach Ansicht der BA drängte sich keine weitere Beweisabnahme im Sinne von Art. 355 Abs. 1 StPO auf. Infolgedessen erhob sie am 17. November 2017 Anklage beim hiesigen Gericht (Art. 355 Abs. 3 lit. d StPO).
- F.** Im Rahmen der Prozessvorbereitung holte das Gericht die erforderlichen Beweismittel zu den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten (Straf- und Betreuungsauszüge, Steuerunterlagen) ein. Im Weiteren wurden diverse vom Verteidiger mit Eingabe vom 19. Januar 2018 sowie anlässlich der Hauptverhandlung eingereichte Unterlagen zu den Akten erkannt.
- G.** Die Hauptverhandlung fand am 26. April 2018 in Anwesenheit der Parteien am Sitz des Bundesstrafgerichts statt.
- H.** Das Urteil wurde am 9. Mai 2018 mit Zustimmung der Parteien schriftlich eröffnet.

Der Einzelrichter erwägt:

1. Prozessuales

- 1.1** Das angeklagte Delikt fällt in die Bundeszuständigkeit (Art. 23 Abs. 1 lit. h StPO). Die Kompetenz des Einzelgerichts der Strafkammer des Bundesstrafgerichts ergibt sich aus Art. 19 Abs. 2 lit. b StPO i.V.m. Art. 36 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 19. März 2010 (StBOG; SR 173.71).
- 1.2** Die gerichtliche Verfolgung politischer Delikte, zu denen Art. 271 StGB gehört, setzt gemäss Art. 66 Abs. 1 StBOG eine Ermächtigung des Bundesrates voraus. Der diesbezügliche Entscheid obliegt dem EJPD (Art. 3 lit. a der Organisationsverordnung für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement vom 17. November 1999, OV-EJPD; SR 172.213.1). Die erforderliche Ermächtigung zur Strafverfolgung liegt, wie bereits ausgeführt, vor (BA pag. 1.2.5 ff.).

2. Anklagevorwurf

Die BA wirft dem Beschuldigten zusammengefasst vor, er habe am 6. Dezember 2013 in seiner Funktion als Verwaltungsratspräsident der B. AG im Hinblick auf ein sog. *Non Prosecution Agreement* dem US-amerikanischen *Department of Justice* (DoJ) ein USB-Stick mit 109 Dossiers von in den USA potentiell steuerpflichtigen Kunden der B. AG und deren Tochtergesellschaften durch die Anwaltskanzlei C., New York übergeben lassen, ohne über eine Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB verfügt zu haben. Die betreffenden Dossiers habe der Beschuldigte zuvor im Rahmen einer internen Untersuchung durch die Anwaltskanzlei C., Zürich und einen Mitarbeiter der B. AG zusammenstellen lassen.

3. Beweiswürdigung

3.1 In objektiver Hinsicht ist der Sachverhalt im Wesentlichen unbestritten und aktenmässig sowie gestützt auf die konstanten Aussagen des Beschuldigten erstellt.

Den Hintergrund bildeten der Steuerstreit der Schweiz mit den USA und die latente Gefahr von existenzbedrohenden Massnahmen der US-Behörden gegen die B. AG. Deren Verwaltungsrat hatte im Juni 2012 entschieden, die US-Steuerproblematik zu bereinigen. Die Überprüfung der Kundenbeziehungen ergab, dass die B. AG und ihre Tochtergesellschaften zwischen 2002 und 2012 eine gewisse Zahl von Kunden hatten, die sich in den USA eventuell nicht regelkonform versteuert hatten („*more likely than not tax compliant*“). In diesem Rahmen beauftragte der Beschuldigte im Sommer 2012 als Verwaltungsratspräsident der B. AG die Anwaltskanzlei C., Zürich sowie einen Mitarbeiter der B. AG damit, ein Dossier mit Files von in den USA mutmasslich steuerpflichtigen Kunden (sog. *US-Tax subjects*) zusammenzustellen und auf einem USB-Stick abzuspeichern. Im Sinne der beschlossenen Bereinigungsstrategie reichte der Beschuldigte als Vertreter der B. AG im Oktober 2012 eine Selbstanzeige beim DoJ ein. Diese Anzeige beinhaltete den Hinweis, dass die B. AG über Beziehungen zu in den USA eventuell steuerpflichtigen Kunden verfügte. Zu diesem Zeitpunkt wurden weder Kundennamen genannt noch diesbezügliche Kontakte zu Schweizer Banken angegeben. In der Folge, im Sommer 2013, wurde dem DoJ vorgeschlagen, dass es um Herausgabe der betreffenden Kundendossiers auf dem Rechts- bzw. Amtshilfeweg ersuchen solle, was das DoJ indes ablehnte. Daraufhin reiste der Beschuldigte persönlich Mitte November 2013 mit 109 Dossiers der B. AG und deren Tochtergesellschaften auf dem genannten USB-Stick in die USA und über-

gab diesen Stick im Hinblick auf ein *Non Prosecution Agreement* am 21. November 2013 Rechtsanwalt D. von der Anwaltskanzlei C., New York. Dieser händigte den besagten Stick am 6. Dezember 2013 in New York dem DoJ aus (BA pag. 12.1.7 ff., 13.1.5 ff.; TPF pag. 7.930.4 ff.).

3.2 Was die Herkunft der Unterlagen betrifft, die Eingang in die Kundenfiles auf dem USB-Stick fanden, machte die Verteidigung in verschiedenen Eingaben und auch anlässlich der Hauptverhandlung geltend, dass diese aus dem Ausland stammen würden und lediglich im Rahmen der internen Untersuchung in der Schweiz gesichtet und zusammengestellt worden seien (BA pag. 16.1.26; TPF pag. 7.925.32). Anlässlich der Hauptverhandlung hat der Beschuldigte indes ausgesagt, dass die Daten im Wesentlichen auch in elektronischer Form auf einem Server in der Schweiz abgespeichert gewesen seien und zur Zusammenstellung der Dossiers zusätzlich nach Unterlagen in den Tochtergesellschaften auf den Cayman Islands und Liechtenstein gesucht worden sei und solche gegebenenfalls elektronisch in die Schweiz übermittelt worden seien (TPF pag. 7.930.6). In Bezug auf die Daten der B. AG bzw. der beiden Schweizer Tochtergesellschaften wird zudem geltend gemacht, dass diese Daten auch auf einen Server im Fürstentum Liechtenstein gespiegelt worden seien. Dies sei einerseits aus regulatorischen Gründen erfolgt, weil der damalige Hauptaktionär der B. AG die Liechtensteinische Bank E. gewesen sei und das Finanzmarktrecht des Fürstentums Liechtenstein eine Sicherung diesbezüglicher Daten auf liechtensteinischem Territorium erforderte. Andererseits sei dies auch aus Gründen der Datensicherheit erfolgt, weswegen *vice versa* auch die Daten der liechtensteinischen Tochtergesellschaft auf einen Server in der Schweiz gespiegelt worden seien (TPF pag. 7.925.32). Diese Umstände werden von Seiten der BA nicht bestritten und sind mittels Dokumenten belegt (TPF pag. 7.521.89-117), sodass die betreffenden Sachverhaltselemente als erstellt zu betrachten sind. Aus den Akten und den Aussagen des Beschuldigten geht sodann hervor, dass das Geschäftsmodell darin bestand, ausländischen Kunden über die ausländischen Tochterfirmen einen Trust im Fürstentum Liechtenstein bzw. auf den Cayman Islands zu vermitteln, eine auf einen solchen Trust lautende Lebensversicherung abzuschliessen, die betreffenden Buchgelder anzulegen und die Gewinne auf ein Bankkonto bei einer in der Schweiz domizilierten Bank auszuzahlen (BA pag. 13.1.7; TPF pag. 7.930.5). Aufgrund der Aussagen des Beschuldigten anlässlich der Hauptverhandlung steht auch fest, dass die Gelder in der Regel von Zürich aus verwaltet wurden (TPF pag. 7.930.5).

3.3 In subjektiver Hinsicht werden zum einen die Vorsatzelemente in Bezug auf die Verbotenheit der inkriminierten Handlung bestritten (TPF pag. 7.925.48 ff.). Da die Prüfung dieses Elements, die Feststellung der objektiven Tatbestandsmässigkeit voraussetzt, werden die diesbezüglichen tatsächlichen Elemente bei der

rechtlichen Würdigung im Rahmen der subjektiven Tatbestandsmässigkeit geprüft (E. 4.3). Zum anderen stellt die Verteidigung den Umstand, dass der Beschuldigte freiwillig gehandelt habe – wovon im Übrigen auch die Anklageschrift ausgeht –, akzentuiert dar. Zu diesem Zweck hat sie Korrespondenz der Anwaltskanzlei C., New York sowie des DoJ ins Recht gelegt, welche die Freiwilligkeit belegen soll (TPF pag. 7.521.2 ff., 7.525.30 ff.). Im Übrigen hat auch der Beschuldigte anlässlich der Hauptverhandlung die Freiwilligkeit seines kooperativen Verhaltens bekräftigt (TPF pag. 7.930.10). Wie im Rahmen der rechtlichen Würdigung aufgezeigt wird (E. 4.2.4), kommt diesem Gesichtspunkt vorliegend keine wesentliche Relevanz zu.

4. Rechtliches

4.1 Gemäss Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen. Art. 271 StGB schützt die schweizerische Souveränität. Angriffsobjekt dieser Bestimmung ist der Anspruch der Schweiz, dass staatliches Handeln auf ihrem Gebiet allein durch ihre Institutionen vorgenommen werde, unter ausdrücklicher Ausnahme bewilligter Handlungen (HUSMANN, Basler Kommentar, 3. Aufl., 2013, Art. 271 StGB N 5 f.).

Art. 271 StGB ist kein Sonderdelikt, d.h. jede Person, nicht nur eine ausländische Behörde, kann den Tatbestand erfüllen (HUSMANN, a.a.O., N 12). Die betreffende Handlung muss für einen fremden Staat erfolgen, worunter insbesondere auch Handlungen für eine Behörde des betreffenden Bundesstaates fallen. Ein solcher Handlungsempfänger liegt mit dem DoJ ohne weiteres vor.

4.2

4.2.1 Zunächst fragt sich, ob bereits das Beschaffen von Dokumenten im Hinblick auf eine interne Untersuchung und eine eventuelle Weitergabe von Unterlagen an einen ausländischen Staat tatbestandsmässig ist. Im Schrifttum wird die Meinung vertreten, dass die Informationsbeschaffung nicht tatbestandsmässig sei, wenn eine solche auch für ein Verfahren vor Schweizer Behörden zulässig wäre (ROSENTHAL, in: Rosenthal/Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2008, Art. 271 StGB N 29; HUSMANN, a.a.O., N 34). Dieser Auffassung kann in Bezug auf Konstellationen gefolgt werden, in denen die Person, welche die betreffenden Daten beschafft, an diesen berechtigt ist. Soweit eine Informationsbeschaffung durch eine interne Untersuchung erfolgt und keine Unterlagen von Dritten beschafft werden, liegt demgemäss in objektiver Hinsicht kein tatbestandsmässiges Verhalten im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 StGB vor.

In casu wurden die Unterlagen im Rahmen der B. AG und deren Tochtergesellschaften beschafft und von einer mit entsprechendem Mandat beauftragten Anwaltskanzlei und einem eigenen Mitarbeiter bearbeitet. Unter diesen Umständen war die B. AG an den betreffenden Daten berechtigt und die Sammlung und Aufarbeitung der Unterlagen zulässig. Überdies würde es in vorliegender Konstellation auch am subjektiven Tatbestand (vgl. E. 4.3.1) fehlen. Lag doch im Zeitpunkt der Informationsbeschaffung (noch) kein Vorsatz vor, die betreffenden Unterlagen ausserhalb des behördlichen Rechts- oder Amtshilfewegs bzw. ohne Bewilligung einem fremden Staat zukommen zu lassen. Dies geht daraus hervor, dass von Seiten der B. AG dem DoJ zunächst nahe gelegt wurde, ein Rechts- oder Amtshilfeersuchen zu stellen (vgl. E. 3.1). Infolgedessen wurde der Entschluss, die betreffenden Daten einem anderen Staat zuzustellen, erst nach der Datenbeschaffung und Zusammenstellung der Kundenfiles gefasst. Getreu dem Grundsatz *dolus subsequens non nocet* fehlte es bezüglich der Beschaffungshandlung mithin auch am Vorsatz, auf verbotene Weise für einen fremden Staat zu handeln.

- 4.2.2** Kern der Anklage bildet die Aushändigung der Daten an das DoJ. Dabei stellt sich zunächst die von der Verteidigung aufgeworfene Frage, ob die inkriminierten Daten einen in Bezug auf Art. 271 Ziff. 1 StGB relevanten sog. Beziehungsgegenstand darstellen. Argumentiert wird, dass Daten, die sich auch bereits im Ausland befunden hätten (und nicht zum Zwecke der Datenweitergabe ins Ausland gebracht worden seien), nicht durch den Schutzzweck des Tatbestands gedeckt seien (TPF pag. 7.925.39 ff.). Die diesbezüglich angeführte Lehrmeinung (GRAF, Mitwirkung in ausländischen Verfahren im Spannungsfeld mit Art. 271 StGB, GesKR 2016, 179) ist indes in casu nicht einschlägig, da sie die Konstellation betrifft, in der im Ausland befindliche Daten zuhanden eines ausländischen Verfahrens herausgegeben werden. Weiter wird von der Verteidigung die im Schrifttum vertretene Meinung referenziert, dass eine Beweiserhebung von in der Schweiz befindlichen Beweismitteln nicht in der Schweiz stattfinden würde, wenn die betreffenden Beweismittel bzw. Inhalte aufgrund ihrer Bestimmung ohnehin auch im Ausland verfügbar seien und daher im Rahmen der konkreten Beweiserhebung im Ausland darauf zugegriffen werden könne (TPF pag. 7.925.39 f.). Die zu diesem Zweck angeführten Autoren konkretisieren diesbezüglich, dass in einer solchen Konstellation ein Datenzugriff aus dem Ausland, etwa auf einen Server in der Schweiz, die Anwendung von Art. 271 StGB nicht rechtfertigen würde (ROSENTHAL, a.a.O., N 35). Auch diese Auffassung ist vorliegend nicht einschlägig, da sich die Daten in casu zu einem grossen Teil auf einem Server in der Schweiz befanden und die diesbezüglichen Daten auch von den Schweizer Anlageberatern in der Schweiz abgerufen wurden (vgl. E. 3.2), mithin die Daten sich bestimmungsgemäss in der Schweiz befanden. Was die – im Rahmen der

Dossierszusammenstellung – aus dem Ausland zugezogenen einzelnen Dokumente betrifft, wurden diese mit der Aufnahme ins Dossier Teil des (von einem B. AG-Mitarbeiter und der Anwaltskanzlei C., Zürich zusammengestellten) Datensatzes, der insgesamt als genuin aus der Schweiz stammend zu betrachten ist. Angesichts dieser Umstände liegt der Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit, welche im Zusammenhang mit den Daten steht, in der Schweiz, zumal der Beschuldigte anlässlich der Hauptverhandlung angab, dass die Vermögensverwalter in der Schweiz tätig gewesen seien (TPF pag. 7.930.5). Mithin handelt es sich bei den inkriminierten Daten um einen in Bezug auf Art. 271 Ziff. 1 StGB relevanten Beziehungsgegenstand.

4.2.3 Der Tatbestand setzt weiter voraus, dass die Handlung auf schweizerischem Gebiet erfolgt ist. Der Transport und die Weitergabe der inkriminierten Daten sind insgesamt als eine Handlung zu betrachten. Diese ist mit dem Antritt der Reise teilweise in der Schweiz erfolgt. Das diesbezügliche Tatbestandsmerkmal ist somit gegeben (vgl. *mutatis mutandis* BGE 104 IV 175 E. 3a).

4.2.4 Weiter stellt sich die Frage, ob die Übermittlung der besagten Daten an das DoJ eine dem Staat vorbehaltene Handlung darstellt. Entgegen vereinzelt Meinungen in der Literatur (etwa HOPF, Basler Kommentar, 2. Aufl., 2007, Art. 271 StGB N 15) kommt dem Umstand, dass die Datenherausgabe freiwillig erfolgt sein soll, keine tatbestandsausschliessende Wirkung zu. Zum einen enthält die Umschreibung des Tatbestands keine Anhaltspunkte dafür, dass in Bezug auf die Herausgabe von Unterlagen nur eine unter Androhung von Nachteilen erfolgte Handlung tatbestandsmässig sein soll. Ein solches Kriterium ergibt auch deshalb keinen Sinn, weil der Tatbestand das Rechtsgut der schweizerischen Souveränität schützt, es mithin – zumindest in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten – nicht im Belieben eines Privaten stehen kann, ob er Unterlagen nicht auf dem Amts- oder Rechtshilfeweg, sondern freiwillig zuhanden eines ausländischen Staates aushändigt (HUSMANN, a.a.O., N 33, m.Hinw. auf eine differenzierende Praxis des Bundesamtes für Justiz [BJ] in zivilprozessualen Sachen).

Im Schrifttum wird sodann auch in Bezug auf öffentlich-rechtliche Verfahren die Meinung vertreten, dass das Offenlegen von Informationen an eine ausländische Behörde nicht im Sinne von Art. 271 StGB tatbestandsmässig sei, weil damit keine hoheitliche Handlung vorgenommen werde, sondern allenfalls auf eine solche geantwortet werde (ZULAUF, Kooperation mit dem Ausland: Verrat an der Schweiz?, in: Waldburger et al. [Hrsg.], Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für H. zum 60. Geburtstag, 2005, 1088 ff.). Diese Auffassung verkennt, dass der Tatbestand den Schutz der schweizerischen Souveränität bezweckt. Die Herausgabe von Informationen und Unterlagen, die in der

Schweiz lediglich auf hoheitliche Anordnung rechtmässig herausgegeben werden können, an ausländische Behörden tangiert das von Art. 271 StGB geschützte Rechtsgut und ist folglich, sofern sie ohne Bewilligung erfolgt, tatbestandsmässig im Sinne dieser Bestimmung.

4.2.5 Praxis und Lehre sind sich grundsätzlich einig, dass – im Unterschied zu eigentlichen Beweiserhebungen – die freiwillige Preis- bzw. Herausgabe von Informationen oder Unterlagen zuhanden von ausländischen Beweisverfahren in Zivil- und Handelssachen grundsätzlich keine Handlung darstellt, die schweizerischen Behörden vorbehalten ist, mithin über den Amts- oder Rechtshilfegeweg zu erfolgen hat oder einer Bewilligung bedarf (BJ, Verfügung vom 10. April 2014, VPB 2016 Nr. 3 Ziff. 6; vgl. implizit auch BGE 114 IV 128 2c; HUSMANN, a.a.O., N 32). Indes geht die Praxis von einer Bewilligungspflicht im Sinne von Art. 271 StGB aus, wenn die betreffenden Unterlagen identifizierende Informationen über Dritte enthalten (BJ, Verfügung vom 12. Februar 2014, VPB 2016 Nr. 4 Ziff. 11; vgl. auch HUSMANN, a.a.O., N 32). Dagegen wird im Schrifttum eingewendet, dass der Charakter der Datenlieferung als amtliche Handlung nicht vom Inhalt der zur Verfügung stehenden Informationen abhängig sein könne. Der dieser Praxis zugrunde liegende Zweck liege darin zu verhindern, dass belastende Beweismittel in einem anschliessenden oder parallel laufenden ausländischen Verfahren gegen Dritte oder Mitarbeiter verwendet werden könnten, was indes nicht mit der *ratio legis* von Art. 271 StGB korrespondiere (vgl. GRAF, a.a.O., 184). Dass ein solches Ziel nicht direkt aus dem geschützten Rechtsgut abzuleiten ist, trifft zwar zu. Das geschützte Rechtsgut – die Souveränität der Schweiz – wird indes tangiert, wenn ohne Bewilligung Daten ins Ausland fliessen, welche Informationen enthalten, die durch den *ordre public* der Schweiz geschützt werden. Im Unterschied zu eigenen Daten werden bei identifizierenden Informationen über Dritte unter Umständen Individualrechte tangiert, die durch den schweizerischen *ordre public* geschützt werden.

4.2.6 In diesem Sinne sieht die Musterverfügung des Bundesrates vom 3. Juli 2013 (Dispositiv-Ziff. 1.2; vgl. auch Ziff. II.2 der Wegleitung zu dieser Verfügung: <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/31820.pdf>), welche die Voraussetzungen für eine Bewilligung (als tatbestandsausschliessendes Merkmal) gemäss Art. 271 Ziff. 1 StGB zur Vornahme von Handlungen für einen fremden Staat umschreibt, keine Bewilligungsmöglichkeit für Bankkundendaten vor. Diese dürfen nur gestützt auf Ersuchen gemäss Artikel 26 des Abkommens vom 2. Oktober 1996 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen (SR 0.672.933.61) und dem Protokoll vom 23. September 2009 zur Änderung dieses Abkommens (BBI 2010 4359; BBI 2010 235, 247) an die US-Behörden übermittelt werden. Die Einhaltung des *ordre*

public spiegelt sich auch in der Gerichtspraxis betreffend die steuerrechtliche Amtshilfe wider: Auch im Rahmen eines amtlichen Informationsaustausches mit den USA dürfen keine Informationen an das DoJ übermittelt werden, welche die Identifikation von Bankangestellten sowie von in Vermögensverwaltungsgeschäfte involvierten Rechtsanwältinnen/Notaren ermöglichen (vgl. BGE 144 II 29 E. 4.3-4.5; vgl. auch betreffend Treuhänder Urteil des Obergerichts Zürich LB180001-O/UB vom 12. April 2018 E. 5.4).

- 4.2.7** Tatbestandsmässig im Sinne von Art. 271 StGB verhält sich demnach insbesondere, wer Dritte betreffende Informationen, die vom schweizerischen *ordre public* geschützt sind, an eine ausländische Behörde ausserhalb des Amts- oder Rechtshilfewegs bzw. ohne Bewilligung herausgibt. Zum *ordre public* gehört dem Grundsatz nach auch das schweizerische Bankgeheimnis (vgl. POPP, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, 2001, 264; HEIMGARTNER, Amtshilfe, in: Kiener/Bühler/Schindler [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band III, Sicherheitsrecht und Ordnungsrecht des Bundes, Teil 2, Besonderer Teil, 2018, N 121; WEYENETH, Der nationale und internationale *ordre public* im Rahmen der grenzüberschreitenden Amtshilfe in Steuersachen, 2017, 211 ff.). Dabei dient das Bankgeheimnis dem Schutz in- und ausländischer Bankkunden und dem Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Schweiz im internationalen Wettbewerb der Finanzplätze (WEYENETH, a.a.O., 212). Auch wenn das Bankgeheimnis im Nachgang zum Steuerstreit, etwa durch die Zulassung von Gruppenanfragen und später durch den automatischen Informationsaustausch in Bezug auf ausländische Bankkunden, aufgeweicht wurde, beansprucht es grundsätzlich weiter Geltung (vgl. WINZELER, Das Schweizer Bankkundengeheimnis im Wandel – Totgesagte leben länger, SJZ 2011, 105). Mit der Revision vom 12. Dezember 2014 über die Ausweitung der Strafbarkeit der Verletzung des Berufsgeheimnisses, in Kraft seit 1. Juli 2015 (AS 2015 1535; BBl 2014 6231 6241), wurde das Bankgeheimnis gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. c des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, BankG; SR 952.0) gar auf Dritte ausgedehnt. Obschon diese Bestimmung erst nach der inkriminierten Tat in Kraft trat, fielen Informationen, welche eine Identifikation von schweizerischen Bankkunden etc. ermöglichen – ungeachtet davon, ob sie sich bei der Bank, einem Anwalt oder Treuhänder befinden –, bereits zuvor grundsätzlich unter den Schutz des schweizerischen *ordre public*. Die Aktiengesellschaften, die der Beschuldigte vertrat, waren zwar selber nicht von Gesetzes wegen Geheimnisherren. Indes fungierten diese Gesellschaften als bevollmächtigte Vermittler und Vermögensverwalter zwischen schweizerischen Banken sowie Lebensversicherungen und ausländischen Trusts. Überdies basierte das Geschäftsmodell darauf, dass die wirtschaftlichen Berechtigten der (in den Trusts und den Lebensversicherungen) angelegten Vermögenswerte und deren Erträge durch das gewählte Konstrukt, namentlich aufgrund des schweizerischen Bankgeheimnisses,

für ausländische Behörden nicht identifizierbar waren. Indem die Gesellschaften bzw. deren Organe als Vertreter der wirtschaftlichen berechtigten Trustgeber handelten, waren sie vertraglich verpflichtet, das Bankgeheimnis zu wahren. Die herausgegebenen Kundendaten betreffen Vermögenswerte, die aufgrund des Bankgeheimnisses einer in der Schweiz operierenden Vermögensverwaltungsgesellschaft anvertraut wurden. Sie fallen daher in die Schutzsphäre des Bankgeheimnisses, sodass sie im Sinne der angeführten Praxis Informationen über Dritte enthalten, die vom schweizerischen *ordre public* geschützt sind.

4.2.8 Art. 47 Abs. 5 BankG sieht vor, dass bei einer gesetzlichen Auskunftspflicht die Herausgabe von dem Bankgeheimnis unterstehenden Informationen gerechtfertigt ist. Mithin dürfen Banken diesbezügliche Informationen grundsätzlich nur amts- oder rechtshilfeweise oder bei Vorliegen einer Bewilligung an ausländische Staaten herausgeben (vgl. DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, Strafrecht IV, 5. Aufl., 2017, 343, m.w.H.), weil es ansonsten an einer gesetzlichen Herausgabepflicht bzw. an einem Herausgaberecht fehlt.

4.2.9 Indem der Beschuldigte ohne Bewilligung die betreffenden Informationen (namentlich die Bankunterlagen schweizerischer Banken) auf einem USB-Stick aus der Schweiz schaffte, um sie einem Mittelsmann zuhanden des DoJ zu übergeben, hat er in objektiver Hinsicht in der Schweiz eine Handlung für einen fremden Staat im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB vorgenommen.

4.2.10 Der vom Beschuldigten vorgebrachte Einwand, die betroffenen Kunden hätten zumindest implizit in die Herausgabe eingewilligt, kann nicht gehört werden, da aufgrund des geschützten Rechtsguts eine solche Zustimmung die Vornahme einer Handlung für einen fremden Staat *a priori* nicht zu rechtfertigen vermag (HUSMANN, a.a.O., N 63; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, a.a.O., 346). Überdies wären – selbst im Rahmen von Amtshilfe- und Rechtshilfeverfahren erfolgte – Verzichtserklärungen betreffend das Bankgeheimnis von Geheimnisherrn nur wirksam, wenn sie vollkommen freiwillig (d.h. nicht unter dem Druck ausländischer Behörden) erfolgt wären (ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 4. Aufl., 2014, N 398), was vorliegend nicht der Fall war.

4.3

4.3.1 In subjektiver Hinsicht verlangt Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB vorsätzliches Handeln. Der Täter muss zumindest in Kauf nehmen, dass er für einen fremden Staat eine Handlung vornimmt, die einem Beamten oder einer Behörde zusteht (HUSMANN, a.a.O., N 71, m.w.H.).

Der Tatbestand von Art. 271 StGB weist die Besonderheit auf, dass das Wissen über die Verbotenheit des normierten Verhaltens ein rechtlich geprägtes subjektives Tatbestandsmerkmal darstellt (BGE 65 I 39 E. 3). Im Unterschied zum

Rechtsirrtum gemäss Art. 21 StGB, kommt ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit in Bezug auf Art. 271 StGB voll zum Tragen, selbst wenn der betreffende Irrtum vermeidbar gewesen wäre. Mithin fragt sich, ob der Beschuldigte es zumindest im Sinne eines Eventualvorsatzes in Kauf genommen hat, auf rechtswidrige Weise eine Handlung für einen fremden Staat vorzunehmen.

- 4.3.2** Der Beschuldigte hat sowohl anlässlich der bundesanwaltschaftlichen Einvernahmen wie auch anlässlich der Befragung zur Sache in der Hauptverhandlung beteuert, dass er gestützt auf die Gutachten, die er in Auftrag gegeben hatte, davon ausgegangen sei, das gewählte Vorgehen sei rechtmässig (BA pag. 12.1.12; TPF pag. 7.930.11/16).
- 4.3.3** Bei den Akten liegt eine sog. *legal opinion* von C., Zürich vom 3. Mai 2013, gezeichnet von RA F. und RA G. (BA pag. 15.1.5 ff.). Deren Schlussfolgerung lautet wie folgt: "For the above outlined reasons, we are of the opinion that a disclosure within the terms of the Scenario is rather unlikely to infringe art. 271 SPC (Swiss Penal Code). Disclosing the Client Data probably does not expose those acting on behalf of B. AG to the risk of being held criminally culpable (...) for having violated art. 271 SPC. However, as regards the applicability of art. 271 SPC, this is a grey area and arguments for the applicability of art. 271 SPC to the Scenario cannot be excluded so that a residual risk of violating art. 271 remains." (S. 15). Auf die Frage, wie er den letzten Satz interpretiert habe, meinte der Beschuldigte sinngemäss, das sei typische Anwaltsprache, indem zunächst eine Schlussfolgerung getroffen und letztlich ein Haftungsausschuss angebracht werde (TPF pag. 7.930.12).
- 4.3.4** Erstellt ist, dass der Beschuldigte aufgrund dieser *legal opinion* ein Gutachten bei Prof. Dr. H. in Auftrag gegeben hat (TPF pag. 7.930.12). Dieser Umstand lässt nur den Schluss zu, dass er in Bezug auf die Rechtmässigkeit der Herausgabe der Kundendaten ans DoJ noch Zweifel hatte, die er mit einem zweiten unabhängigen Gutachten ausräumen wollte. Damit stellt sich die Frage, ob der Beschuldigte nach Lektüre des zweiten unabhängigen Gutachtens – im Lichte des Inhalts des Gutachtens, der Person der Gutachter sowie der im Raum stehenden Fragestellung – nicht mehr mit der Möglichkeit gerechnet hat, dass die Datenherausgabe ans DoJ eine unrechtmässige Handlung zuhanden eines fremden Staates darstellen könnte.
- 4.3.5** Das Gutachten von Prof. Dr. H. und lic. iur. I. vom 15. Oktober 2013 (BA pag. 15.1.22 ff.; nachfolgend: Gutachten H./I.) kommt zum Ergebnis, dass in Übereinstimmung mit dem Gutachten von C. nicht ausgeschlossen werden könne, dass die geplante Datenlieferung der B. AG an die US-Behörden ohne eine entsprechende Bewilligung des Bundesrates den Tatbestand von Art. 271 StGB erfüllen

könnte. Weiter heisst es, dass die Datenlieferung aber „auf jeden Fall“ durch den Rechtfertigungsgrund des Notstandes (Art. 17 StGB) sowie den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen respektive zumindest durch den Schuldausschlussgrund von Art. 18 Abs. 2 StGB (Entschuldbarer Notstand) gedeckt sei (S. 23 f.).

- 4.3.6** Die Auswahl der Gutachter erscheint angesichts des Umstands, dass die konkrete Fragestellung eine Querschnittmaterie aus den Bereichen Amtshilferecht und Strafrecht betrifft, sorgfaltsgemäss, da die Autoren der Gutachten über (teilweise komplementäres) Expertenwissen in den betreffenden Rechtsgebieten verfügten. Objektiv betrachtet hätte sich der Beschuldigte angesichts der divergierenden Begründungen zwar die Frage stellen müssen, ob nicht weitere Abklärungen, wie etwa ein Obergutachten, indiziert gewesen wären. Dies gilt umso mehr, als dass die *legal opinion* von C., wie der Beschuldigte selber eingeräumt hat (BA pag. 13.1.8), nicht völlig unabhängig erscheint, da die betreffende Anwaltskanzlei mit der Lösung des Steuerproblems betraut war. Was das Gutachten H./I. betrifft, entspricht dieses insoweit nicht den Regeln der Kunst, als der Sachverhalt, von welchem das Gutachten ausgeht, nicht klar umschrieben ist bzw. teilweise von Szenarien ausgeht, die nicht der tatsächlichen Konstellation entsprachen. Etwa nimmt das Gutachten eine zeitliche Dringlichkeit im Zusammenhang mit einer existenzbedrohlichen Situation an (BA pag. 15.1.36), wogegen tatsächlich (auch nach dem damaligen Wissenstand des Beschuldigten) keinerlei Sanktionen oder anderweitige Nachteile seitens der US-Behörden unmittelbar in Aussicht standen (TPF pag. 7.930.10). Angesichts des Umstands, dass für betreffende Fragestellung weder eine herrschende Lehrmeinung noch ein Präjudiz bestanden, erscheint auch die apodiktisch formulierte Schlussfolgerung „auf jeden Fall ...“ zumindest gewagt. Auch fehlt eine begründete Subsumtion der Notstandslage gemäss Art. 17 f. StGB („unmittelbare Gefahr für ein Rechtsgut“) und bei der Rechtsgüterabwägung erscheint der integrale Verweis auf die Erwägungen des Gutachtens zu Art. 273 StGB nicht adäquat, da durch die betreffenden Tatbestände unterschiedliche Rechtsgüter geschützt werden. Zu berücksichtigen ist indes, dass der Beschuldigte zwar kein juristischer Laie war – er hatte vor langer Zeit ein (Zweit-)Studium der Rechtswissenschaften abgeschlossen –, jedoch nie in einem juristischen Beruf praktisch tätig war (TPF pag. 7.930.2). Insoweit erscheinen seine Äusserungen, er habe aufgrund des Renommées der Experten an die Rechtmässigkeit seines Vorgehens geglaubt (TPF pag. 7.930.16), angesichts der infrage stehenden komplexen Rechtsfrage glaubhaft. Wie die Verteidigung des Beschuldigten anlässlich der Hauptverhandlung dargelegt hat, bestehen im Schrifttum einige Lehrmeinungen (ROSENTHAL, a.a.O., Art. 271 StGB N 29 ff.; GRAF, a.a.O., 184 f.; ZULAUF, a.a.O., 1088 ff.), welche in abstrakter Hinsicht (mit unterschiedlicher Argumentation) die These der Rechtmässigkeit der zur Diskussion stehenden Vorgehensweise stützen

(Plädoyer Verteidigung, TPF pag. 7.925.42 ff.). Insoweit kann nicht gesagt werden, die Ergebnisse der Gutachten seien evidenterweise nicht vertretbar. Auch bestehen keine konkreten Hinweise, dass es sich dabei um Gefälligkeitsgutachten gehandelt haben könnte. Überdies kann bei dieser Ausgangslage auch nicht ausgeschlossen werden, dass ein weiteres – *de lege artis* erstelltes – Gutachten nicht zum selben Schluss gelangt wäre, wie die beiden bei den Akten liegenden Expertisen. Mithin wäre der Irrtum in der gegebenen Konstellation für den Beschuldigten zum damaligen Zeitpunkt unter Umständen sogar unvermeidbar gewesen, was indes beim vorliegenden Tatbestand – im Unterschied zum Rechtsirrtum im Sinne von Art. 21 StGB – für eine Strafflosigkeit nicht vorausgesetzt wird. Insoweit ist zugunsten des Beschuldigten davon auszugehen, dass er an die Rechtmässigkeit seiner Vorgehensweise geglaubt und nicht mit der Möglichkeit gerechnet hat, auf unrechtmässige Weise für einen fremden Staat gehandelt zu haben.

- 4.3.7** In Ermangelung des subjektiven Tatbestands von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB ist der Beschuldigte freizusprechen.

5. Kosten und Entschädigung

- 5.1** Aufgrund des Verfahrensausgangs sind die Kosten von der Eidgenossenschaft zu tragen (Art. 426 Abs. 1 StPO *e contrario*).

5.2

- 5.2.1** Wird die beschuldigte Person ganz oder teilweise freigesprochen oder wird das Verfahren gegen sie eingestellt, so hat sie gemäss Art. 429 Abs. 1 StPO u.a. Anspruch auf Entschädigung ihrer Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte (lit. a) sowie auf Entschädigung der wirtschaftlichen Einbussen, die ihr aus ihrer notwendigen Beteiligung am Strafverfahren entstanden sind (lit. b). Zu den Aufwendungen im Sinne von Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO zählen in erster Linie die Kosten der frei gewählten Verteidigung, wenn der Beistand angesichts der tatsächlichen oder rechtlichen Komplexität des Falls geboten war (Urteil des Bundesgerichts 6B_436/2015 vom 22. Dezember 2015 E. 2.1). Bei den wirtschaftlichen Einbussen im Sinne von Art. 429 Abs. 1 lit. b StPO geht es vor allem um Lohn- oder Erwerbseinbussen, die wegen Verhaftung oder der Beteiligung an den Verfahrenshandlungen erlitten wurden, sowie um Reisekosten (Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2015.17 vom 1. April 2016 E. 6.1).

Die Entschädigung richtet sich nach dem Reglement des Bundesstrafgerichts vom 31. August 2010 über die Kosten, Gebühren und Entschädigungen in Bundesstrafverfahren (BStKR, SR 173.713.162). Gemäss Art. 10 BStKR sind auf die Berechnung der Entschädigung der freigesprochenen Person die Bestimmungen über die amtliche Verteidigung anwendbar. Die Anwaltskosten umfassen das Honorar und die notwendigen Auslagen, namentlich für Reise, Verpflegung und Unterkunft sowie Porti und Telefonspesen (Art. 11 Abs. 1 BStKR). Das Honorar wird nach dem notwendigen und ausgewiesenen Zeitaufwand des Anwalts für die Verteidigung bemessen, wobei der Stundenansatz mindestens 200 und höchstens 300 Franken beträgt (Art. 12 Abs. 1 BStKR). Bei Fällen im ordentlichen Schwierigkeitsbereich beträgt der Stundenansatz gemäss ständiger Praxis der Strafkammer Fr. 230.– für Arbeitszeit und Fr. 200.– für Reisezeit (statt vieler Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2015.12 vom 15. September 2015 E. 9.2). Die Auslagen werden im Rahmen der Höchstansätze aufgrund der tatsächlichen Kosten vergütet (Art. 13 BStKR).

- 5.2.2** Der private Verteidiger des Beschuldigten, RA Lorenz Erni, macht in seiner dem Gericht vorgelegten Honorarnote einen Aufwand von 113.3 Stunden geltend, die Hauptverhandlung und die hierfür benötigte Reisezeit nicht eingerechnet (TPF pag. 7.925.53 ff.). Der veranschlagte Aufwand, wovon 2 Stunden auf die Reisezeit entfallen, erscheint insgesamt angemessen. Hinzu kommen 5 Stunden für die Teilnahme an der Hauptverhandlung, 4 Stunden Reisezeit sowie 1 Stunde für die Nachbearbeitung. Der Stundenansatz für den Arbeitsaufwand (117.3 Stunden) wird in Berücksichtigung der überdurchschnittlichen rechtlichen Komplexität des Falls auf Fr. 250.– festgelegt, die Reisezeit (6 Stunden) praxisgemäss mit Fr. 200.– pro Stunde entschädigt. Zu vergüten sind ferner die dem Verteidiger anlässlich der Hauptverhandlung entstandenen Reise- und Verpflegungsspesen von total Fr. 131.50. In Berücksichtigung der Mehrwertsteuer betragen die zu entschädigenden Anwaltskosten aufgerundet Fr. 33'100.–.
- 5.2.3** Unter dem Titel von Art. 429 Abs. 1 lit. b StPO hat der Beschuldigte Anspruch auf Ersatz von Reise- und Verpflegungskosten, die ihm durch seine persönliche Beteiligung am Verfahren (zwei Einvernahmen bei der BA und die Hauptverhandlung) entstandenen sind. Diese belaufen sich auf aufgerundet Fr. 200.–. Lohn- bzw. Erwerbseinbussen werden vom Beschuldigten nicht geltend gemacht.
- 5.2.4** Die von der Eidgenossenschaft an den Beschuldigten zu leistende Entschädigung beträgt demnach total Fr. 33'300.–.

Der Einzelrichter erkennt:

1. A. wird freigesprochen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die Eidgenossenschaft.
3. A. wird durch die Eidgenossenschaft mit Fr. 33'300.– entschädigt.

Dieses Urteil wird den Parteien schriftlich eröffnet.

Im Namen der Strafkammer
des Bundesstrafgerichts

Der Einzelrichter

Der Gerichtsschreiber

Eine vollständige schriftliche Ausfertigung wird zugestellt an

- Bundesanwaltschaft
- Rechtsanwalt Lorenz Erni

Nach Eintritt der Rechtskraft mitzuteilen an

- Bundesanwaltschaft als Vollzugsbehörde (vollständig)

Rechtsmittelbelehrung

Gegen verfahrensabschliessende Entscheide der Strafkammer des Bundesstrafgerichts kann beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, **innert 30 Tagen** nach der Zustellung der vollständigen Ausfertigung Beschwerde eingelegt werden (Art. 78, Art. 80 Abs. 1, Art. 90 und Art. 100 Abs. 1 BGG).

Mit der Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht und Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a und b BGG). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung 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).