



Urteil vom 5. Dezember 2019

Berufungskammer

Besetzung

Bundesstrafrichter Olivier Thormann, Vorsitzender
Barbara Loppacher und Petra Venetz,
Gerichtsschreiber Franz Aschwanden

Parteien

A., erbeten verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. Lorenz
Erni, Erni Caputo,

Berufungsführer / Beschuldigter

gegen

BUNDESANWALTSCHAFT, vertreten durch den Leitenden
Staatsanwalt des Bundes Carlo Bulletti,

Berufungsgegnerin / Anklagebehörde

Gegenstand

Verbotene Handlungen für einen fremden Staat
im Sinne von Art. 271 Ziff. 1. Abs. 1 StGB

Berufung (vollumfänglich) vom 4. Juni 2019 gegen
das Urteil der Strafkammer des Bundesstrafgerichts
SK.2018.71 vom 2. Mai 2019

Sachverhalt:

A. Strafuntersuchung und Anklage

Die Bundesanwaltschaft (nachfolgend: BA) führte gegen A. (nachfolgend: Beschuldiger) eine Strafuntersuchung wegen wirtschaftlichem Nachrichtendienst (Art. 273 StGB) und verbotenen Handlungen für einen fremden Staat (Art. 271 StGB). Am 17. November 2017 erhob sie bei der Strafkammer des Bundesstrafgerichts Anklage gegen den Beschuldigten wegen des letztgenannten Delikts (TPF I [SK.2017.64] pag. 7.100.001 - 008).

B. Erstes erstinstanzliches Urteil

Mit Urteil SK.2017.64 vom 9. Mai 2018 sprach die Strafkammer (Einzelrichter) des Bundesstrafgerichts den Beschuldigten mangels des subjektiven Tatbestands frei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Eidgenossenschaft (TPF I pag. 7.970.001 - 021).

C. Verfahren vor Bundesgericht; Rückweisungsurteil

Gegen dieses Urteil führte die Bundesanwaltschaft mit Eingabe vom 21. August 2018 Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht (TPF I pag. 7.980.003 – 008). Mit Urteil 6B_804/2018 vom 4. Dezember 2018 hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut, hob das angefochtene Urteil auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung an die Strafkammer des Bundesstrafgerichts zurück (TPF I pag. 7.980.015 - 023 / TPF II [SK.2018.71] pag. 8.100.001 - 009).

D. Zweites erstinstanzliches Urteil

Die Hauptverhandlung im Rückweisungsverfahren (SK. 2018.71) fand am 17. April 2019 am Sitz des Bundesstrafgerichts in Anwesenheit des Beschuldigten und seines Verteidigers statt. Das Urteil (Dispositiv) der Strafkammer wurde den Parteien am 2. Mai 2019 schriftlich eröffnet. Es lautete wie folgt (TPF II pag. 8.930.002):

- «1. A. wird schuldig gesprochen wegen verbotener Handlung für einen fremden Staat im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB.
2. A. wird bestraft mit einer Busse von Fr. 10'000.--, bei schuldhaftem Nichtbezahlen derselben mit einer Freiheitsstrafe von 60 Tagen.
3. Für den Vollzug der Strafe wird der Kanton Zürich als zuständig erklärt.
4. Die Verfahrenskosten von Fr. 6'100.-- (inkl. Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.--) werden A. auferlegt.
5. A. hat keinen Anspruch auf Entschädigung.
6. Auf den Antrag der B. AG auf Entschädigung wird nicht eingetreten.

Dieses Urteil wird der Bundesanwaltschaft und A. vollständig, der B. AG auszugsweise (Dispositiv-Ziff. 6), schriftlich eröffnet.»

Der Versand des begründeten Urteils erfolgte am 21. Mai 2019 (TPF II pag. 8.930.021).

E. Verfahren vor der Berufungskammer des Bundesstrafgerichts

E.1 Die Drittbetroffene B. AG meldete bei der Vorinstanz am 13. Mai 2019 fristgerecht Berufung an (TPF II pag. 8.941.001). Sie reichte jedoch innerhalb der 20-tägigen Frist seit Zustellung des begründeten Urteils (Art. 399 Abs. 3 Schweizerische Strafprozessordnung [StPO, SR 312.0]) keine schriftliche Berufungserklärung ein, sondern teilte mit Schreiben vom 7. Juni 2019 (Postaufgabe: 7. Juni 2019; Posteingang: 11. Juni 2019) mit, dass sie die gegen das vorinstanzliche Urteil vom 2. Mai 2019 angemeldete Berufung nicht weiterverfolge und somit keine Berufungserklärung einreichen werde (CAR pag. 1.100.027). Die Berufung CA.2019.6 der Drittbetroffenen wurde infolge dieser Rückzugserklärung mit Beschluss der Berufungskammer CA.2019.6 vom 19. Juni 2019 (welcher ab 21. Juni 2019 im Nebendossier CN.2019.2 geführt wird; CAR pag. 10.300.008) als gegenstandslos abgeschrieben (Art. 403 Abs. 1 lit. c und Abs. 3 StPO [analog]; CAR pag. 10.300.001 - 005). Es wurde festgestellt, dass Dispositiv-Ziffer 6 des Urteils der Strafkammer SK.2018.71 vom 2. Mai 2019 per Entscheiddatum in Rechtskraft erwachsen ist. Dieser Abschreibungsbeschluss vom 19. Juni 2019 blieb in der Folge unangefochten.

In diesem Zusammenhang ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass die Drittbetroffene B. AG die BA am 7. Juni 2018 um Ausrichtung einer Entschädigung in Höhe von CHF 31'725.-- für die Umtriebe im Zusammenhang mit den Akteneditionen betreffend die Strafuntersuchung gegen den Beschuldigten wegen verbotener Handlungen für einen fremden Staat ersucht hatte. Mit Verfügung SN.2018.18 vom 21. November 2018 trat die Strafkammer des Bundesstrafgerichts auf das von der BA zuständigkeitshalber überwiesene Entschädigungsgesuch der B. AG nicht ein (TPF I pag. 7.950.001 ff.). Am 21. Dezember 2018 erhob die B. AG dagegen beim Bundesgericht Beschwerde in Strafsachen (TPF I pag. 7.960.003 ff.). Mit Urteil 6B_1331/2018 vom 28. November 2019 wies das Bundesgericht die Beschwerde ab (CAR pag. 4.201.002 ff.).

E.2 Der Verteidiger meldete am 14. Mai 2019 für den Beschuldigten ebenfalls Berufung an (TPF II pag. 8.942.001).

Am 4. Juni 2019 folgte die Berufungserklärung des Beschuldigten, mit folgenden Anträgen (CAR pag. 1.100.025):

- «1. Das Urteil der Strafkammer des Bundesstrafgerichts, Einzelrichter, vom 2. Mai 2019 wird vollumfänglich angefochten, d.h. sowohl im Schuld- als auch im Strafpunkt sowie hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen.

2. Der Berufungskläger beantragt im Berufungsverfahren einen Freispruch, die Übernahme der Untersuchungs- und Gerichtskosten durch den Staat sowie die Zusprechung einer angemessenen Entschädigung.
3. Beweisanträge werden zum heutigen Zeitpunkt nicht gestellt, werden aber ausdrücklich vorbehalten.»

E.3 Mit Eingabe vom 17. Juni 2019 stellte die BA betreffend die Berufungserklärung des Beschuldigten vom 4. Juni 2019 keinen Antrag auf Nichteintreten und erklärte keine Anschlussberufung (CAR pag. 2.100.005).

E.4 Mit Schreiben vom 9. Juli 2019 wurden der Beschuldigte und die BA eingeladen, bis 30. Juli 2019 Beweisanträge zu stellen und zu begründen (CAR pag. 6.400.001).

Die BA teilte per Eingabe vom 24. Juli 2019 mit, dass sie keine Beweisanträge stelle (CAR pag. 6.400.002).

Mit Eingabe vom 29. Juli 2019 teilte der Beschuldigte mit, dass er derzeit keine Beweisanträge stelle. Sollte der weitere Verfahrensverlauf das Stellen von Beweisanträgen erforderlich machen, werde dies aber ausdrücklich vorbehalten (CAR pag. 6.400.003).

E.5 Der Beschuldigte wurde mit Vorladung vom 29. August 2019 aufgefordert, an der Berufungsverhandlung vom 5. Dezember 2019, 09:30 Uhr, persönlich zu erscheinen (CAR pag. 7.202.001 ff.). Der Verteidiger erhielt per Schreiben vom 29. August 2019 Informationen betreffend die Berufungsverhandlung (CAR pag. 7.202.004). Die BA wurde mit Schreiben vom 29. August 2019 informiert, dass ihr die Teilnahme an der Berufungsverhandlung freigestellt ist (Art. 405 Abs. 3 i.V.m. Art. 337 Abs. 4 StPO). Zuvor hatte die BA am 5. August 2019 telefonisch auf die Teilnahme an der Berufungsverhandlung verzichtet. Sie erhielt Gelegenheit, bis zum 26. September 2019 schriftliche Anträge zu stellen und eine schriftliche Begründung einzureichen (Art. 405 Abs. 4 StPO; CAR pag. 7.203.001).

E.6 Mit Eingabe vom 24. September 2019 (CAR pag. 2.100.008) teilte die BA mit, dass sie unter Kosten- und Entschädigungsfolgen die Abweisung der Berufung beantrage. Der Beschuldigte sei gemäss dem Urteil der Strafkammer des Bundesstrafgerichts SK.2018.71 vom 2. Mai 2019 schuldig zu sprechen und zu verurteilen. Für die Begründung werde auf die Erwägungen des vorgenannten Urteils sowie die bisherigen Ausführungen der BA in dieser Sache verwiesen, insbesondere auf das Plädoyer vom 26. April 2018 sowie auf die Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht vom 21. August 2018.

- E.7** Der Beschuldigte reichte am 14. November 2019 seine Steuererklärung 2017 und am 22. November 2019 die je ihn betreffende Schlussrechnung des Steueramts Zürichs für Staats- und Gemeindesteuern 2014, provisorische Steuerrechnung Direkte Bundessteuer 2017 sowie Schlussrechnung des Steueramts Schaffhausen (Steuerabscheidung) 2017 zu den Akten ein (vgl. CAR pag. 6.302.001 - 015).
- E.8** Die Verfahrensleitung holte am 25. November 2019 von Amtes wegen einen Auszug aus dem Schweizerischen Strafregister betreffend den Beschuldigten ein (vgl. CAR pag. 3.402.002 f., 6.302.016 f.).
- E.9** Zur Berufungsverhandlung vom 5. Dezember 2019, 09:30 Uhr erschienen der Beschuldigte und sein Verteidiger. Im Rahmen des Beweisverfahrens wurde mit dem Beschuldigten eine Einvernahme durchgeführt (CAR pag. 8.402.001 ff.). Es wurden keine weiteren Beweisanträge gestellt, worauf das Beweisverfahren geschlossen wurde. Der Verteidiger hielt sein Plädoyer (CAR pag. 8.200.003 ff., 8.300.001 ff.); an den Anträgen Ziff. 1 und 2 gemäss Berufungserklärung vom 4. Juni 2019 hielt er fest (vgl. CAR pag. 1.100.026, 8.200.004 und 8.300.017). Darauf hielt der Beschuldigte sein Schlusswort (CAR pag. 8.200.005 f.). Das Gericht zog sich zur Urteilsberatung zurück. Im Anschluss daran wurde das Urteil vom Vorsitzenden öffentlich verkündet und summarisch begründet (vgl. CAR pag. 8.200.006 f.). Der anwesenden Partei wurde das Urteilsdispositiv ausgehändigt.

Die Berufungskammer erwägt:

I. Formelle Erwägungen

1. Eintreten / Fristen

- 1.1 Sowohl die Berufungsanmeldung des Beschuldigten vom 14. Mai 2019 als auch dessen Berufungserklärung vom 4. Juni 2019 erfolgten jeweils unter Fristenwahrung (Art. 399 Abs. 1-3 StPO). Die Berufung richtet sich gegen das Urteil der Strafkammer des Bundesstrafgerichts vom 2. Mai 2019, mit dem das Verfahren ganz abgeschlossen wurde (vgl. Art. 398 Abs. 1 StPO). Mit diesem Urteil wurde der Beschuldigte schuldig gesprochen wegen verbotener Handlungen für einen fremden Staat im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB und mit einer Busse von CHF 10'000.-- bestraft, bei schuldhaftem Nichtbezahlen derselben mit einer Freiheitsstrafe von 60 Tagen. Zudem wurden dem Beschuldigten die Verfahrenskosten von CHF 6'100.-- auferlegt.
- 1.2 Das angeklagte Delikt fällt in die Bundesgerichtsbarkeit (Art. 23 Abs. 1 lit. h StPO). Die erforderliche Ermächtigung zur Strafverfolgung eines politischen Deliktes, zu

denen Art. 271 StGB gehört, liegt vor (vgl. Ermächtigungsverfügung der Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements EJPD vom 29. September 2015, BA pag. 01.02.0005 ff.). Der Beschuldigte ist im vorliegenden Strafverfahren durch die vorinstanzliche Verurteilung beschwert und hat ein rechtlich geschütztes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 104 Abs. 1 lit. b, Art. 111 Abs. 1 und Art. 382 Abs. 1 StPO). Die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts ist in der Besetzung mit drei Richtern oder Richterinnen für die Beurteilung der vorliegenden Berufung örtlich und sachlich zuständig (Art. 21 Abs. 1 lit. a StPO; Art. 33 lit. c, Art. 38a und Art. 38b Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes [Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG; SR 173.71]). Sämtliche Voraussetzungen, um auf die Berufung einzutreten, sind erfüllt. Verfahrenshindernisse liegen keine vor. Auf die Berufung vom 4. Juni 2019 wird somit eingetreten.

2. Mündliches Verfahren

- 2.1 Mit der bereits erwähnten Eingabe vom 17. Juni 2019 (oben, lit. E.3; CAR pag. 2.100.005) erklärte sich die Bundesanwaltschaft mit der Durchführung eines schriftlichen Verfahrens einverstanden.
- 2.2 Der Beschuldigte nahm mit Schreiben vom 2. Juli 2019 zur Durchführung eines schriftlichen Verfahrens wie folgt Stellung: Gemäss Art. 406 Abs. 1 lit. a StPO könne die Berufung in einem schriftlichen Verfahren behandelt werden, wenn ausschliesslich Rechtsfragen zu behandeln seien. Diese Voraussetzung sei vorliegend nicht gegeben, gehe es doch u.a. bei der von der Verteidigung aufgeworfenen Frage der Auslandsdaten auch um Fragen des Sachverhalts (mit Verweis auf die Plädoyernotizen der Verteidigung vom 17. April 2019, Rz. 9 ff.; TPF II pag. 8.721.019 ff.). Auch die weiteren Voraussetzungen gemäss Absatz 1 dieser Bestimmung seien offensichtlich nicht gegeben. Gemäss Art. 406 Abs. 2 StPO könnte ein schriftliches Verfahren mit Einverständnis der Parteien auch dann durchgeführt werden, wenn weitere Voraussetzungen erfüllt wären. Darauf sei indessen nicht näher einzugehen, da der Beschuldigte auf der Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung bestehe. Es liege ihm daran, dem Gericht seinen Standpunkt persönlich vorzutragen (CAR pag. 2.100.006 f.).
- 2.3 Entscheidrelevant ist Folgendes festzuhalten: Die Hauptverhandlung vor dem Berufungsgericht ist grundsätzlich mündlich und damit im Sinne von Art. 69 ff. StPO öffentlich (vgl. BGE 139 I 129 E. 3.3, m.w.H.). Mit Blick auf den grundrechtlichen Anspruch auf eine öffentliche Gerichtsverhandlung in Anwesenheit des Beschuldigten (Art. 6 Ziff. 1 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK; SR 0.101], Art. 14 Abs. 1 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte [IPBPR; SR 0.103.2]; vgl. Art. 30 Abs. 3 Bundesverfassung der

Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101]) ist Schriftlichkeit nur in gewissen Grenzen zulässig (NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017, S. 700 N 1563 und S. 702 N 1567).

- 2.4 Das schriftliche Verfahren stellt im Berufungsverfahren somit die Ausnahme dar. In Art. 406 Abs. 1 StPO wird festgelegt, in welchen Fällen auf Initiative des Berufungsgerichtes allenfalls ohne das Einverständnis der Parteien ein schriftliches Verfahren durchgeführt werden kann, aber nicht muss. Ebenso kann das Berufungsverfahren unter Umständen schriftlich durchgeführt werden, wenn das Einverständnis aller Parteien vorliegt und entweder die Anwesenheit der beschuldigten Person nicht erforderlich ist (lit. a) oder die Anfechtung eines einzelrichterlichen Entscheides Gegenstand des Verfahrens bildet (lit. b) (vgl. MARKUS HUG, in: ANDREAS DONATSCH/THOMAS HANSJAKOB/VIKTOR LIEBER, Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung, 2010, N 1 f. und N 9 zu Art. 406 StPO, mit Hinweisen; SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., S. 702 f. N 1569 ff.).
- 2.5 Gestützt auf das der Berufungskammer zustehende gesetzliche Ermessen erscheint es vorliegend sinnvoll und angemessen, eine mündliche Berufungsverhandlung durchzuführen – vor allem, weil der Beschuldigte auf der Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung besteht, um dem Gericht seinen Standpunkt persönlich vortragen zu können.

3. Verfahrensgegenstand und Kognition

- 3.1 Die vorliegende Berufung richtet sich gegen das Urteil der Strafkammer des Bundesstrafgerichts SK.2018.71 vom 2. Mai 2019. Die Berufung ist vollumfänglich, d.h. das vorinstanzliche Urteil wird sowohl im Schuld- als auch im Strafpunkt sowie hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen angefochten. Der Beschuldigte beantragt im Berufungsverfahren einen Freispruch, die Übernahme der Untersuchungs- und Gerichtskosten durch den Staat sowie die Zusprechung einer angemessenen Entschädigung.

Aufgrund des bereits ergangenen höchstrichterlichen Entscheids in der vorliegenden Angelegenheit, der Anträge der Verteidigung und derjenigen der BA ist vorab zu klären, über welche Kognition die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts im Rahmen des vorliegenden Berufungsverfahrens verfügt. Es handelt sich hierbei um eine Frage von zentraler Bedeutung, weshalb sie im Vorfeld eingehend zu erörtern ist.

- 3.2 Die Vorinstanz hat in ihrem Urteil SK.2018.71 vom 2. Mai 2019 zur Frage der Kognition Folgendes ausgeführt (E. 1, S. 3):

Heisse das Bundesgericht eine Beschwerde gut und weise es die Angelegenheit zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurück, dürfe sich diese nur noch mit jenen Punkten befassen, die das Bundesgericht kassiert habe. Die anderen Teile des Urteils hätten Bestand und seien in das neue Urteil zu übernehmen. Irrelevant sei, dass das Bundesgericht mit seinem Rückweisungsentscheid formell in der Regel das ganze angefochtene Urteil aufhebe. Entscheidend sei nicht das Dispositiv, sondern die materielle Tragweite des bundesgerichtlichen Entscheids. Die neue Entscheidung sei somit auf diejenige Thematik beschränkt, die sich aus den bundesgerichtlichen Erwägungen als Gegenstand der neuen Beurteilung ergebe. Das Verfahren werde nur insoweit neu in Gang gesetzt, als dies notwendig sei, um den verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichts Rechnung zu tragen (mit Verweis auf BGE 143 IV 214 E. 5.2.1, mit Hinweisen).

Gestützt darauf hielt die Vorinstanz fest, dass sie in ihrem ursprünglichen Verfahren in objektiver Hinsicht eine verbotene Handlung für einen fremden Staat festgestellt habe und diese Rechtsfrage, mangels Thematisierung beim Bundesgericht, Bestand habe (E. 2.3.1).

- 3.3 Der Beschuldigte hingegen vertritt betreffend Kognition die Ansicht, das Urteil des Bundesgerichts 6B_804/2018 vom 4. Dezember 2018 entfalte lediglich Bindung bezüglich der ausdrücklich beurteilten Punkte, somit in zweierlei Hinsicht: Zum einen dürfe ein Freispruch nicht mehr mit der Begründung erfolgen, der Vorsatz habe gefehlt. Zum anderen dürfe kein Verbotsirrtum angenommen werden. In allen anderen Punkten sei das urteilende Gericht jedoch völlig frei. Das gelte nicht etwa nur für die in Erwägung 3.4 des bundesgerichtlichen Urteils angesprochenen allfälligen Rechtfertigungsgründe. Das urteilende Gericht könne insbesondere auch hinsichtlich des objektiven Tatbestands anders entscheiden als im Urteil vom 9. Mai 2018. Infolge Freispruchs durch das Urteil vom 9. Mai 2018 sei der Beschuldigte nicht legitimiert gewesen, gegen die diesbezüglichen Annahmen und Schlussfolgerungen der Strafkammer des Bundesstrafgerichts Beschwerde zu führen. Das Bundesgericht habe sich daher auch nicht dazu äussern können und es ergebe sich aus dem bundesgerichtlichen Urteil insofern keinerlei Bindungswirkung (mit Verweis auf BSK BGG, STEFAN HEIMGARTNER/HANS WIPRÄCHTIGER, Art. 61 StGB N 27 f.; sowie BSK BGG, JOHANNA DORMANN, Art. 107 StGB N 18; vgl. Plädoyernotizen der Verteidigung betreffend die Hauptverhandlung [Zurückweisung] vom 17. April 2019, TPF II pag. 8.721.017 f.; sowie Plädoyernotizen der Verteidigung betreffend die Berufungsverhandlung vom 5. Dezember 2019, CAR pag. 8.300.001 - 005).
- 3.4 Die Konkretisierung und Ausübung der bestimmungsgemässen Kognition, welche einem Gericht zukommt, ist in rechtsstaatlicher Hinsicht im Zusammenhang mit

der Wahrung der grundrechtlichen und gesetzlichen Verfahrensgarantien wesentlich. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang u.a. die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV, wonach jede Person bei Rechtsstreitigkeiten grundsätzlich Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde hat. Für das Strafverfahren wird die Rechtsweggarantie in erweiterter Form in Art. 32 Abs. 3 BV festgehalten, wonach jede verurteilte Person grundsätzlich das Recht hat, das Urteil von einem höheren Gericht überprüfen zu lassen.

Auch die grundlegende Bestimmung von Art. 32 Abs. 2 BV, dass jede angeklagte Person die Möglichkeit haben muss, die ihr zustehenden Verteidigungsrechte geltend zu machen, ist bei der vorzunehmenden Festlegung des Umfangs der Kognition tangiert bzw. zu berücksichtigen. Das gleiche gilt für den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 3 Abs. 2 lit. c und Art. 107 Abs. 1 StPO) sowie die damit in Zusammenhang stehende Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 10 Abs. 1 StPO).

In der vorliegenden Konstellation ist schliesslich relevant, dass die Parteien einen verfassungsrechtlich gesicherten Anspruch auf Teilnahme an der Abklärung des Sachverhalts haben. Die Betroffenen haben das Recht, innerhalb der prozessual vorgesehenen Fristen Beweise beizubringen, sofern diese nicht offensichtlich ungeeignet sind, oder zusätzliche Sachverhaltsabklärungen zu verlangen. Es ist ihnen die Möglichkeit zu geben, an der Erhebung von Beweisen mitzuwirken und sich zum Beweisergebnis zu äussern (vgl. insbesondere Art. 147 ff., Art. 184 Abs. 3 und Art. 188 StPO). Diese Ansprüche sollen sicherstellen, dass die Parteien ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen können (vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, 3. Aufl. 1999, S. 522 f., mit Hinweisen). Zu betonen ist in diesem Zusammenhang weiter, dass sich der Gehörsanspruch nur verwirklicht, wenn die Behörde die Vorbringen der Betroffenen auch wirklich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Dies bildet das eigentliche Kernstück des rechtlichen Gehörs (MÜLLER, a.a.O., S. 523).

Falls ein Gericht bzw. eine Rechtsmittelinstanz in einem Strafverfahren die ihr zustehende Kognition falsch einschätzt (z.B. indem sie diese unzulässig einschränkt), besteht die Gefahr, dass die genannten Verfahrensgarantien – und allgemein das Recht auf einen «fair trial» (Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO; vgl. SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., S. 33 ff. N 95 ff.; MÜLLER, a.a.O., S. 509 ff.) – verletzt respektive ausgehöhlt werden.

Diesem grundrechtlichen Bedeutungszusammenhang der Kognitionsfrage kommt ein hoher Stellenwert zu; entsprechend ist er bei den weiteren Ausführungen gebührend zu berücksichtigen.

- 3.5 Zur Beschwerde in Strafsachen ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat, insbesondere die beschuldigte Person und die Staatsanwaltschaft. Die Staatsanwaltschaft des Bundes ist auch zur Beschwerde berechtigt, wenn das Bundesrecht vorsieht, dass ihr oder einer anderen Bundesbehörde der Entscheid mitzuteilen ist oder wenn sie die Strafsache den kantonalen Behörden zur Untersuchung und Beurteilung überwiesen hat (Art. 81 Abs. 1 lit. a und b Ziff. 1 und 3 sowie Abs. 2 BGG).

Nach Art. 105 Abs. 1 BGG legt das Bundesgericht seinem Urteil grundsätzlich den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Die Feststellung des Sachverhalts kann mit der Beschwerde ans Bundesgericht 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).

Das Bundesgericht darf nicht über die Begehren der Parteien hinausgehen (Art. 107 Abs. 1 BGG). Heisst das Bundesgericht die Beschwerde gut, so entscheidet es in der Sache selbst oder weist diese zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurück. Es kann die Sache auch an die Behörde zurückweisen, die als erste Instanz entschieden hat (Art. 107 Abs. 2 BGG).

Entscheide des Bundesgerichts erwachsen am Tag ihrer Ausfällung in Rechtskraft (Art. 61 BGG).

- 3.6 Für den Umfang der Kognition im vorliegenden Berufungsverfahren sind auch die folgenden Bestimmungen der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) von Bedeutung:

Die strafrechtliche Berufung ist zulässig gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen worden ist. Das Berufungsgericht kann das Urteil in allen angefochtenen Punkten umfassend überprüfen. Mit der Berufung können gerügt werden (a) Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung; (b) die unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts; (c) Unangemessenheit (vgl. Art. 398 Abs. 1 - 3 StPO).

Die Rechtsmittelinstanz ist bei ihrem Entscheid nicht gebunden an (a) die Begründungen der Parteien; (b) die Anträge der Parteien, ausser wenn sie Zivilklagen

beurteilt. Sie darf Entscheide nicht zum Nachteil der beschuldigten oder verurteilten Person abändern, wenn das Rechtsmittel nur zu deren Gunsten ergriffen worden ist. Vorbehalten bleibt eine strengere Bestrafung aufgrund von Tatsachen, die dem erstinstanzlichen Gericht nicht bekannt sein konnten (Art. 391 Abs. 1 und 2 StPO).

Das Berufungsgericht überprüft das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten. Es kann zugunsten der beschuldigten Person auch nicht angefochtene Punkte überprüfen, um gesetzwidrige oder unbillige Entscheidungen zu verhindern (Art. 404 StPO).

- 3.7 Gestützt auf diese Grundsätze und Gesetzesbestimmungen ergibt sich grundsätzlich bezüglich Kognition:
 - 3.7.1 Wird eine Beschwerde gutgeheissen, das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen, besteht eine kassatorische Wirkung (Art. 107 Abs. 2 BGG). Obschon formell und dem Wortlaut des Dispositivs nach das Urteil insgesamt aufgehoben wird, beschränkt sich die Aufhebung materiell in der Regel auf einzelne Punkte. Demgemäss sind jeweils die Erwägungen beizuziehen, um festzustellen, ob der angefochtene Entscheid ganz oder nur teilweise aufgehoben wurde. Ist Letzteres der Fall, gilt das angefochtene Urteil hinsichtlich der nicht gerügten und nicht aufgehobenen Punkte als bestätigt (BSK BGG, 2. Aufl. 2011, STEFAN HEIMGARTNER/HANS WIPRÄCHTIGER, Art. 61 BGG N 14; vgl. BGE 122 I 250, E. 2.b).
 - 3.7.2 Sämtliche Bundesgerichtsentscheide, die das Verfahren abschliessen (Endentscheide), treten in materielle Rechtskraft. Nach den allgemeinen Grundsätzen kommt nur dem Dispositiv materielle Rechtskraft zu; tatsächliche Feststellungen und rechtliche Erwägungen, Feststellungen zu präjudiziellen Rechtsverhältnissen, sonstige Vorfragen und weitere Rechtsfolgen, die sich aus der Urteilsbegründung mit logischer Notwendigkeit ergeben, erwachsen für sich alleine nicht in Rechtskraft. Wenn das Dispositiv ausdrücklich auf eine Erwägung verweist, wird indessen Letztere integraler Bestandteil des Dispositivs und erwächst in Rechtskraft. Bei zurückweisenden Bundesgerichtsentscheiden ist demgegenüber die Bindungswirkung zumindest de facto stärker, weil sich die Vorinstanz an die Erwägungen des Bundesgerichts halten muss, da ansonsten eine erneute Zurückweisung droht. Somit ist bei Kassation eines Entscheids die Vorinstanz, die in einem Rückweisungsverfahren noch einmal über die Sache zu urteilen hat, an den Entscheid des Bundesgerichts gebunden (Bindungswirkung; vgl. HEIMGARTNER/WIPRÄCHTIGER, a.a.O., Art. 61 BGG N. 17 ff., mit Hinweisen).
 - 3.7.3 Auch das Bundesgericht ist bei erneuter Beschwerde an sein erstes Urteil in ein und derselben Sache gebunden. Die Bindungswirkung bezieht sich formal lediglich

auf das Dispositiv, dessen Tragweite lässt sich indessen nur anhand der Erwägungen ermitteln (vgl. BGE 122 I 250, E. 2; Urteil des BGer 6B_372/2011 vom 12. Juli 2011, E. 1.3.2). Dementsprechend sind auch Weisungen des Bundesgerichts – etwa wie Beweise zu erheben sind – für Vorinstanzen, die sich mit einem Rückweisungsentscheid befassen, verbindlich. Wegen dieser Bindung ist es für Gerichte, die sich im Rahmen einer Rückweisung nochmals mit einer Sache befassen, grundsätzlich unzulässig, einen anderen Sachverhalt anzunehmen oder die Sache auf eine Weise zu subsumieren, die im zurückweisenden Entscheid explizit oder implizit abgelehnt wurde (vgl. Urteil des BGer 6B_372/2011 vom 12. Juli 2011, E. 1.1.2 Abs. 1). Zwar wird durch die Rückweisung der Prozess hinsichtlich des Streitpunkts in die Lage versetzt, in der er sich vor der Fällung des kantonalen Urteils befunden hat, doch darf der Streitpunkt weder ausgeweitet noch auf eine neue Rechtsgrundlage gestellt werden. Da in der Regel die Aufhebung eines Entscheids nur als teilweise zu betrachten ist und im Übrigen der vorinstanzliche Entscheid materiell (explizit oder implizit) bestätigt wird, kann in einem neuerlichen Beschwerdeverfahren in der Regel auch nur der aufgehobene Aspekt erneut Streitgegenstand bilden. Diesbezüglich kann nur vorgebracht werden, es seien Weisungen des Bundesgerichts nicht befolgt oder erneut Recht verletzt worden. Allerdings tritt die Rechtskraftwirkung nur insofern ein, als über umstrittene Punkte im ersten Beschwerdeverfahren entschieden wurde. Der neue Entscheid der unteren Instanz kann auch insoweit nicht angefochten werden, als eine Anfechtung bereits hinsichtlich des ersten Urteils möglich und nach Treu und Glauben zumutbar gewesen wäre. Mit einer erneuten Beschwerde können demgemäss in der Regel keine Punkte gerügt werden, welche bereits in der ersten Beschwerde an das Bundesgericht hätten vorgebracht werden können (vgl. HEIMGARTNER/WIPRÄCHTIGER, a.a.O., Art. 61 BGG N 26 ff.; vgl. BGE 117 IV 97, E. 4. a).

- 3.7.4 Die Behörde, an welche die Sache durch ein kassatorisches Urteil zurückgewiesen wird, ist an die rechtlichen Erwägungen im Rückweisungsentscheid gebunden. Setzt sich die Rückweisungsinstanz über die verbindlichen Erwägungen des bundesgerichtlichen Urteils hinweg, liegt Rechtsverweigerung vor, was ohne weiteres zur Aufhebung des zweiten Entscheides führt. Dabei beschlägt die Verbindlichkeit sowohl Punkte, bezüglich deren keine Rückweisung erfolgt (die also «definitiv» entschieden wurden), wie auch diejenigen Erwägungen, welche den Rückweisungsauftrag umschreiben (BSK BGG, 2. Aufl. 2011, ULRICH MEYER/JOHANNA DORMANN, Art. 107 BGG N 18).
- 3.7.5 Ähnlich wie in dem von der Vorinstanz zitierten BGE 143 IV 214 E. 5.2.1 hat das Bundesgericht sich in seinem Urteil 6B_372/2011 vom 12. Juli 2011, E. 1.1.2 Abs. 2 geäußert: Die kantonale Instanz hat sich bei der neuen Entscheidung auf das zu beschränken, was sich aus den Erwägungen des Bundesgerichts als Gegenstand

der neuen Beurteilung ergibt. Im Falle einer Kassation des Urteils infolge Gutheissung einer Beschwerde in Strafsachen soll folglich nicht das ganze Verfahren neu in Gang gesetzt werden, sondern nur insoweit, als dies notwendig ist, um den verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichts Rechnung zu tragen. In den Grenzen des Verbots der reformatio in peius (vgl. Art. 391 Abs. 2 StPO) kann sich dabei die neue Entscheidung auch auf Punkte beziehen, die vor Bundesgericht nicht angefochten waren, sofern dies der Sachzusammenhang erfordert (mit Verweis auf BGE 123 IV 1 E. 1; 117 IV 97 E. 4; Urteil des BGer 6S.270/2003 vom 28. November 2003 E. 3.2.1 und 3.3.1).

- 3.8 Gestützt auf die massgebenden gesetzlichen, verfassungsmässigen und konventionsrechtlichen Bestimmungen (oben, E. 3.4 - 3.6) und die bundesgerichtliche Rechtsprechung sowie die juristische Lehre ist nunmehr konkret zu analysieren, inwieweit das vorliegend relevante Urteil des BGer 6B_804/18 vom 4. Dezember 2018 Bindungswirkung entfaltet (unten, E. 3.11). In diesem Rahmen sind auch die Beschwerde in Strafsachen der Bundesanwaltschaft vom 21. August 2018 und die Beschwerdeantwort der Verteidigung vom 12. November 2018 zu berücksichtigen (nachfolgend E. 3.9 und 3.10). Die Vorinstanz hat betreffend Kognition grundsätzlich zurecht auf die Ausführungen in BGE 143 IV 214 E. 5.2.1 verwiesen (oben, E. 3.2). Strittig und näher zu prüfen ist jedoch, ob die Vorinstanz diese Rechtsprechung bei der Auslegung des im vorliegenden Strafverfahren ergangenen höchstrichterlichen Urteils 6B_804/2018 korrekt angewandt hat.
- 3.9 Im vorliegenden Strafverfahren erhob die BA mit Eingabe vom 21. August 2018 Beschwerde in Strafsachen gegen das Urteil der Strafkammer des Bundesstrafgerichts SK.2017.64 vom 9. Mai 2018 (TPF I pag. 7.980.003 ff.). Die entsprechenden Rechtsbegehren lauteten in der Hauptsache wie folgt (TPF I pag. 7.980.004):

«1. Das Urteil der Strafkammer des Bundesstrafgerichts vom 9. Mai 2018 sei aufzuheben, der Beschwerdegegner sei wegen verbotenen Handlungen für einen fremden Staat (Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 StGB) schuldig zu sprechen und angemessen zu bestrafen.

Eventualiter: Das Urteil der Strafkammer des Bundesstrafgerichts vom 9. Mai 2018 sei aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.»

Im Rahmen ihrer rechtlichen Würdigung hielt die BA fest, nach der zutreffenden rechtlichen Würdigung der Vorinstanz habe der Beschwerdegegner den objektiven Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 StGB erfüllt (TPF I pag. 7.980.004). Demgegenüber focht die BA das Urteil vom 9. Mai 2018 in Bezug auf die rechtlichen Ausführungen zum subjektiven Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 StGB und deren Würdigung an (TPF I pag. 7.980.005 f.). Zudem führte die BA aus, es lägen auch keine Rechtfertigungs- und Schuldausschliessungsgründe vor (TPF I pag. 7.980.006 ff.).

3.10 Mit Beschwerdeantwort vom 12. November 2018 (CAR pag. 4.102.003 - 009) stellte der Beschuldigte Antrag auf Nichteintreten. Im Rahmen seiner Begründung führte er in einer Vorbemerkung zuerst aus, aus welchen Gründen (wie bereits vor Bundesstrafgericht ausgeführt worden sei) der objektive Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB nicht erfüllt sei. Zudem wies er auf eine Eventualbegründung hin, die bereits für den Fall geltend gemacht worden sei, dass der objektive Tatbestand bejaht würde (CAR pag. 4.102.004 f. Rz 1). Der Beschuldigte führte weiter aus, die Vorinstanz habe die Argumente zum objektiven Tatbestand zu Unrecht verworfen. Mangels Beschwer habe der heutige Beschwerdegegner die unzutreffenden Schlussfolgerungen der Vorinstanz hinsichtlich der Frage der Auslandsdaten sowie der Freiwilligkeit nicht anfechten können. Sie könnten auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht überprüft werden. Es verstehe sich jedoch von selbst, dass der Beschuldigte an den vor Vorinstanz vorgetragenen Argumenten, die einen Freispruch gebieten würden, vollumfänglich festhalte (CAR pag. 4.102.005 Rz 2 ff.).

3.11

3.11.1 In Bezug auf die Frage des objektiven Tatbestands finden sich mehrere Anknüpfungspunkte im Urteil. Zu Beginn von E. 3.1.2 seines Urteils 6B_804/1018 vom 4. Dezember 2018 hält das Bundesgericht klar fest, entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners (Beschwerdeantwort, S. 5 f. [= CAR pag. 4.102.007 f.]) habe dieser den Bedeutungssinn der Amtshandlung für einen fremden Staat als normatives Tatbestandsmerkmal zutreffend erfasst (TPF II pag. 8.100.005). Im übernächsten Satz des Urteils wird diese Feststellung mit der Formulierung «*möglicherweise* sanktionsbewehrten» jedoch etwas relativiert:

«So wurde dem DoJ nach erfolgter Selbstanzeige nahe gelegt, sich zunächst auf dem Rechts- und Amtshilfegeweg um die Herausgabe der Kundendossiers zu bemühen. Insofern vermochte der Beschwerdegegner die soziale Bedeutung der – *möglicherweise* sanktionsbewehrten – Datenherausgabe richtig einzuordnen.» (TPF II pag. 8.100.005)

Das Bundesgericht gelangt aber trotzdem zum (vorläufigen) Schluss, die irriige Annahme des Beschwerdegegners, zur Herausgabe der Kundendossiers gleichwohl berechtigt gewesen zu sein, lasse den Vorsatz unberührt und vermöge allenfalls lediglich einen Verbotsirrtum zu begründen (Urteil vom 4. Dezember 2018, E. 3.1.2, letzter Satz; TPF II pag. 8.100.005).

3.11.2 In der Folge macht das Bundesgericht Ausführungen dazu, wann ein Verbotsirrtum vorliegt (Urteil vom 4. Dezember 2018, E. 3.2; TPF II pag. 8.100.005 f.). Es schliesst diese grundsätzlichen Überlegungen wie folgt ab:

«Ob der Täter weiss, dass sein Verhalten der Rechtsordnung widerspricht respektive er ein unbestimmtes Empfinden hat, etwas Unrechtes zu tun, ist eine Sachverhaltsfrage. Rechtsfrage ist, ob der Irrtum vermeidbar war (Urteil 6B_368/2017 vom 10. August 2017 E. 4.2 mit Hinweis).» (TPF II pag. 8.100.006)

Aus den Ausführungen des Bundesgerichts in E. 3.3 seines Urteils vom 4. Dezember 2018 geht nicht klar hervor, inwiefern in einem ersten Schritt geprüft wurde, ob ein Verbotsirrtum – und folglich ein verbotenes Verhalten – vorliegt, und inwiefern in einem zweiten Schritt (soweit ein Verbotsirrtum bejaht wird) geprüft wurde, ob der Verbotsirrtum vermeidbar war. Vielmehr gelangt das Bundesgericht an zwei Orten – einerseits bereits am Anfang, d.h. im zweiten Satz von E. 3.3, und andererseits gegen Ende, im zweitletzten Satz von E. 3.3 seines Urteils vom 4. Dezember 2018 – jeweils in einem einzigen Satz zum (doppelten) Schluss:

«Die Gutachten boten keine ausreichende Grundlage für einen unvermeidbaren Irrtum, da sie unvollständig und im Hinblick auf die Grenzen des strafbaren Verhaltens nicht verlässlich waren.»

bzw.

«Der Verbotsirrtum war deshalb vermeidbar.» (TPF II pag. 8.100.006 f.)

Anschliessend kommt das Bundesgericht zum zusammenfassenden, kognitionsrelevanten Ergebnis (Urteil vom 4. Dezember 2018, E. 3.3, letzter Satz; TPF II pag. 8.100.007):

«Die Vorinstanz verletzt Bundesrecht, wenn sie das Wissen über die Verbotenheit des normierten Verhaltens als subjektives Tatbestandsmerkmal qualifiziert, soweit erkennbar im Sinne einer Eventualbegründung von einem unvermeidbaren Verbotsirrtum ausgeht und in der Folge die Erfüllung des subjektiven Tatbestands von Art. 271 Ziff. 1 StGB verneint.»

3.11.3 Die nächste Erwägung des Bundesgerichts (3.4; TPF II pag. 8.100.007) hat ebenfalls einen Bezug zur Kognitionsfrage und ist kurz gehalten:

«Auf die Vorbringen der Parteien zu allfälligen Rechtfertigungsgründen ist vorliegend nicht näher einzugehen. Die Vorinstanz musste sich mit den aufgeworfenen Fragen materiell nicht erschöpfend auseinandersetzen. Das Bundesgericht kann folglich die an sich zulässigen neuen rechtlichen Einwände nicht überprüfen.»

3.11.4 In der letzten Erwägung (4.; TPF II pag. 8.100.008) seines Urteils vom 4. Dezember 2018 hält das Bundesgericht insbesondere fest:

«Die Beschwerde ist gutzuheissen. Das vorinstanzliche Urteil ist aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird erneut

zu prüfen haben ob dem Beschwerdegegner eine tatbestandsmässige, rechtswidrige und schuldhafte Handlung vorzuwerfen ist.»

- 3.11.5 In Bezug auf den vom Bundesgericht thematisierten «Verbotsirrtum» (Urteil vom 4. Dezember 2018, E. 3.1 - 3.3; TPF II pag. 8.100.004 ff.) stellt sich die Frage, ob damit implizit ein tatsächlich bestehendes Verbot (im Rahmen des objektiven Tatbestands) vorausgesetzt wird – womit der objektive Tatbestand im vorliegenden Berufungsverfahren nicht mehr geprüft werden könnte. Gemäss den entsprechenden Ausführungen des Bundesgerichts kann davon im vorliegenden Fall jedoch nicht ausgegangen werden. Das Bundesgericht hat sich stark fokussiert auf die Beantwortung jener Rechtsfragen, die gemäss der von der BA eingereichten Beschwerde in Strafsachen vom 21. August 2018 einzig und alleine zu beurteilen waren. Die Ausführungen des Bundesgerichts sind deshalb gemäss den aufgeführten grundsätzlichen Überlegungen dahingehend auszulegen, dass nicht rechtsverbindlich über den objektiven Tatbestand entschieden wurde. Für diese Interpretation spricht insbesondere auch der Passus in der abschliessenden E. 4 des bundesgerichtlichen Urteils vom 4. Dezember 2018, die Vorinstanz werde «erneut zu prüfen haben, ob dem Beschwerdegegner eine tatbestandsmässige, rechtswidrige und schuldhafte Handlung vorzuwerfen ist.» (TPF II pag. 8.100.008)
- 3.11.6 Zusammenfassend ist zum Kognitionsumfang im vorliegenden Berufungsverfahren Folgendes festzuhalten:

Die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts darf – und muss – den objektiven Tatbestand im Rahmen des Verfahrens CA.2019.6 überprüfen. Das Gericht folgt in diesem Sinne weitgehend der Argumentation des Beschuldigten (vgl. oben E. II. 3.3, bzw. Plädoyernotizen der Verteidigung betreffend die Hauptverhandlung [Zurückweisung] vom 17. April 2019, TPF II pag. 8.721.017 f.; vgl. auch die Beschwerdeantwort des Beschuldigten vom 12. November 2018, S. 2 f.; CAR pag. 4.102.004 f.). Der objektive Tatbestand wurde im vorliegenden Fall vom Bundesgericht (mangels eines entsprechenden Antrags der BA, bzw. mangels Legitimation respektive Beschwerde des Beschuldigten) nicht überprüft. Die Frage des objektiven Tatbestands wurde aber vom Beschuldigten immer wieder aufgeworfen (vgl. oben E. II. 2.2, 3.3 und 3.10). Insofern hat der Beschuldigte seine Rügepflichten keineswegs verletzt (vgl. Art. 95 ff. und Art. 106 Abs. 2 BGG sowie Art. 404 StPO).

Der Beschuldigte hat vorliegend Anspruch darauf, die Rechtsfrage, ob der objektive Tatbestand gegeben ist, von einer zweiten Instanz mit voller Kognition beurteilen zu lassen. Dies muss erst recht gelten, als seit dem 1. Januar 2019 die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts als neu geschaffene zweite gerichtliche Instanz auf Bundesebene mit voller Kognition besteht. Genau für solche Konstellationen wurde die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts ins Leben gerufen. Es

erschiene sachfremd und stossend, wenn man den vorliegenden Fall einfach nur noch weitgehend formell durch die neu geschaffene Kammer laufen lassen müsste.

Gebunden ist die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts vorliegend hingegen grundsätzlich, was den Sachverhalt betrifft sowie bezüglich der Frage des subjektiven Tatbestands und des vermeidbaren Verbotsirrtums. Insofern kann auf das bundesgerichtliche Urteil vom 4. Dezember 2018, E. 3.3, zweitletzter und letzter Satz verwiesen werden.

4. Verbot der reformatio in peius

- 4.1 Für den Umfang der Kognition ist schliesslich wesentlich, dass die BA keine Anschlussberufung eingereicht hat. Somit gelangt der Grundsatz des Verbots der reformatio in peius (Art. 391 Abs. 2 StPO) zur Anwendung, welcher nicht nur bezüglich des Strafmasses, sondern auch hinsichtlich der rechtlichen Qualifikation zu beachten ist (BGE 139 IV 282, E. 2.3 - 2.6, sowie BSK StPO, 2. Aufl. 2014, MARTIN ZIEGLER/STEFAN KELLER, Art. 391 StPO N 3 und 3a).
- 4.2 Die BA hat sowohl die Zusammenstellung als auch die Einreichung der Dateien angeklagt (vgl. TPF I pag. 7.100.003). Das erstinstanzliche Gericht hat bezüglich der Zusammenstellung der Dateien jedoch verbindlich entschieden, dass diese nicht bereits mit Eventualvorsatz im Hinblick auf die Übergabe an die amerikanischen Behörden erfolgte (vgl. TPF II pag. 8.930.013, E. 2.3.1, mit Verweis auf E. 4.2 des Urteils SK.2017.64 vom 9. Mai 2018; bzw. TPF I pag. 7.970.010 f. E. 4.2.1). Daran ist das Berufungsgericht gebunden. Zu beurteilen ist somit lediglich die Herausgabe der zusammengestellten Kunden-Dateien an die amerikanischen Behörden.
- 4.3 Ebenso sind die vorinstanzliche Annahme eines vermeidbaren Verbotsirrtums (TPF II pag. 8.930.015, E. 2.4.3 - 2.4.3.2 und 3.2.1 f.) sowie die Busse von CHF 10'000.-- bzw. Ersatzfreiheitsstrafe von 60 Tagen (TPF II pag. 8.930.017 f., E. 3.3.1 ff.; pag. 8.930.020) als Maximum bei einem allfälligen Schuldspruch zu berücksichtigen.

II. Materielle Erwägungen

1. Rechtliche Würdigung

1.1 Objektiver Tatbestand

1.1.1 Grundsätzliche Ausführungen zu Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB

- 1.1.1.1 Gemäss Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB wird bestraft, wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die gemäss dem schweizerischen Rechtsverständnis einer Behörde oder einem

Beamten vorbehalten sind. Durch die Bestimmung sollen die Ausübung fremder Staatsgewalt auf dem Gebiet der Schweiz verhindert und das staatliche Machtmonopol und die schweizerische Souveränität geschützt werden (Urteil des BGer 6B_402/2008 vom 6. November 2008, E. 2.3.2 m.w.H.). «Im Rechtsstaat dürfen die Rechtsunterworfenen darauf vertrauen, dass hoheitliche Befugnisse (z.B. Verhaftungen, Untersuchungshandlungen zu straf- und steuerrechtlichen Zwecken) nur durch die dafür zuständigen Staatsorgane und rechtmässig ausgeübt werden.» (MARKUS HUSMANN, «Art. 271 Strafgesetzbuch – Dreh- und Angelpunkt im Steuerstreit, zu Recht?», AJP 5/2014). Art. 271 StGB bewirkt somit auch, gewissermassen als Nebeneffekt, dass Rechtsindividuen bezüglich Eingriffe in ihre Rechte auf rechtsstaatliches Handeln vertrauen dürfen.

- 1.1.1.2 Verboten ist jede einer Behörde oder einem Beamten zukommende Handlung – unbekümmert, ob ein Beamter dabei tätig wurde. Tatbestandsmässig ist somit jede Handlung, die für sich betrachtet, d.h. nach ihrem Wesen und Zweck, sich als Amtstätigkeit charakterisiert. Entscheidend ist dabei nicht die Person des Täters, sondern einzig der amtliche Charakter der Handlung (BGE 114 IV 128 E. 2b S. 130 mit Hinweisen; DANIELLE GAUTHEY/ALEXANDER R. MARKUS, «Zivile Rechtshilfe und Artikel 271 Strafgesetzbuch», ZSR 2015 I, S. 367: Art. 271 Ziff. 1 StGB stellt kein Sonderdelikt dar; beim Täter muss es sich daher nicht notwendigerweise um eine Amtsperson handeln). Massgebend ist dabei die schweizerische Rechtsauffassung, wonach die Handlung in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Funktion erfolgt (DAVID ROSENTHAL, in: Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren ausgewählten Bestimmungen, 2008, Art. 271 StGB N 6; GAUTHEY/MARKUS, a.a.O., S. 369). Unbestritten ist, dass Rechts- und Amtshilfehandlungen unter diese Definition fallen und damit den Schutz der Strafnorm geniessen, da diese Normen die Gebietshoheit der Schweiz schützen und verhindert werden soll, dass die schweizerischen Bestimmungen über die internationale Rechtshilfe in Straf- und Zivilsachen umgangen werden (ROSENTHAL, a.a.O., Art. 271 StGB N 1 und 7; vgl. auch die Dissertation von CLAUDIO BAZZI, «Internationale Wirtschaftsspionage: eine Analyse des strafrechtlichen Abwehrdispositivs der Schweiz»; Serie Zürcher Studien zum Strafrecht, Band 81, 2015, N 373, betreffend die «staatliche Steuerung»). Dabei ist eine Umgehung der Rechtshilfe durch eine schweizerische Partei kein Vorschubleisten im Sinne einer Gehilfenschaft, sondern die originäre Handlung im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB (DAMIAN K. GRAF, «Mitwirkung in ausländischen Verfahren im Spannungsfeld mit Art. 271 StGB. Unter Berücksichtigung der jüngsten Bewilligungspraxis von EJPD und EFD», in: GesKR 2/2016, S. 178 Ziff. 3.1).

- 1.1.1.3 Die Tathandlung muss sodann für einen fremden Staat erfolgen. Nicht vorausgesetzt wird dabei, dass die Handlung für den fremden Staat nützlich ist; es reicht aus, dass sie für diesen bestimmt ist (GAUTHEY/MARKUS, a.a.O., S. 382); mithin in seinem Interesse erfolgte (BGE 114 IV 128, E. 3b). Dass der fremde Staat den Auftrag dazu erteilt, ist keine *conditio sine qua non* (GRAF, a.a.O., S. 176 ff. Ziff. 2.3., m.w.H.), doch kann diese Auftragserteilung bei der Beurteilung der Frage einer hoheitlichen Handlung Bedeutung erlangen (GAUTHEY/MARKUS, a.a.O., S. 381).
- 1.1.1.4 Insbesondere im Zusammenhang mit unternehmensinternen Untersuchungen wird in der Lehre eingehend diskutiert, ob und inwieweit die Sammlung von Dokumenten im Hinblick auf ein ausländisches Verfahren und deren anschließende Einreichung strafbar seien (BSK StGB, 3. Aufl. 2013, MARKUS HUSMANN, Art. 271 StGB N 53 ff.). Auf den Punkt gebracht wird die These vertreten, dass – sofern Art. 271 StGB die Umgehung der schweizerischen Rechtshilfebestimmungen verhindern wolle – es nur strafbar sein könne, wenn die Einreichung der Beweismittel in die ausschliesslich Zuständigkeit der Rechtshilfebehörden falle (GRAF, a.a.O., S. 181). Dies jedenfalls müsse gelten, wenn die Eingabe freiwillig – d.h. ohne Androhung strafrechtlicher Sanktionen durch den fremden Staat bei Nichteinreichen – erfolge (GRAF, a.a.O., S. 181, m.w.H. in Fn. 107; ROSENTHAL, a.a.O., Art. 271 StGB N 19). Diese praxisnahe und pragmatische Unterscheidung verkennt jedoch bereits, dass der faktische Druck bei «plea deals» nicht zu unterschätzen ist, sodass das Kriterium der Freiwilligkeit wenig geeignet ist, die Umgehung der Rechtshilfe zu verhindern (vgl. GRAF, a.a.O., S. 182; BAZZI, a.a.O., N 373). Massgebend muss vielmehr sein, dass eine Parallellwertung in Bezug auf Verfahren innerhalb der Schweiz vorgenommen wird, sodass – sofern eine Eingabe im Schweizer Verfahren von Privaten erfolgen kann – dies auch im internationalen Kontext möglich sein muss (vgl. PHILIPP FISCHER/ALEXANDRE RICHA, «U.S. pretrial discovery on Swiss soil», in: Bibliothek zur ZSR, Beiheft 49, N 127, zur Begründung der Freiwilligkeit als Kriterium). Deshalb wird, unabhängig von der Freiwilligkeit, zu Recht einheitlich festgehalten, dass in sämtlichen Konstellationen nur Akten und Informationen herausgegeben werden können, über die frei verfügt werden kann (GAUTHEY/MARKUS, a.a.O., S. 396). Das ist bei «identifizierenden Informationen über Dritte», bzw. «nicht öffentlich zugänglichen identifizierenden Daten von Dritten» nicht der Fall (BSK StGB, 3. Aufl., MARKUS HUSMANN, Art. 271 StGB N 45), weil nur über die Amts- und Rechtshilfe prozessual die Geheimhaltungs- und Offenlegungspflichten abgewogen und der Spezialitätsgrundsatz gewährleistet werden können (BSK StGB, 3. Aufl., HUSMANN, Art. 271 StGB N 45, m.w.H.; GAUTHEY/MARKUS, a.a.O., S. 396). Aufgrund derselben ratio legis ergibt sich die weitere, logische Folge, dass solche straffreien Eingaben nur im eigenen Verfahren zulässig sind, da sonst die

Drittbetroffenen ihre Rechte nicht ausüben können (CR CP, FISCHER/RICHA, Art. 271 StGB N 25). Im Zweifelsfalle, insbesondere wo die verlangten Informationen Dritte betreffen oder in ausländischen Verfahren als Beweismittel dienen können – ist auf dem Wege der Amts- oder Rechtshilfe vorzugehen (BSK StGB, 3. Aufl., HUSMANN, Art. 271 StGB N 32).

Diese klare Abgrenzung, welche Dokumente von einem Privaten eingereicht werden dürfen und welche nicht, ergibt sich im Übrigen auch aus der Musterverfügung des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) vom 3. Juli 2013 (einsehbar unter <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/31820.pdf>), welche den Schweizer Banken ermöglicht, an freiwilligen Programmen mit dem Justizministerium der Vereinigten Staaten (Department of Justice; DOJ) teilzunehmen. In Ziff. 10 wird ausdrücklich festgehalten, dass Kundendaten lediglich im Rahmen eines Amtshilfeverfahrens übermittelt werden können. Die Musterverfügung des EFD vom 3. Juli 2013 ist zwar nicht auf die vorliegende spezifische Konstellation zugeschnitten bzw. in casu nicht direkt anwendbar. Sie ist aber trotzdem illustrativ für die Auslegung von Art. 271 StGB.

1.1.1.5 Aufgrund des geschützten Rechtsguts muss ein Binnenbezug bestehen. Die Tathandlung muss auf Schweizer Staatsgebiet ausgeführt werden, wobei es sich um ein Tätigkeitsdelikt handelt, sodass lediglich auf den Handlungsort abzustellen ist (GRAF, a.a.O., S. 172). Dabei genügt es, wenn nur ein Teil der Tat der strafbaren Handlung in der Schweiz vorgenommen wird (PC CP, 2017, FISCHER/RICHA, Art. 271 N 13). Die Strafbarkeit der Handlung lässt sich somit nicht dadurch vermeiden, dass der abschliessende Formalakt im Ausland vorgenommen wird. Nicht von Art. 271 StGB erfasst sind demnach nur jene Personen, welche amtliche Tathandlungen vollumfänglich im Ausland erbringen. Somit schützt alleine der Umstand, dass die letzte formelle Handlung auf ausländischem Gebiet erfolgt, obwohl dies zuweilen vermutet wird, nicht vor Strafe (GAUTHEY/MARKUS, a.a.O., S. 134, 382 f.; ebenso BSK StGB, 3. Aufl., HUSMANN, Art. 271 StGB N 64). Ebenso wenig tatbestandsausschliessend ist folgerichtig das Dazwischenschalten eines privaten Intermediärs (BSK StGB, 3. Aufl. 2013, HUSMANN, Art. 271 StGB N 64).

1.1.1.6 Aufgrund des klaren Wortlauts von Art. 271 StGB ist eine allfällige staatliche Bewilligung tatbestandsausschliessend. Mit einer solchen gestattet der Staat ausdrücklich Handlungen, welche die schweizerische Souveränität beeinträchtigen (BSK StGB, 4. Aufl. 2018, MARKUS HUSMANN, Art. 271 StGB N 78 f.).

1.1.2 Prüfung des objektiven Tatbestands im vorliegenden Fall

Gestützt auf die ausführlichen Aussagen des Beschuldigten, der vorliegend sämtliche zu beurteilenden Entscheide gefällt und verantwortet hat (BA pag.

13.01.0009, Ziff. 1-8) sowie auf die eingereichten und erhobenen Unterlagen, welche diese weitestgehend bestätigen, ergibt sich, wie nachfolgend ausgeführt wird, der zu subsumierende Sachverhalt.

1.1.2.1 *Kontext und Strategie der B. AG*

1.1.2.1.1 Im Rahmen der Steuerstreitigkeiten zwischen den USA und der Schweiz erkannte der Beschuldigte aufgrund der in diesem Kontext erfolgten Datenherausgaben der Schweizer Banken das Risiko, dass die US-Behörden auch auf Klienten der B. AG aufmerksam werden würden, da er wusste, dass bereits Daten seiner Bank C.-Klienten betroffen waren (TPF I pag. 7.930, Ziff. 17 ff.); gleichzeitig geriet auch die Hauptaktionärin der B. AG, die Bank D., als Bank selbst unter Druck. Diese verlangte von der B. AG, mit dem Justizministerium der Vereinigten Staaten (Department of Justice; DOJ) ein Non Prosecution Agreement (NPA) auszuhandeln (Untersuchungsbericht, BA pag. 15.01.0053, Ziff. 14). Die Bank D. schloss dann auch im Juli 2013 für sich ein solches NPA mit dem Staatsanwalt des Southern District of New York ab (BA pag. 05.00.0033, *I in fine*).

1.1.2.1.2 Aufgrund dieser Ausgangslage ordnete der Beschuldigte an, dass extern, durch die Anwaltskanzlei E., sämtliche Kundenbeziehungen der B. AG und deren massgeblichen Tochtergesellschaften, der F., G. und H. (BA pag. 05.00.0033, Exhibit A DOJ) auf entsprechende US-Indizien untersucht werden. Intern führte der Beschuldigte die Aufarbeitung mit einer Person, da es um Geheimhaltung ging und man grosses Aufsehen vermeiden wollte (BA pag. 12.01.0011, Ziff. 25 ff.). Für die Periode 2002-2012 ergab sich für 110 Kunden, dass sie «more likely than not tax compliant» (recte: «more likely than not *not* tax compliant»), d.h. wahrscheinlich nicht steuerkonform seien (BA pag. 12.01.0007, Ziff. 8-16). Gestützt darauf veranlasste der Beschuldigte im Oktober 2012 eine Selbstanzeige der B. AG. In dieser wurde der Sachverhalt anonymisiert dem DOJ zur Kenntnis gebracht (BA pag. 12.01.0007, Ziff. 19-29); definitionsgemäss wurden dabei keine Kunden- oder Bankenangaben offengelegt.

1.1.2.1.3 Im November 2012 schrieb die Kanzlei E. im Auftrag der B. AG, bzw. von deren Tochtergesellschaften, mit einem standardisierten Schreiben die betroffenen Kunden an. Es wurde darauf hingewiesen, dass die Aktionärin der B. AG, die Bank D., im Zusammenhang mit US-Steuerangelegenheiten rechtshilfweise zur Offenlegung von Kundeninformationen aufgefordert worden war. Dem Adressaten wurde versichert, dass er, sofern nicht bereits von der Bank D. direkt informiert, davon nicht betroffen sei. Weiter wurde jedoch dargelegt, dass aktuelle oder künftige Ersuchen bei der B. AG und Bankinstituten, mit denen sie zusammenarbeitet, nicht ausgeschlossen werden können

(BA pag. B07.02.001.0004 f.: «we cannot exclude the possibility of further treaty requests»). Damit verbunden war die Empfehlung, Rat einzuholen («encourage you to seek professional tax advice promptly»: siehe beispielsweise BA pag. B07.02.001.008). Gemäss dem Beschuldigten war damit beabsichtigt, den Klienten eine freiwillige Offenlegung im Rahmen einer «voluntary disclosure» bei der Bundessteuerbehörde der Vereinigten Staaten (Internal Revenue Service; IRS) nahezu legen (vgl. BA pag. 12.01.0008, Ziff. 1-3; BA pag. 12.01.0010, Ziff. 10-18; BA pag. 13.01.0006, Ziff. 10 ff.; vgl. dazu auch die Aussagen des Beschuldigten anlässlich der Einvernahme während der Berufungsverhandlung, auf Vorhalt von BA pag. B07.02.001.0004 f. und BA pag. 12.01.0010, Ziff. 10-18: CAR pag. 8.402.002, Rz 33-47 und CAR pag. 8.402.003, Rz 1-21). Diesem Schreiben war jedenfalls nicht zu entnehmen, dass die Kundenunterlagen allenfalls freiwillig bei den US-Behörden eingereicht werden. Im Gegenteil wurde auf Rechtshilfeersuchen verwiesen, was einen Klienten – der im Übrigen geltend macht, seine Situation bereinigt zu haben – dazu veranlasste, ausdrücklich um Rat zu ersuchen, «if and when the Bank in question would become subject of a Treaty Request» (BA pag. B07.02.0007). Gemäss Aussage des Beschuldigten während der Berufungsverhandlung hat dieser Klient jedoch keinen solchen Rat erhalten, bevor der Beschuldigte die Kundendaten herausgegeben hat (vgl. CAR pag. 8.402.004, Rz 24-27).

- 1.1.2.1.4 Am 19. November 2012 legten die Rechtsanwälte von E. anlässlich eines Treffens mit dem DOJ die Zwischenergebnisse der internen Untersuchung der B. AG dar und präsentierten mögliche weitere Vorgehen (TPF I pag. 7.521.014 - 045: Powerpoint-Präsentation). Angeboten wurde u.a. eine vollumfängliche Offenlegung der internen Untersuchung, die Identifikation der nicht steuerkonformen Kunden und der amerikanischen Intervenienten, welche Kommissionen erhalten hatten (TPF I pag. 7.521.034). Bezüglich der Herausgabe der Klientennamen wurden zwei «Cooperation Routes» aufgezeigt.

Die erste «Cooperation Route» bestand darin, dass gestützt auf ein internes «memorandum/legal opinion», welches aber in diesem Zeitpunkt noch nicht vorlag (CAR pag. 8.042.011, Ziff. 15-18), die Namen direkt durch die B. AG herausgegeben würden. Ausgenommen wären dabei jene Namen, welche ausschliesslich mit dem Fürstentum Liechtenstein und den Cayman Islands in Bezug stehen – wobei für diese Ausnahmen die entsprechenden staatlichen Ersuchen von der Anwaltskanzlei für das DOJ bereits vorbereitet worden waren.

Die zweite, alternative «Cooperation Route» sah die Herausgabe der Unterlagen über Rechts- und Amtshilfeersuchen des DOJ an sämtliche der betroffenen Länder vor, also auch betreffend die Schweizer Daten (TPF I pag. 7.521.041 f. und 7.521.008).

Während bei der zweiten Variante offengelegt wurde, dass unklar ist, wie viele Dateien rechts- oder amtshilfeweise erhältlich gemacht werden können, wurde bezüglich der ersten Variante für die B. AG das Risiko für «large economic and substantial damages» dargelegt. Gemäss Präsentation zog die B. AG, mithin der Beschuldigte selbst (CAR pag. 8.402.011, Ziff. 9 f.) die direkte Herausgabe vor, da damit die Angelegenheit schnell erledigt werden könne (TPF I pag. 7.521.041). Auf Vorhalt der Präsentation E./DOJ (TPF I pag. 7 521 014 ff.) bestätigte der Beschuldigte anlässlich der Einvernahme während der Berufungsverhandlung, diese gesehen und genehmigt zu haben (CAR pag. 8.402.010, Rz 2-12). Ihm war somit bereits in diesem Zeitpunkt durchaus bewusst, dass rechts- und amtshilfeweise nicht alle vom DOJ erwarteten Kundendaten herausgegeben würden. Die nachfolgende Umgehung des Rechts- und Amtshilfewegs machte damit gerade Sinn.

1.1.2.1.5 Im Dezember 2012 wurden statistische Daten eingereicht und das DOJ wies die B. AG an, keine weiteren Informationen mehr an die Klienten zu versenden (sog. Tipping-off). Im Januar 2013 wurde der Beschuldigte – unter Gewährung des freien Geleits – in den USA einvernommen. Im Frühjahr 2013 wurde die Frage thematisiert, wie und in welchem Umfang die konkreten Kundendaten an die US-Behörden geliefert werden könnten. Gemäss seiner Aussage hatte der Beschuldigte dann seine Anwaltskanzlei damit beauftragt, für die Cayman Islands, das Fürstentum Liechtenstein und die Schweiz Amtshilfegesuche vorzubereiten; das DOJ habe diesen Weg jedoch abgelehnt (BA pag. 12.01.0008, Ziff. 24-26). Das DOJ gab sich mit Rechts- bzw. Amtshilfe nicht zufrieden, weil nur die unter «fraud and the like» fallenden Dossiers, nicht aber jene der «gewöhnlichen» Steuerhinterzieher relativ kurzfristig für die US-Behörden erhältlich gewesen wären (Stellungnahme B. AG, BA pag. 15.01.0097). Sie seien dann wie der Esel am Berg gestanden, sagte der Beschuldigte sodann aus, weshalb er als Lösung ein zweites Gutachten in Auftrag gegeben habe (BA pag. 12.01.0008, Ziff. 26 ff.). Wie oben ausgeführt wurde, war dem Beschuldigten indes schon zuvor bewusst gewesen, dass rechts- und amtshilfeweise nicht alle vom DOJ erwarteten Kundendaten herausgegeben würden (vgl. E. II. 1.1.2.1.4 *in fine*).

1.1.2.1.6 Aus den eingereichten Unterlagen ergibt sich, dass nach eingehenden Diskussionen – wobei der Zeitfaktor und die rechtlichen Konsequenzen berücksichtigt wurden – das DOJ seine Präferenz für ein freiwilliges Einreichen der

Daten ausdrückte (vgl. Eingabe des amerikanischen Rechtsanwalts der B. AG; TPF I pag. 7.521.008). Dabei habe das DOJ klar festgehalten, dass weder die Staatsanwälte noch die Vertreter des IRS gewillt waren, diese Daten ohne Garantie, dass damit kein Schweizer Recht verletzt würde, entgegenzunehmen (TPF I pag. 7.521.008; vgl. TPF I 7.521.049: «... the issue regarding section 271 needs to be discussed and resolved»). Deshalb stellten die amerikanischen Rechtsanwälte der B. AG dem DOJ das zweite Gutachten in Aussicht (TPF I pag. 7.521.047).

Während der Einvernahme anlässlich der ersten erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 26. April 2018 wurde der Beschuldigte gefragt, was dann die Überlegungen gewesen seien, die dazu geführt hätten, dass sie ein weiteres Gutachten in Auftrag gegeben hätten. Der Beschuldigte antwortete, es seien zwei Überlegungen gewesen. Einerseits sei er der Ansicht gewesen, dass das E.-Gutachten nicht ein absolut unabhängiges Gutachten sei, weil E. ihn in dieser Angelegenheit begleitet und beraten habe. Die andere Seite sei gewesen, dass die Amerikaner im Herbst 2013 gesagt hätten: «Ja, ist das wirklich vertretbar mit dem Schweizer Recht?» Worauf sie dieses Gutachten erhalten hätten. Die Antwort sei genau dieselbe, wie er sie vorher gegeben habe: Sei das ein unabhängiges Gutachten von E., oder ob sie in der Lage seien, durch einen unabhängigen Dritten eine zweite Opinion zu erstellen? Worauf er gesagt habe, das würden sie machen, man finde einen, es gebe kein Gefälligkeitsgutachten. Prof. I. habe mit ihm gar nichts am Hals. Er habe gewusst, dass er über die Problematik Bescheid wisse. Einerseits aufgrund seiner damaligen Position als Präsident der EBK und auch aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit. Und er habe ihm das zweite Gutachten in Auftrag gegeben (vgl. TPF I pag. 7.930.012, Rz 16-30; bzw. CAR pag. 8.402.090, Rz 16-30).

In der Einvernahme während der Berufungsverhandlung wurde der Beschuldigte gefragt, ob es richtig sei, dass das DOJ daran zweifelte, dass die Herausgabe der Unterlagen nach Schweizer Recht zulässig ist. Der Beschuldigte antwortete zusammengefasst wie folgt: Nein. Das DOJ habe im September 2012 die Frage aufgebracht, ob das J.-Gutachten ein unabhängiges Gutachten sei, aufgrund der Tatsache, dass E. sie in diesem Verfahren vertreten habe. Daraus sei zu Beginn von Oktober 2012 das Erfordernis entstanden, ein zweites Gutachten zu erstellen. Das zweite Gutachten sei nicht erstellt worden, weil er irgendwelche Zweifel an seinem Tun gehabt habe, sondern aufgrund der Äusserung des DOJ in Washington. Das sei der Hintergrund (vgl. CAR pag. 8.402.008, Rz 7-17).

- 1.1.2.1.7 Die beiden Parteigutachten, welche das Bundesgericht eingehend analysiert hat, gelangen – aufgrund unterschiedlicher Argumentationen – zum Schluss, dass eine Herausgabe grundsätzlich keine Strafbarkeit auslöse:
- 1.1.2.1.7.1 Beim ersten Gutachten (BA pag. 15.01.0005 ff.) wird bezüglich der Nicht-Anwendung von Art. 271 StGB insbesondere mit dem Aspekt der Informationsbeschaffung, der Freiwilligkeit der Herausgabe, aber auch der möglichen Beseitigung des Strafrestrisikos durch das Einholen einer Bewilligung argumentiert (BA pag. 15.01.0005 ff. Ziff. 4.2.3.27 f.).
- 1.1.2.1.7.2 Das Gutachten von Prof. I. (BA pag. 15.01.0022 ff.) hält eine Anwendbarkeit von Art. 271 StGB nicht für ausgeschlossen, unterlässt aber eine weitergehende Vertiefung der Frage, da die Herausgabe der Daten auf jeden Fall durch eine Notstandssituation gerechtfertigt sei, weil die B. AG eine allfällige, im ordentlichen Verfahren ergehende Busse finanziell nicht verkraften könne.
- 1.1.2.2 *Zusammenstellung und Einreichung der Daten*
- 1.1.2.2.1 In der Folge wurden auf einem USB-Stick in 105 pdf-files sämtliche Dokumente der 109 betroffenen Kunden abgespeichert (vgl. auch BA pag. 07.02.0005 ff.). Diese waren zuvor von den Cayman Islands, dem Fürstentum Liechtenstein und der Schweiz zusammengetragen worden und waren auch in der Schweiz auf Servern abgelegt (TPF I pag. 7.930.006; Plädoyer: TPF II pag. 8.721.027, Ziff. 30). Damit wurden auch jene Daten, welche gemäss Präsentation über die Rechtshilfe in den Cayman Islands und im Fürstentum Liechtenstein hätten erhältlich gemacht werden sollen, von der B. AG privat – ohne staatliches Ersuchen – zusammengestellt (vgl. CAR pag. 8.402.010 Ziff.14-23). Gemäss der Auswertung der Berufungskammer befanden sich die zusammengestellten schweizerischen Bankunterlagen aufgrund der vertraglichen Verpflichtungen im Falle von 117 Konten ausschliesslich in der Schweiz, im Falle von 155 Konten auch in der Schweiz und im Falle von 35 Konten nicht in der Schweiz (CAR pag. 8.402.131 ff., insb. 145 f.). Dabei wurden betreffend Kunden, welche nachweisbar bereits individuell beim Fiskus ein Offenlegungsverfahren ausgelöst hatten, sog. «reduced files» eingegeben (BA pag. 07.02.0030). Bei den übrigen Klienten wurde das sog. «full file» eingereicht, was bedeutet, dass zusätzlich die gesamten Bankunterlagen beigelegt wurden. Gemäss der Liste (Eingabe B. AG, BA pag. 07.02.0005 sowie BA pag. B07.02.001.0001 ff.) wurden 47 «reduced» und 62 «full files» eingereicht. Dabei ist festzustellen, dass zum Teil auch bei Kunden, welche die Vermögenswerte gegenüber dem IRS offengelegt hatten, ein «full file» eingereicht wurde, womit die Aussage des Beschuldigten, der von ca. 80 Klienten mit eigener Offenlegung sprach, im Einklang steht (BA pag. 12.01.009, Ziff. 1-15). Dies gilt auch für die Antwort der B. AG im aufsichtsrechtlichen Verfahren, wonach

lediglich 31 Klienten nicht mit den Behörden kooperiert haben, weshalb sie den Schutz nicht verdienen würden (BA pag. 15.01.100, N 15.2; CAR pag. 8.402.019, Ziff.10-18).

- 1.1.2.2.2 Es wurden Daten von sämtlichen gemäss interner Untersuchung als «more likely» identifizierten Kunden eingereicht, somit auch von jenen, welche ursprünglich über das Fürstentum Liechtenstein und die Cayman Islands hätten erhältlich gemacht werden sollen (CAR pag. 8.402.012, Rz 32-35). Dabei sind aufgrund des Geschäftsmodells sowie der sich daraus ergebenden Geschäftsverbindung zwei Kategorien zu unterscheiden. Einerseits die direkten Kunden der B. AG und andererseits jene, welche mit ausländischen Tochtergesellschaften beispielsweise Lebensversicherungen abgeschlossen hatten, deren Kapitalleistungen dann von der B. AG verwaltet wurden. Für letztere hatte die B. AG ursprünglich Siegelung beantragt und geltend gemacht, dass die Schweizer Behörden nicht zuständig seien (BA pag. 07.02.0005 ff.). Im Ergebnis wurden in der Folge sämtliche Daten der BA herausgegeben (BA pag. 07.02.0021).
- 1.1.2.2.2.1 Aus den direkten Kundenverträgen mit der B. AG ergibt sich, dass als Gerichtsstand Zürich vereinbart wurde. In gewissen Verträgen wurde eine ausdrückliche Klausel aufgeführt bezüglich «Secrecy and Disclosure of Information» (vgl. beispielsweise File 5, K.; gespeichert auf USB-Stick BA 07.02.0013). Darin wird festgehalten, dass die B. AG eine Schweigepflicht habe, welche jedoch gegenüber der Meldestelle für Geldwäscherei (Money Laundering Report Office Switzerland; MROS), den Schweizer Behörden oder in gerichtlichen Verfahren nicht gelte. Für die Bankkorrespondenz wurde in der Regel *banklagernd* mit einer Kopie zu Gunsten der B. AG in Zürich oder Genf vereinbart. Der Beschuldigte hat bestätigt, dass es sich um Standard AGB-handelt, welche bei allen Vermögensverwaltungen durch die B. AG gelten (CAR pag. 8.402.016, Rz 29 ff.).
- 1.1.2.2.2.2 Aus den Vertragsverhältnissen der G., bei welchen eine Vermögensverwaltung der Deckungskonten durch die B. AG vereinbart wurde, ergibt sich, dass die Bankauszüge in der Regel den Mitarbeitern der B. AG in Zürich oder Genf zur Verfügung gestellt wurden (vgl. beispielsweise File 1, L.; File 43, M.; File 42, N.; je gespeichert auf USB-Stick BA 07.02.0014, File 41). Gemäss den Unterlagen, waren die AGB der B. AG jeweils auch ein Bestandteil des Vertrags, was der Beschuldigte bestätigte (CAR pag. 8.402.018, Ziff. 8-16).
- 1.1.2.2.3 Beispiele für full / reduced files bzw. deren wesentlichen Inhalt

1.1.2.2.3.1 «full files»:

- B. AG-Kunde O. (Inaktiv seit 2006); 533 Seiten Dossier; Deckblatt: mit persönlichen Angaben und Hinweis, ob bereits in einem IRS-Program; Kundenblatt mit Anlageprofil, woraus sich die Herkunft der Gelder, die Bankverbindung sowie Anlagestrategie(n) ergeben. A-Deklaration bei F., inkl. Ausweispapiere; KYC (Know Your Customer; Legitimationsprüfung von bestimmten Neukunden zur Verhinderung von Geldwäsche) der Bank P.; jeweils auch alte Versionen; Kontenauszüge; Bankaufträge; Korrespondenz im Zusammenhang mit Erbgang (USB-Stick BA 07.02.0013, File 2).
- G.-Kunde Q. (inaktiv seit 2008); 682 Seiten Dossier; KYC erstellt in Zürich und vom Beschuldigten gegengelesen; Antrag auf Versicherungsvertrag mit G., unterzeichnet in Zürich; Bankunterlagen Bank D. für externe Vermögensverwalter; Unterlagen zur Person und ihrem Geschäft; Versicherungsvertrag G.; Kontoauszüge der Bank D. Zürich, adressiert an die B. AG Zürich (USB-Stick BA 07.02.0014, File 29).

1.1.2.2.3.2 «reduced files»:

- B. AG (lediglich Files 70 und 109): beispielsweise R. (inaktiv seit 2010): Hinweis auf Offenlegung; KYC B. AG; Vermögensverwaltungsauftrag zu Gunsten der B. AG; KYC und Kundeneröffnungsunterlagen der Bank S. und Bank P.; Auftrag für banklagernd und Kopie an B. AG; Kundenvertrag und Bankeröffnungsunterlagen (USB-Stick BA 07.02.0013, File 70).
- G.: beispielsweise T. (inaktiv seit 2012; 216 Seiten): Hinweis auf Teilnahme am Offenlegungsprogramm; MEMO KYC erstellt in Zürich; Stiftungsunterlagen; KYC structure chart für Bank AA.-Konto und KYC für die Stiftung erstellt vom Beschuldigten; Versicherungsunterlagen; Konteneröffnungsunterlagen Bank BB.; Kopien der Unterlagen jeweils auch an B. AG in Zürich (USB-Stick BA 07.02.0014, File 41).

1.1.2.2.3.3 Insofern ist somit jedenfalls festzuhalten: Es handelt sich um identifizierende Daten aus dem Geheimbereich III; für Steuerverfahren liegen in allen vier Konstellationen genügend aus der Schweiz stammende Informationen vor. Dies ergibt sich auch aus einer detaillierten Auswertung durch die Berufungskammer, welche dem Beschuldigten vorgelegt wurde, wonach bei 32 Kunden die Bankunterlagen gemäss Anweisung ausschliesslich in der Schweiz zu lagern waren, und bei 74 jedenfalls auch in der Schweiz. Lediglich bei 3 Kunden

waren die Bankunterlagen ausschliesslich im Ausland zu lagern (CAR pag. 8.402.145 f.).

- 1.1.2.2.4 In der Folge flog der Beschuldigte am 21. November 2013 nach New York und überbrachte den USB-Stick persönlich seinen amerikanischen Anwälten mit dem Auftrag der Einreichung beim DOJ (BA pag. 12.01.0009, Ziff. 24-29). Die Übergabe bestätigte er unmittelbar danach per Mail (TPF I pag. 7.521.060). Diese Vorgehensweise wird von den Rechtsanwälten in einer Stellungnahme bestätigt, mit der Präzisierung, dass die beiden USB-Sticks der Anwaltskanzlei in New York übergeben, von dieser an das Büro in Washington weitergeleitet und dann am 6. Dezember 2013 dem DOJ überreicht wurden («hand delivered», TPF I pag. 7 521 009).
- 1.1.2.2.5 Im Mai 2014 wurde, nach Verhandlungen zwischen den amerikanischen Anwälten und dem DOJ, ein NPA unterzeichnet (BA pag. 05.00.0026). Das darauf basierende *restitution payment* von USD 3'500'000.-- wurde vom Richter genehmigt (BA pag. 05.00.0014 - 0024). Aus den Gerichtsunterlagen ergibt sich, dass die B. AG als Gruppe beurteilt wurde und dass die Selbstanzeige, die ausserordentliche Zusammenarbeit und die freiwillige Anpassung des Geschäfts ausschlaggebend für die Nichtverfolgung der B. AG und der drei Tochtergesellschaften waren. Gemäss dem Beschuldigten hatte die B. AG mit diesen Geschäften in den Jahren 2002 bis 2012 brutto ca. 15 Millionen verdient (CAR pag. 8.402.019, Ziff. 37 ff.).
- 1.1.2.2.6 Aus dem Statement of Facts, welches dem NPA zu Grunde gelegt wurde (BA pag. 05.00.0033 ff.), ergibt sich – übereinstimmend mit den Aussagen des Beschuldigten – das steuerrelevante Geschäftsmodell:
 - 1.1.2.2.6.1 Die B. AG war im Zeitpunkt der Geschehnisse nicht nur das Unternehmen der Gruppe, welches die Vermögensverwaltung anbot, sondern gleichzeitig auch die Muttergesellschaft der G. auf den Cayman Islands und der H. im Fürstentum Liechtenstein (vgl. Aussagen des Beschuldigten BA pag. 13.01.005 Rz 28 ff. mit Verweis auf BA pag. 13.01.0024, BA pag. 13.01.0011 Rz 4 f., TPF I pag. 7.930.002 Rz 31 ff., TPF I pag. 7.930.004 Rz 43 f., TPF I pag. 7.930.005 Rz 1 ff. und 11 ff.; vgl. auch die Präsentation E., TPF I pag. 7.521 045 und 017-019).
 - 1.1.2.2.6.2 Den US-Steuersubjekten wurden nebst der Vermögensverwaltung auch Möglichkeiten der Verdunkelung angeboten, entweder durch Dazwischenschalten von «sham foundations» oder «sham entities» oder aber durch die Abschlüsse von Lebensversicherungen, deren (Deckungs-)Konten von der B. AG oder einer

anderen Vermögensverwalterin verwaltet wurden (BA pag. 13.01.0007, Ziff. 13 ff.).

1.1.3 Subsumtion

1.1.3.1 Das erstinstanzliche Gericht hat bezüglich der Zusammenstellung der Dateien verbindlich entschieden, dass diese nicht bereits mit Eventualvorsatz im Hinblick auf die Übergabe an die amerikanischen Behörden erfolgte (oben E. I. 3.11.6; vgl. dazu immerhin die Präsentation der B. AG, TPF I pag. 7.521.041). Daran ist das Berufungsgericht gebunden. Zu beurteilen ist somit lediglich die Herausgabe der zusammengestellten Kunden-Dateien an die amerikanischen Behörden.

1.1.3.2 Die übergebenen Dateien enthalten ausschliesslich Unterlagen betreffend Kunden der B. AG-Gruppe, welche potenziell steuerrechtlich relevant sind; die PDF-Dateien wurden bewusst unter diesem Fokus zusammengestellt. Es handelt sich klarerweise um identifizierende Unterlagen, welche Dritte betreffen, über welche die B. AG auch im innerstaatlichen Bereich im Rahmen eines Verfahrens nicht hätte frei verfügen können. Dies gilt insbesondere für die Bankunterlagen der Kunden, welche von der B. AG im Rahmen der vertraglichen Beziehung erhältlich gemacht wurden. Diese wurden der B. AG als Vermögensverwalterin originär in der Schweiz von den Banken in Kopie zur Verfügung gestellt. Die Bankunterlagen waren, wie die entsprechenden Vermögenswerte, der B. AG lediglich und unter klaren Vertragsbedingungen anvertraut. Es handelte sich mithin nicht um die Herausgabe eigener Unterlagen, welche in der Doktrin häufig als zulässig erachtet wird. Auch beinhaltete die Übergabe an die US-Behörden das Risiko von Steuer(straf-)verfahren für die Klienten. Damit ist im Ergebnis auch das zweite Kriterium, das von der entsprechenden Doktrin für eine straffreie Herausgabe von Daten gefordert wird – die ausschliessliche Verwendung im eigenen Verfahren – nicht erfüllt.

Die Herausgabe erfüllt somit das Tatbestandselement der Vornahme von Handlungen, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen (Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB).

1.1.3.3 Daran ändert auch der geltend gemachte Umstand nichts, dass die US-Behörden angeblich bereits weitgehend über die Informationen verfügt haben sollen (TPF II pag. 8.731.005, Ziff. 39 ff.). Mit Sicherheit verfügten sie nicht über sämtliche Namen der Betroffenen und auch nicht über sämtliche Informationen, sodass die US-Behörden jedenfalls ein Ersuchen hätten stellen müssen (vgl. dazu die Ausführungen oben, E. II. 1.1.2.1.4 - 1.1.2.1.6, bezüglich Rechts- und Amtshilfeersuchen bzw. «preferred solution» des DOJ). Diese

Einschätzung wird zusätzlich dadurch untermauert, dass das DOJ den Beitrag der B. AG als «extraordinary» qualifiziert hat (BA pag. 05.00.0036 f.).

In einer solchen Konstellation hätten die Schweizer Behörden somit entscheiden können, welche Unterlagen mit welchen Auflagen, insbesondere dem Spezialitätsvorbehalt, an die US-Behörden übergeben werden. Auch hätten die betroffenen Klienten prozessuale Rechte erhalten. Das DOJ war sich bewusst, dass im Rahmen eines Ersuchens das Risiko bestand, dass nur die unter «fraud and the like» fallenden Dossiers, nicht aber jene der «gewöhnlichen» Steuerhinterzieher relativ kurzfristig für die US-Behörden erhältlich gewesen wären (Stellungnahme der B. AG, BA pag. 15.01.0097). Daraus ergibt sich auch, dass die Handlung im Interesse der ausländischen Behörde erfolgte, welche diese im NPA honorierte, insofern der Beitrag der B. AG – wie bereits erwähnt – als «extraordinary» qualifiziert wurde (BA pag. 05.00.0036 f.).

Damit ist auch das Tatbestandselement der Handlungen «für einen fremden Staat» (Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) erfüllt.

1.1.3.4 Mit der Einreichung der Dateien und der damit verbundenen Umgehung der Amtshilfe hat der Beschuldigte im Ergebnis eine den schweizerischen Behörden vorbehaltene Rechtshilfe- bzw. Amtshandlung vollzogen. Diese erfolgte zu Gunsten einer ausländischen Behörde. Der Reiseantritt in der Schweiz erfolgte mit dem Ziel der Übergabe der Dateien an die US-Behörden, womit die Tathandlung als Gesamtes auch den notwendigen Binnenbezug (auf schweizerischem Gebiet) aufweist. Der Beschuldigte handelte zudem ohne staatliche Bewilligung (vgl. dazu und zur Frage einer allfälligen Einwilligung unten, E. 1.1.3.5.2 und E. 1.1.3.5.3).

1.1.3.5 *Argumente des Beschuldigten*

1.1.3.5.1 Der Beschuldigte macht, wie bereits gegenüber der Vorinstanz (TPF I pag. 7.521.004; TPF II pag. 8.721.019 ff., Ziff. 9-36), geltend, die *Dateien seien bestimmungsgemäss auch im Ausland* (Fürstentum Liechtenstein) *vorhanden und damit erhältlich gewesen*; es liege daher keine Umgehung der schweizerischen Rechts- bzw. Amtshilfe vor (vgl. CAR pag. 8.300.006 ff., N 16 ff.). Dabei bezieht er sich insbesondere auf die Lehrmeinung von GRAF (a.a.O., S. 169 ff.). Aus den nachfolgenden rechtlichen Überlegungen kann offenbleiben, ob sämtliche Dateien im Ausland erhältlich gewesen wären – was aufgrund der Notwendigkeit, die Daten vorgängig zusammenzutragen, bereits fraglich ist.

1.1.3.5.1.1 Die bezüglich der Herausgabe zitierte Lehrmeinung bezieht sich primär und grundsätzlich auf die Konstellation, in welcher die Daten aus dem Ausland

geliefert werden (vgl. GRAF, a.a.O., S. 179, Ziff. 3.2: «Verlagerung der gesamten Handlung» ins Ausland). Gerade dies war vorliegend jedoch nicht der Fall, da die Daten in der Schweiz zusammengestellt und dann von dort auch an das DOJ ausgehändigt wurden.

1.1.3.5.1.2 Die Gleichstellung dieser Konstellation (vgl. TPF I pag. 7.925.041, N 51 *in fine*; CAR pag. 8.300.007 ff., N 20 ff.) – welche in der Lehrmeinung im Übrigen allgemein und ohne Grundangabe erfolgt (GRAF, a.a.O., S. 179 Ziff. 3.2) – mit der alternativen Lieferung aus der Schweiz verkennt im vorliegenden Fall entscheidend, dass eine Datenlieferung aus den anderen beiden betroffenen Rechtsordnungen (Fürstentum Liechtenstein und Cayman Islands) ohne Ersuchen der Behörden nicht möglich gewesen wäre. Dies ergibt sich aus den eingereichten Unterlagen zur Anpassung des Steueramtshilfegesetzes, wonach im Fürstentum Liechtenstein bei der Herausgabe von Bankendateien neu auch nicht namentlich genannte Steuerpflichtige in sogenannten Gruppensuchen zulässig sind (TPF II pag. 8.721.001 ff.; 007), sowie auch aus der Präsentation der B. AG bei den US-Behörden, wonach solche Ersuchen für die beiden Jurisdiktionen bereits vorbereitet worden waren (TPF I pag. 7.521.041 f.). Auch diese Unterlagen wurden in der Folge ohne Amts- oder Rechtshilfeersuchen dem DOJ ausgehändigt (CAR pag. 8.402.010, Ziff. 21-23).

1.1.3.5.1.3 Gerade die zu beurteilende Konstellation illustriert somit, dass die zitierte Lehrmeinung, welche bei Vorliegen der Daten in zwei Staaten den Schluss der straffreien alternativen Eingabemöglichkeit zieht, dies nicht bis in die letzte Konsequenz analysiert hat.

- Ist zur Übermittlung der Akten in jedem Land Rechts- oder Amtshilfe notwendig – was der Regelfall ist – würde die vorgeschlagene Lösung im Ergebnis dazu führen, dass Akten immer aus einem der betroffenen Staaten unter Umgehung sämtlicher anwendbarer Regeln herausgegeben werden können.
- Gerade in der heutigen Zeit der weltweiten Datenlagerung würde damit jeglicher durch die Rechts- und Amtshilfegesetze sichergestellte Rechtsschutz der Individuen der Privatautonomie überlassen.

1.1.3.5.1.4 Nicht relevant ist sodann die Bezugnahme auf die Rechtsauskunft des Bundesamts für Justiz (BJ) in einem angeblich vergleichbaren Fall (TPF I pag. 7.925.001). Es ergibt sich der entscheidende Unterschied, dass sich die Dateien in jenem Fall bereits in den USA befanden, mithin im Hoheitsgebiet der Behörde, an welche die Daten nach der Analyse in der Schweiz ausgehändigt

werden sollten. Ebensovienig heranziehen kann man sodann die Verfügung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) bzw. des Bundesamts für Justiz (BJ) (VPB 2016 Nr. 3, pag. 32 ff.; zitiert in GRAF, a.a.O., S. 181 f. bzw. Fn 108), da es einerseits um die Herausgabe von gruppeninternen Informationen ging, die «Dritten» Gruppengesellschaften waren und zudem eine Einigung im englischen Verfahren der Parteien stattfand, welche die Verwendung in anderen Verfahren verhinderte. Wie dargelegt, trifft dies in der vorliegenden Konstellation in zweifacher Hinsicht nicht zu: Bei den Dritten handelte es sich einerseits um Klienten, und andererseits war die Verwendung der sie betreffenden Dokumente in ihren Steuerverfahren als realistisch einzustufen (vgl. oben insbes. E. II. 1.1.2.1.1 ff., 1.1.2.2.3.3, 1.1.3.2 f.). Diesbezüglich hält die Lehre (CR CP, FISCHER/RICHA, Art. 271 StGB N 25) zu Recht fest, dass Eingaben in eigenen Verfahren, nicht jedoch in jenen von Dritten zulässig sind.

- 1.1.3.5.1.5 Die im Übrigen angeführten Lehrmeinungen beziehen sich auf die Beweiserhebung (ROSENTHAL/JÖHRI, Handkommentar DSG, Art. 271 StGB N 35: «... im Rahmen der konkreten Beweiserhebung im Ausland darauf zugegriffen werden kann»), und die Ausführungen stehen zudem im Kontext der Frage der territorialen Anwendbarkeit des StGB (ROSENTHAL/JÖHRI, a.a.O., Art. 271 StGB N 35 i.V.m. 36 – gl. M. PK StGB, 3. Aufl. 2018, TRECHSEL/VEST, Art. 271 StGB N 3). Diese Lehrmeinung ist somit im vorliegenden Kontext unbehilflich, wurde doch die Datensammlung als solche nicht geahndet (vgl. oben E. II. 1.1.3.1) und es besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen der Datensammlung, bei welcher die Information jeweils in ein- und demselben Geheimnisbereich verbleibt, und der Herausgabe, welche diesem Schutz(bereich) ein Ende setzt (vgl. PIETH, Wirtschaftsstrafrecht, 270).
- 1.1.3.5.1.6 Ebensovienig begründet die Lehrmeinung von FISCHER/RICHA, (a.a.O. [oben, E. II. 1.1.1.4], N 128, 176) ein anderes Ergebnis. Zunächst halten die Autoren bereits selbst fest, dass die Person vorsichtig sein sollte bezüglich allfälliger Drittinteressen und deren Schutz, und weisen im Rahmen einer zivilrechtlich ausgelegten Publikation zudem auf wesentliche Unterschiede zwischen Zivil- und Strafverfahren hin (FISCHER/RICHA, a.a.O. [oben, E. II. 1.1.1.4], N 140). Dieselben Autoren halten denn auch in einem späteren Kommentarwerk fest, dass die Eingabe in eigenen, jedoch nicht in Drittverfahren zulässig ist (CR CP, FISCHER/RICHA, Art. 271 StGB N 25).
- 1.1.3.5.2 Bezugnehmend auf die Lehrmeinungen, welche eine solche Unterscheidung vornehmen, bringt der Beschuldigte subsidiär vor, aufgrund der Freiwilligkeit der Eingabe entfalle die Strafbarkeit, wobei bezüglich der drittidentifizierenden Daten eine Einwilligung der Betroffenen geltend gemacht wird (TPF I pag.

7.925.030, Ziff. 12-16 und Ziff. 54-66; TPF II pag. 8.721.028 ff., Ziff. 37 und 48; CAR pag. 8.300.012 ff., N 36 ff.).

- 1.1.3.5.2.1 Die Freiwilligkeit der Eingabe wird vom DOJ bestätigt (TPF I pag. 7.925.031 f.). Aufgrund der Anklageschrift (TPF I pag. 7.100.002, Ziff. 1) muss offenbleiben, ob bei einer Eingabe im Rahmen einer Verhandlung für ein NPA noch von Freiwilligkeit die Rede sein kann, bzw. das Kriterium der Freiwilligkeit in einer solchen Situation einer kritischen Würdigung standhalten würde (vgl. BA pag. 15.01.0096: Eingabe der B. AG bezüglich der Folgen einer Verweigerung der Datenübergabe; kritisch zur Unterscheidung: GRAF, a.a.O., S. 183, Ziff. 3.4 *in fine*). Dies nicht zuletzt auch aufgrund der klaren Aussagen des Beschuldigten, der mehrfach auf die Konsequenzen bei einer Nichteingabe («obstruction of justice» / «constraint») hingewiesen hat (CAR pag. 8.402.006, Rz 29-34 sowie 009, Rz 5-10).
- 1.1.3.5.2.2 Die Frage der Freiwilligkeit in solchen Kontexten bedarf vorliegend auch deshalb keiner Antwort, da selbst Lehrmeinungen, welche die Freiwilligkeit als tatbestandsausschliessendes Kriterium anwenden wollen, dies auf Konstellationen beschränken, in welchen keine Drittdaten herausgegeben werden (vgl. oben E. II. 1.1.1.4). Die Kritik, wonach die inhaltliche Unterscheidung zwischen eigenen und Drittdaten nicht nachvollzogen werden könne, da auch das Rechtshilferecht keine Unterscheidung vornehme (TPF I pag. 7.925.046, mit Verweis auf GRAF, a.a.O., S. 184) verkennt gerade im vorliegenden Kontext den Spezialitätsvorbehalt und die Rechtsprechung zur Beschwerdeberechtigung in Rechtshilfeverfahren (vgl. BSK StGB, 3. Aufl. 2013, HUSMANN, Art. 271 StGB N 32; oben E. II. 1.1.1.4).
- 1.1.3.5.2.3 Die Herausgabe von eigenen Daten, an welchen nur eigene Interessen bestehen, bedarf grundsätzlich keines besonderen Rechtsschutzes, da beispielsweise im Falle einer Rechtshilfe gemäss Art. 80c des Bundesgesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz, IRSG; SR 351.1) eine Einwilligung der einzig Berechtigten die Herausgabe ermöglichen würde. Dies ist aber gerade nicht der Fall, wenn Dritte auf die Rechtsstaatlichkeit der Schweiz vertrauen dürfen. Entsprechend setzt, entgegen der Ansicht des Beschuldigten (TPF I pag. 7.925.042 ff., Ziff. 56 ff.) die Lehre zu Recht eine Grenze, wo es um die Einreichung von Drittdaten geht: d.h. im Zweifelsfalle insbesondere da, wo die verlangten Informationen Dritte betreffen bzw. Unterlagen, welche in einem parallelen oder anschliessenden Verfahren (unter Umgehung der internationalen Rechtshilfe) als belastendes Material verwendet werden können, was vorliegend evidentermassen die Zielsetzung war.

1.1.3.5.2.4 Der Beschuldigte macht geltend, die Dritten, d.h. die Kunden, hätten konkludent in die Herausgabe eingewilligt (TPF pag. 7.925.048, Ziff. 76 f.). Dabei stützt er sich auf eine Doktrinmeinung bezüglich der Herausgabe von Mitarbeitervereinbarungen (CLAUDIA M. FRITSCHÉ, *Interne Untersuchungen in der Schweiz: ein Handbuch für regulierte Finanzinstitute und andere Unternehmen*, 2013, S. 243 f.), während er sich bezüglich des Falles von «Waiver» auf eine Lehrmeinung von Husmann beruft (BSK StGB, 4. Aufl. 2018, MARKUS HUSMANN, Art. 271 StGB N 45 *in fine*).

- Das Strafrecht hat für die Einwilligung klare Regeln entwickelt. Diese sind – selbst wenn man, wie es der Beschuldigte offenbar implizit macht, von einem tatbestandausschliessenden Merkmal ausgeht (vgl. CAR pag. 8.300.014 ff., N 42 ff.) – anzuwenden; wenn nicht direkt, so zumindest analog. Die Einwilligung kann nur bei Straftaten erfolgen, welche ausschliesslich individuelle Rechtsgüter schützen (BSK StGB, 4. Aufl. 2018, MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CAROLA GÖHLICH, vor Art. 14 StGB, N 24). Der Einwilligende muss die Tragweite seines angesichts der tatbestandsmässigen Handlung erklärten Verzichts kennen und dieser muss frei von Willensmängeln sein. Dies bedingt eine umfassende Aufklärung. Der Unrechtsausschluss reicht sodann jeweils nur soweit, als die Einwilligung erfolgte (BGE 100 IV 155 E 4; NIGGLI/GÖHLICH, a.a.O., vor Art. 14 StGB, N 40). Somit ergibt sich, dass, selbst wenn man trotz des geschützten nicht individuellen Rechtsguts, von der Möglichkeit einer rechtfertigenden Einwilligung ausgehen würde – wofür die Doktrin gute Gründe anführt (vgl. dazu auch oben E. II.1.1.1.1 *in fine*) – diese offensichtlich und aus mehreren Gründen nicht vorliegt.
- Eine solche Einwilligung kann bereits grundsätzlich, aufgrund der involvierten Interessen, nicht implizit erfolgen («waiver»), dies auch aufgrund der Analogie mit den Regeln der Rechtshilfe. Aber selbst wenn eine solche zulässig wäre, lässt der Text des Briefs an die betroffenen Kunden (vgl. oben, E. II. 1.1.2.1.3) bei Stillschweigen keinen solchen Schluss zu. Im Gegenteil darf ein objektiver Leser darauf vertrauen, dass eine Herausgabe seiner Kundendaten gegebenenfalls im Rahmen der erwähnten, möglichen Rechts- und Amtshilfeersuchen erfolgen würde, verbunden mit der Anwendung der diesbezüglichen Rechtsnormen. Eine implizite Einwilligung hätte somit bestenfalls eine auf die Duldung der Rechtshilfe beschränkte Wirkung.

- Aus den Aussagen des Beschuldigten (vgl. CAR pag. 8.402.003, Rz 6-21 sowie 8.402.006 Rz 29-34) ergibt sich sodann: Sofern weitergehende Informationen an die Kunden erfolgten, gingen diese dahin, dass das Ergreifen von Rechtsmitteln in den USA als «obstruction of justice» qualifiziert würde, was schwerwiegende Folgen hätte. Insofern kann in einer solchen Konstellation, wie bereits dargelegt (vgl. oben, E. II. 1.1.1.4) an der Freiwilligkeit einer allfälligen Einwilligung gezweifelt werden. Sofern Kunden an Rechtsanwälte verwiesen wurden, waren es die eigenen oder aber US-amerikanische (vgl. CAR pag. 8.402.006, Rz. 46 - pag. 8.402.007, Rz 22). Auch unter Berücksichtigung dieser, nicht nachweislich dokumentierten, zusätzlichen Aufklärung, wurde hinsichtlich der Rechte, auf die mit der Einwilligung verzichtet wird, nicht aufgeklärt. Dem entsprechend sind die Anforderungen an eine gültige Einwilligung nicht erfüllt. Daran ändern auch die anlässlich der Verhandlung geltend gemachten persönlichen Kontakte – welche angeblich auch durch Notizen belegt wären – nichts, da anlässlich dieser auf die Voluntary Disclosure gedrängt wurde. Diese verliert aber gerade ihren Mehrwert, soweit die Unterlagen von der B. AG eingereicht wurden (vgl. CAR pag. 8.402.003, Rz 36-39).
- Schliesslich ergibt sich aus den Akten, dass selbst wenn man vorliegend eine solche implizite rechtfertigende Einwilligung annehmen würde, bereits aufgrund der Eingabe der B. AG – welche vom Beschuldigten gelesen und genehmigt wurde (CAR pag. 8.402.019, Rz 6-18) – zumindest 31 Kunden nicht kooperiert haben, mithin eine Einwilligung sogar explizit negiert haben (BA pag. 15.01.100, N 15.2).

1.1.3.5.3 Schliesslich rügt der Beschuldigte eine Verletzung des Anklagegrundsatzes. Die Anklage behauptete nirgends, dass die Herausgabe der Daten deshalb bewilligungspflichtig gewesen sei, weil die Daten auch identifizierende Informationen über Dritte oder Mitarbeiter enthalten hätten. Die Anklage werfe dem Beschuldigten einzig vor, er habe Kundendaten ohne Bewilligung herausgegeben. Die Herausgabe von Kundendaten sei aber unter Art. 271 StGB gar nicht bewilligungsfähig (vgl. TPF II pag. 8.721.029 f., Ziff. 42 ff.; CAR pag. 8.300.014, N 42). Es stehe in der Anklage nirgends, dass auch nur einer der 109 Kunden mit der Datenlieferung nicht einverstanden gewesen wäre. Es widerspräche daher eklatant dem Anklageprinzip, wenn von etwas anderem als von der Einwilligung der Kunden ausgegangen würde (CAR pag. 8.300.014, N 44; vgl. auch CAR pag. 8.300.016, N 47).

- 1.1.3.5.3.1 Der in der Anklage umschriebene Sachverhalt ist für das Gericht verbindlich. Die rechtliche Würdigung kann hingegen frei vorgenommen werden (Anklagegrundsatz bzw. Immutabilitätsprinzip, Art. 9 i.V.m. Art. 350 Abs. 1 StPO). Fasst das Gericht eine von der Staatsanwaltschaft abweichende rechtliche Qualifikation ins Auge, hat sie diese, aufgrund des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs, den anwesenden Parteien zu eröffnen und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (Art. 344 StPO; DANIEL JOSITSCH, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017, S. 200 ff. N 527 und 531).
- 1.1.3.5.3.2 Prozessual ist im vorliegenden Fall vorab festzustellen, dass der Beschuldigte an keiner der beiden erstinstanzlichen Verhandlungen vorfrageweise (Art. 339 Abs. 2 lit. a StPO) die Anklageschrift gerügt hat (TPF I pag. 7.920.002; TPF II 8.720.002).
- 1.1.3.5.3.3 Die Anklageschrift (TPF I pag. 7.100.001 ff.) wirft dem Beschuldigten vor, «Reduced» und «Full files» dem DOJ übergeben zu haben, wobei sämtliche 109 Kunden aufgeführt werden, jeweils mit dem Hinweis, welche Kategorie von Unterlagen übergeben wurde. Die Kundendaten beinhalteten gemäss Anklageschrift unter anderem das KYC, Bankunterlagen und Depotauszüge. Abschliessend wird der Vorwurf erhoben, dass die Übergabe ohne Einwilligung des Finanzdepartements erfolgte. Der subsumierte Sachverhalt ist somit klar und ausreichend definiert, womit Sinn und Zweck der Anklageschrift rechtsgenügend erfüllt ist – wusste der Beschuldigte doch, was der Vorwurf beinhaltet. Dass die Übergabe der Drittinformationen nur ein – wenn auch der wesentliche – Teil davon war, ändert daran nichts.
- 1.1.3.5.3.4 Auch das Argument der Verteidigung, dass die Herausgabe von Kundendaten unter Art. 271 StGB gar nicht bewilligungsfähig sei (TPF II pag. 8.721.029, Ziff. 43), erscheint nicht als stichhaltig und vermag keine Verletzung des Anklageprinzips zu begründen. Die Verteidigung beruft sich insofern auf E. 4.2.6 des Urteils SK.2017.64 vom 9. Mai 2018 (TPF I pag. 7.970.013) bzw. auf die darin erwähnte Musterverfügung des Bundesrats vom 3. Juli 2013, Dispositiv-Ziff. 1.2 (vgl. dazu auch Ziff. II. 2 der Wegleitung zu dieser Verfügung:

<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/31820.pdf>).

Gemäss Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB muss die Tathandlung «ohne Bewilligung» erfolgen. Mit der ausdrücklichen Aufnahme dieses Erfordernisses in den Tatbestand entfällt bei Vorliegen einer entsprechenden staatlichen Bewilligung bereits die Tatbestandsmässigkeit, bzw. die Norm wird formell gar nicht

erst verletzt. Es handelt sich also dogmatisch betrachtet nicht um einen Rechtfertigungsgrund, vielmehr wird der Ausschluss der Rechtswidrigkeit vorverlagert auf den Tatbestand selbst. Die juristische Lehre geht von einem weiten Begriff der «Bewilligung» aus und ordnet diesem sowohl Einzelfallbewilligungen als auch generelle Bewilligungen unter, bzw. sogar alle Handlungen der im Schweizer Recht vorgesehenen respektive erlaubten Rechts- und Amtshilfe (vgl. BSK StGB, 3. Aufl. 2013, Markus Husmann, Art. 271 StGB N 50 ff., mit ausführlichen Hinweisen). Der Begriff der «Bewilligung» gemäss Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB ist somit keineswegs auf die erwähnte Musterverfügung des Bundesrats vom 3. Juli 2013 bzw. auf eine entsprechende Bewilligung des Eidgenössischen Finanzdepartements beschränkt. Selbst in Bezug auf diese Musterverfügung ist zudem festzuhalten, dass gemäss deren Dispositiv-Ziff. 1.2 Bankkundendaten nur (aber immerhin) gestützt auf ein Ersuchen gemäss Art. 26 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 2. Oktober 1996 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 des Abkommens (vgl. AS 2019 3145, 3143; BBI 2010 235, 247) an die US-Behörden übermittelt werden dürfen.

Es ist vorliegend jedoch unbestritten, dass der Beschuldigte – wie in der Anklageschrift festgehalten (TPF I pag. 7.100.003) – ohne Bewilligung der Schweizer Behörden gehandelt hat, respektive gar nicht erst versucht hat, eine entsprechende staatliche Bewilligung zu erhalten. Dies ist ein Teil des Sachverhalts, an den das Gericht gebunden ist (Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Art. 350 Abs. 1 StPO). Ob eine solche staatliche Bewilligung überhaupt möglich gewesen wäre oder nicht, ändert an der Strafbarkeit des Verhaltens nichts.

- 1.1.3.5.3.5 Soweit der Beschuldigte vorbringt, es stehe in der Anklage nirgends, dass auch nur einer der 109 Kunden mit der Datenlieferung nicht einverstanden gewesen wäre; es widerspräche daher eklatant dem Anklageprinzip, wenn von etwas anderem als von der Einwilligung der Kunden ausgegangen würde (CAR pag. 8.300.014, N 44; vgl. auch CAR pag. 8.300.016, N 47), ist Folgendes festzuhalten:

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass sich eine staatliche «Bewilligung» nach Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB dogmatisch grundlegend unterscheidet von einer «Einwilligung» von betroffenen Individuen bzw. Dritten (dass Handlungen gemäss Art. 271 Ziff. 1 Absatz 1 StGB vorgenommen werden). Wie ausgeführt wurde (oben, E. II. 1.1.3.5.3.4), entfällt bei einer entsprechenden staatlichen «Bewilligung» die Tatbestandsmässigkeit, bzw. die Norm wird gar nicht erst verletzt.

Letzteres ist bei einer «Einwilligung» von Individuen in Bezug auf Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB (entgegen dem Beschuldigten, welcher offenbar von einer tatbestandsausschliessenden Einwilligung der Kunden ausgeht: vgl. CAR pag. 8.300.014 ff., N 42 ff.) nicht der Fall. Es fragt sich nur (aber immerhin), ob eine solche «Einwilligung» von Individuen im Rahmen des Staatsschutzdelikts Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB überhaupt strafrechtlich relevant ist bzw. aufgrund reflexmässig zu schützender Individualinteressen als Rechtfertigungsgrund im Sinne einer rechtfertigenden Einwilligung zu qualifizieren ist. Diese Thematik wurde indes im Wesentlichen bereits bei den Ausführungen betreffend «Freiwilligkeit der Eingabe» erörtert (vgl. oben, E. II. 1.1.3.5.2 - 1.1.3.5.2.4), worauf verwiesen werden kann. Auf die Thematik ist nochmals kurz auf der Ebene der Rechtfertigungsgründe zurückzukommen (vgl. unten, E. II. 1.3.3.).

Eine allfällige Einwilligung der Individuen (d.h. der Kunden) wäre aber, selbst wenn sie als Rechtfertigungsgrund zu werten wäre, als negatives Kriterium definitionsgemäss ohnehin nicht in der Anklageschrift aufzuführen.

- 1.1.3.5.4 Eine Verletzung des Anklagegrundsatzes bzw. Immutabilitätsprinzips liegt demgemäss unter keinem Gesichtspunkt vor.

1.2 **Subjektiver Tatbestand**

Diese Frage hat das Bundesgericht definitiv beantwortet und für dieses Gericht verbindlich festgehalten, dass der Beschuldigte mit Vorsatz gehandelt hat (Urteil des BGer 6B_804/2018, E. 3.1.2 *in fine*; TPF II pag. 8.100.005). Ergänzend ist nochmals darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte wusste, dass rechts- und amtshilfeweise nicht alle vom DOJ erwarteten Kundendaten herausgegeben würden. Die Umgehung des Rechts- und Amtshilfewegs machte damit gerade Sinn (vgl. oben, E. II. 1.1.2.1.4 f., mit Ausführungen) – wodurch die Feststellung des Bundesgerichts, dass der Beschuldigte mit Vorsatz gehandelt hat, zusätzlich untermauert wird.

1.3 **Rechtfertigungsgründe**

1.3.1 **Notstand (Art. 17 und 18 StGB)**

- 1.3.1.1 Allen Notstandsbestimmungen gemeinsam ist die Voraussetzung, dass ein Rechtsgut einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr ausgesetzt ist. Unmittelbar ist die Gefahr aber erst im letzten Zeitpunkt, bevor es zu spät sein könnte, sie abzuwehren. Das bedeutet, dass die Gefahr gegenwärtig ist, oder aber nur gegenwärtig sicher abgewehrt werden kann (BSK StGB, 4. Aufl. 2019,

MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CAROLA GÖHLICH, Art. 17 StGB N 14). Ein weiterer Aufschub von Rettungshandlungen würde die Rettungshandlung in Frage stellen (PK StGB, 3. Aufl. 2018, TRECHSEL/GETH, Art. 17 StGB N 5, m.w.H.). Die Subsidiarität der Abwehrhandlung gilt absolut – die Gefahr darf somit nicht anders abwendbar sein (NIGGLI/GÖHLICH, a.a.O., Art. 17 StGB N 16).

- 1.3.1.2 Auch gilt nicht als Gefahr, was aufgrund der Rechtmässigkeit geduldet werden muss. So ist beispielsweise die Festnahme eines Dritten durch die Polizei zu dulden (BGE 98 IV 41, E. 8a; NIGGLI/GÖHLICH, a.a.O., Art. 17 StGB N 12).
- 1.3.1.3 Gemäss Aussage des Beschuldigten wäre es bei einer Nichtherausgabe der Kundendateien aufgrund der absehbaren Folgen zu einem Vertrauens- und Kundenverlust gekommen, welcher für die B. AG fatale Folgen gezeigt hätte (vgl. TPF II pag. 8.731.004, Rz 46 f. - pag. 8.731.005, Rz 15). Dabei macht er allgemein geltend, dass ein Strafverfahren in den USA dazu geführt hätte, dass die Gesellschaft wahrscheinlich das Vertrauen ihrer Kunden verloren hätte und deshalb allenfalls in eine existenzbedrohende Lage gekommen wäre. Er habe selber miterlebt, wie eine der reputabelsten Banken der Schweiz (Bank CC.) untergegangen sei (TPF II pag. 8.731.004, Ziff. 26 ff.).
- 1.3.1.4 Bei der Würdigung dieser Aussagen fällt auf, dass der Privatgutachter offenbar diesbezüglich nicht informiert wurde, da er – aufgrund der Angaben der B. AG – als existenzbedrohend lediglich die Busse in zweistelliger Millionenhöhe nennt (BA pag. 15.01.0036; vgl. CAR pag. 8.402.013, Rz 42 ff. und pag. 8.402.014, Rz 1 f.). Der Beschuldigte sagte anlässlich der Berufungsverhandlung allerdings aus, er sei davon ausgegangen, dass Professor I. als Kenner der schweizerischen Finanzindustrie sehr wohl gewusst habe, dass das Hauptaktivum einer Bank oder Vermögensverwaltungsgesellschaft das Vertrauen ihrer Kunden sei, und wenn das schwinde, es dann existenzbedrohend werden könne (vgl. CAR pag. 8.402.013, Rz 46 f. und pag. 8.402.014, Rz 1 f.). Der Privatgutachter hätte diese Aspekte demnach von sich aus feststellen und, sofern angebracht, berücksichtigen sollen. Ebenso relevant ist, dass gemäss Rechtsanwalt DD. von E. zu keinem Zeitpunkt auch nur Zwangsmassnahmen angedroht wurden (TPF I pag. 7.521.010 – Summary and Conclusion) und gemäss Aussagen des Beschuldigten von den US-Behörden keine Konsequenzen im Falle einer Nichtherausgabe angedroht wurden (BA pag. 13.01.0010, Ziff. 17-22).
- 1.3.1.5 Es ist somit bereits fraglich, ob die existenzbedrohende Folge einer realistischen Einschätzung entsprach. Die Notstandsprivilegierung würde jedenfalls an der Unmittelbarkeit scheitern. Diese würde, wenn überhaupt, bezüglich der Einleitung eines Verfahrens bestehen – was aber gemäss Lehre und Rechtsprechung keine Gefahr im Sinne der Notstandsbestimmungen darstellt.

1.3.1.6 Der rechtfertigende oder schuldausschliessende Notstand würde sodann auch an der Verhältnismässigkeit scheitern. Wenn der Gutachter, nebst den Interessen der B. AG, auch das öffentliche Interesse an der Beilegung des Steuerthemas lediglich den Interessen der durch die Offenlegung betroffenen Individuen gegenüberstellt (BA pag. 15.01.0036), verkennt er bereits, dass die Notstandsnormen für Individualgüter anwendbar sind (TRECHSEL/GETH, a.a.O., Art. 17 StGB N 4), was die Berufung auf Allgemeingüter ausschliesst. Ebenso lässt er unerwähnt, dass durch Art. 271 StGB die staatlichen Interessen an der Einhaltung der Rechtshilferegeln und der Geheimhaltung geschützt sind, somit nicht Individual-, sondern damit verbundene öffentliche Interessen (vgl. oben E. II. 1.1.1.1).

1.3.2 **Verbotsirrtum (Art. 21 StGB)**

Das Bundesgericht hat einen allfälligen Verbotsirrtum als Rechtfertigungsgrund ausgeschlossen, da er vermeidbar war (Urteil des BGer 6B_804/2018, E. 3.3 *in fine*). Aufgrund des Verbots der *reformatio in peius* (Art. 391 Abs. 2 StPO) ist das Berufungsgericht an die vorinstanzliche Feststellung gebunden, dass ein Irrtum bestand, der strafmildernd zu berücksichtigen sein wird (TPF II pag. 8.930.017, E. 3.1.3).

1.3.3 **Rechtfertigende Einwilligung**

Durch Art. 271 StGB sollen die Ausübung fremder Staatsgewalt auf dem Gebiet der Schweiz verhindert und das staatliche Machtmonopol und die schweizerische Souveränität geschützt werden (Urteil des BGer 6B_402/2008 vom 6. November 2008, E. 2.3.2). Aufgrund dieser geschützten Rechtsgüter fällt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine rechtfertigende Einwilligung von privaten Rechtsindividuen (z.B. Kunden) zu einer Verletzung von Art. 271 StGB grundsätzlich ausser Betracht. Trotzdem könnten durchaus auch gute Gründe aufgeführt werden, die für die Möglichkeit einer entsprechenden rechtfertigenden Einwilligung sprächen (vgl. oben, E. II. 1.1.1.1 *in fine* und Art. 80c Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen [Rechtshilfegesetz, IRSG, SR 351.1]). Darauf ist an dieser Stelle indes nicht näher einzugehen. Der Beschuldigte kann sich in der vorliegenden spezifischen Konstellation nämlich aus mehreren Gründen offensichtlich nicht darauf berufen, dass die Kunden («entweder ausdrücklich oder zumindest konkludent», vgl. CAR pag. 8.300.014, N 44) in die Herausgabe der Kundendaten eingewilligt hätten. Diese Thematik wurde bei der Prüfung des objektiven Tatbestands bereits erschöpfend behandelt (vgl. oben, E. 1.1.3.5.2.4), worauf verwiesen werden kann. Für den Rechtfertigungsgrund einer Einwilligung besteht demnach vorliegend kein Raum mehr.

- 1.4 Zusammenfassend liegt kein Rechtfertigungsgrund vor.
- 1.5 Der Beschuldigte hat sich somit der verbotenen Handlungen für einen fremden Staat im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig macht.

2. Strafzumessung

2.1

- 2.1.1 Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Beschuldigten sowie danach bestimmt, wie weit der Beschuldigte nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB).
- 2.1.2 Der für die Strafzumessung zentrale Begriff des Verschuldens im Sinne von Art. 47 StGB bezieht sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat. Dabei unterscheidet das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung zwischen der Tat- und der Täterkomponente. Die Tatkomponente umfasst das Ausmass des verschuldeten Erfolges, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges, die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat und seine Beweggründe. Die Täterkomponente umfasst das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren, wie z.B. Reue, Einsicht und Strafempfindlichkeit (BGE 134 IV 17 E. 2.1 S. 19 f.; 129 IV 6 E. 6.1 S. 20 f.; BGE IV 101 E. 2 S. 103 ff.).
- 2.1.3 Gemäss Art. 50 StGB hält das Gericht, sofern es ein Urteil zu begründen hat, die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung fest. Für die Beurteilung der Schwere des Verschuldens ist eine Gesamtwürdigung der den Beschuldigten belastenden und der ihn entlastenden Umstände erforderlich (BGE 136 IV 55 E. 5.5 S. 59 f.). Bei der Gewichtung der einzelnen zu beachtenden Komponente steht dem Gericht – innerhalb des ordentlichen oder gegebenenfalls ausserordentlichen Strafrahmens – ein erheblicher Ermessensspielraum zu (BGE 136 IV 55 E. 5.6 S. 60 ff.; 135 IV 130 E. 5.3.1 S. 134 f.; Urteil des BGer 6B_1077/2014 vom 21. April 2015 E. 4).
- 2.1.4 Bei der Bemessung der Strafe ist vom gesetzlichen Strafrahmen auszugehen. Die Strafdrohung des Grundtatbestands von Art. 271 StGB lautet auf Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe.

2.2

2.2.1 Das Bundesgericht stellte in seinem Urteil 6B_804/2018 vom 4. Dezember 2018 (E. 3.3, zweitletzter Satz; TPF II pag. 8.100.007) verbindlich fest, dass sich der Beschuldigte in einem vermeidbaren Verbotsirrtum (Art. 21 Satz 2 StGB) befand. Demgemäss ging auch die Strafkammer des Bundesstrafgerichts in ihrem Urteil SK.2018.71 vom 2. Mai 2019 (E. 2.4.3.2, TPF II 8.930.015 f.) von einem vermeidbaren Verbotsirrtum aus. Diese Feststellung des Bundesgerichts (bzw. der Strafkammer des Bundesstrafgerichts) ist auch für die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts verbindlich.

2.2.2 Bei einem vermeidbaren Verbotsirrtum mildert das Gericht die Strafe (Art. 21 Satz 2 StGB). Das Gericht ist dabei nicht an die angedrohte Mindeststrafe gebunden (Art. 48a Abs. 1 StGB) und es kann auf eine andere Strafart erkennen, ist aber an das gesetzliche Höchst- und Mindestmass der Strafart gebunden (Art. 48a Abs. 2 StGB).

Die Vorinstanz machte in ihrem Urteil SK.2018.71 von der erwähnten Möglichkeit gemäss Art. 48a Abs. 2 StGB Gebrauch, auf eine andere als die angedrohte Strafart zu erkennen. Sie entschied sich insofern für eine Busse und legte deren Höhe auf CHF 10'000.--, bzw. die entsprechende Ersatzfreiheitsstrafe auf 60 Tage fest (vgl. E.3.3 - 3.4.2, TPF II 8.930.017 f.). Da die BA keine Anschlussberufung eingereicht hat, gelangt der Grundsatz des Verbots der reformatio in peius (Art. 391 Abs. 2 StPO) zur Anwendung. Bei der Strafzumessung hat die Berufungskammer somit auch die vorinstanzliche Busse von CHF 10'000.-- bzw. die Ersatzfreiheitsstrafe von 60 Tagen als Maximum zu berücksichtigen (vgl. oben E. I. 4.1 und 4.2).

2.3

2.3.1 Im Rahmen der Tatkomponente sind folgende Aspekte zu erwähnen:

Angesichts des historischen Kontexts des Steuerstreits zwischen der Schweiz und den USA befand sich der Beschuldigte in einer heiklen Situation. Für die Lösungsfindung befand er sich zudem unter erheblichem Zeitdruck (vgl. CAR pag. 8.402.009, Rz 5 ff.). Diese Umstände sind verschuldensmindernd zu berücksichtigen. Allerdings hatte sich der Beschuldigte teilweise selbst in eine Drucksituation hineinmanövriert (vgl. CAR pag. 8.402.009, Rz 5), und die Voraussetzungen für einen Notstand gemäss Art. 17 f. StGB waren nicht gegeben.

Der Beschuldigte schlug dem DOJ alternativ vor, die Daten auf dem Rechts- bzw. Amtshilfeweg einzufordern, und holte Rechtsauskünfte betreffend die geplante

Datenlieferung ein. Es ist ihm somit zugute zu halten, dass er sich in gewissem Masse bemühte, die Problematik rechtskonform zu lösen, auch wenn er dabei nicht völlig konsequent blieb. Der Beschuldigte hat die Verantwortung für sein Vorgehen zudem alleine übernommen und seine Mitarbeiter in arbeits- und strafrechtlicher Hinsicht geschützt, bzw. er hat diese insofern aus dem Schussfeld des DOJ genommen (vgl. CAR pag. 8.200.006).

Die Angst des Beschuldigten, in den USA («Flughafen La Guardia») verhaftet zu werden und im Gefängnis («Rikers Island») zu landen (vgl. CAR pag. 8.402.006, Rz 23 ff.), ist nachvollziehbar und mindert ebenfalls sein Verschulden. Andererseits ist ausgleichend zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte ein Risiko für seine Kunden geschaffen hat; ihm war klar bewusst, was die Übergabe von identifizierenden Drittdata auslösen kann (vgl. dazu auch CAR pag. 8.402.18, Rz 33 f.).

Zu berücksichtigen ist weiter, dass der Beschuldigte, indirekt als Mitinhaber der B. AG, auf Kosten der Kunden(daten) erhebliche Ersparnisse erzielen konnte, bzw. sich gegenüber dem DOJ teilweise freikaufen konnte (stark reduziertes *restitution payment*, vgl. CAR pag. 8.402.019, Rz 43-45).

Gesamthaft betrachtet erscheint der Eingriff in die Souveränität der Schweiz durch das Verhalten des Beschuldigten (Art und Menge der an das DOJ gelieferten Daten) nicht als schwerwiegend. Dies auch unter dem Gesichtspunkt, dass der Beschuldigte sich darum bemüht hatte, die betroffenen Kunden über das geplante Vorgehen zu informieren. Der Umstand, dass aufgrund der Auswertung 106 statt 109 Kunden betroffen sind (vgl. CAR pag. 8.402.145 f.) – was einer Reduktion von weniger als 3 % entspricht – vermag keine zusätzliche Strafminderung zu bewirken. Darauf ist bei der konkreten Festlegung der Bussenhöhe zurückzukommen (vgl. unten E. II. 2.4.2).

Strafmildernd ist hingegen zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte aufgrund eines vermeidbaren Verbotsirrtums handelte (Art. 21 Satz 2 StGB).

2.3.2 Betreffend Täterkomponente ist Folgendes festzuhalten:

Der Beschuldigte hat im vorliegenden Strafverfahren mit den Behörden kooperiert, was strafmildernd zu berücksichtigen ist. Er ist nicht vorbestraft (CAR pag. 6.302.017); dies wirkt sich neutral aus. Eine besondere Strafempfindlichkeit liegt beim Beschuldigten nicht vor. Der Umstand, dass eine Verurteilung für den Beschuldigten und «die ganze Firma eine erneute Belastung» darstellt (vgl. CAR pag. 8.200.006), vermag vorliegend keine Strafminderung zu rechtfertigen. Im Übrigen liegen betreffend Täterkomponente keine weiteren strafferhöhenden oder -mindernden Elemente vor.

2.3.3 Unter Berücksichtigung aller aufgeführten Strafzumessungskriterien ist das Verschulden des Beschuldigten als leicht einzustufen.

2.4

2.4.1 Der Strafraum für die Auferlegung einer Busse beträgt CHF 1 - 10'000.-- (vgl. Art. 106 Abs. 1 StGB). Das Gericht bemisst die Busse je nach den Verhältnissen des Täters so, dass dieser die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist (Art. 106 Abs. 3 StGB). Für die Festsetzung der Bussenhöhe ist nach wie vor primär das Verschulden und sekundär die finanziellen Verhältnisse massgebend (BSK StGB I, 4. Aufl. 2018, STEFAN HEIMGARTNER, N. 19 zu Art. 106 StGB).

2.4.2 Gemäss Aussage des Beschuldigten haben sich seine persönlichen und finanziellen Verhältnisse seit dem Urteil der Vorinstanz SK.2018.71 von 2. Mai 2019 nicht geändert (vgl. CAR pag. 8.402.002 Rz 10). Es ist unbestritten, dass der Beschuldigte in sehr guten finanziellen Verhältnissen lebt. Er erzielt ein Jahreseinkommen von ca. CHF 2 Mio. und verfügt über ein steuerbares Vermögen von (mindestens) über CHF 40 Mio.; Unterstützungspflichten hat er keine (vgl. TPF I pag. 7.930.3; TPF II pag 8.731.2, 8.930.017 E. 3.3.2; CAR pag. 6.302.003 ff., 6.302.010 ff.).

Angesichts dieser Faktoren erscheint eine Busse von CHF 10'000.--, wie die Vorinstanz sie verhängt hat, angemessen und ist somit in dieser Höhe zu bestätigen. Der Umstand, dass aufgrund der Auswertung 106 statt 109 Kunden betroffen sind (vgl. CAR pag. 8.402.145 f., bzw. oben E. II. 2.3.1) rechtfertigt keine Reduktion der Busse, zumal die Strafe bereits gemildert wurde (vgl. Art. 21 Satz 2 und Art. 48a StGB; oben E. II. 2.2.2. und 2.3.1).

2.5

2.5.1 Das Gericht spricht im Urteil für den Fall, dass die Busse schuldhaft nicht bezahlt wird, eine Ersatzfreiheitsstrafe von mindestens einem Tag und höchstens drei Monaten aus (Art. 106 Abs. 3 StGB). Wie das Gericht die Ersatzfreiheitsstrafe berechnen soll, darüber schweigt sich das Gesetz aus. Das Gericht hat sich vor Augen zu halten, dass den Täter eine allfällige Ersatzfreiheitsstrafe unabhängig von seinen finanziellen Verhältnissen entsprechend seinem Verschulden treffen soll. Finanziell starken und finanziell schwachen Verurteilten soll für die gleiche Tat die Freiheit für eine gleich lange Dauer entzogen werden. Im Unterschied zum Tagessatzsystem hat das Gericht hierzu aber nicht zuerst abstrakt die schuldadäquate Dauer in Form einer Anzahl Tagessätze zu berechnen. Aufgrund der Systematik hat es sich vielmehr nach Berechnung der Busse darüber Klarheit zu verschaffen, inwieweit die finanziellen Verhältnisse des Täters die Bussenhöhe beeinflusst haben. In der Folge ist eine Ersatzfreiheitsstrafe entsprechend den Tat- und

den übrigen Täterkomponenten auszusprechen (vgl. HEIMGARTNER, a.a.O. [oben E. II. 2.4.1], N. 10 zu Art. 106 StGB).

- 2.5.2 Die ausgezeichneten finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten haben die Busenhöhe erheblich mitbeeinflusst. Demgemäss wäre es nicht gerechtfertigt, den für die Ersatzfreiheitsstrafe vorgesehenen Strafraumen analog der bemessenen Busse voll auszuschöpfen. Eine Ersatzfreiheitstrafe von 60 Tagen, wie die Vorinstanz sie festgelegt hat, erscheint dem Verschulden angemessen und ist nicht zu beanstanden (vgl. Art. 82 Abs. 4 StPO).

3. Kosten und Entschädigung

3.1 Verfahrenskosten

- 3.1.1 Die beschuldigte Person trägt die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird (Art. 426 Abs. 1 StPO). Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 Satz 1 StPO). Fällt die Rechtsmittelinstanz selber einen neuen Entscheid, so befindet sie darin auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung (Art. 428 Abs. 3 StPO).

Das Bundesstrafgericht regelt durch Reglement (a) die Berechnung der Verfahrenskosten; (b) die Gebühren; (c) die Entschädigungen an Parteien, die amtliche Verteidigung, den unentgeltlichen Rechtsbeistand, Sachverständige sowie Zeuginnen und Zeugen (Art. 73 Abs. 1 StBOG [SR 173.71]). Die Gebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Sache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien sowie nach dem Kanzleiaufwand (Art. 73 Abs. 2 StBOG; vgl. Art. 5 Reglement des Bundesstrafgerichts vom 31. August 2010 über die Kosten, Gebühren und Entschädigungen in Bundesstrafverfahren [BStKR; SR 173.713.162]). Es gilt ein Gebührenrahmen von 200 - 100 000 Franken für jedes der folgenden Verfahren: a. Vorverfahren; b. erstinstanzliches Verfahren; c. Rechtsmittelverfahren (Art. 73 Abs. 3 StBOG; vgl. Art. 6 - 7^{bis} BStKR).

Die Verfahrenskosten umfassen die Gebühren und die Auslagen (Art. 1 Abs. 1 BStKR). Die Gebühren sind für die Verfahrenshandlungen geschuldet, die im Vorverfahren von der Bundeskriminalpolizei und von der Bundesanwaltschaft, im erstinstanzlichen Hauptverfahren von der Strafkammer, im Berufungsverfahren und im Revisionsverfahren von der Berufungskammer und in Beschwerdeverfahren gemäss Artikel 37 StBOG von der Beschwerdekammer durchgeführt oder angeordnet worden sind (Art. 1 Abs. 2 BStKR). Die Auslagen umfassen die vom Bund vorausbezahlten Beträge, namentlich die Kosten für die amtliche Verteidigung und die unentgeltliche Verbeiständung, Übersetzungen, Gutachten, Mitwirkung anderer Behörden, Porti, Telefonspesen und andere entsprechende Kosten

(Art. 1 Abs. 3 BStKR). Für einfache Fälle können Pauschalgebühren vorgesehen werden, die auch die Auslagen abgelten (Art. 1 Abs. 4 BStKR). Die Auslagen werden entsprechend den dem Bund verrechneten oder von ihm bezahlten Beträgen festgelegt (Art. 9 Abs. 1 BStKR).

3.1.2 Die Rechtsmittelinstanz fällt vorliegend selber einen neuen Entscheid. Da der erstinstanzliche Schuldspruch bestätigt wird, ist die von der Vorinstanz angeordnete Kostenaufgabe ebenfalls zu bestätigen (vgl. Art. 428 Abs. 3 StPO).

3.1.3 Die Kosten des Berufungsverfahrens bestehen vorliegend aus einer Gerichtsgebühr, die im Lichte der erwähnten Grundsätze (vgl. oben E. II. 3.11 Abs. 2) auf CHF 9'000.-- (inkl. Auslagen; vgl. Art. 73 Abs. 1 lit. a und b sowie Abs. 3 lit. c StBOG; Art. 1, 5, 7^{bis} und 9 BStKR) festgelegt wird und ausgangsgemäss vom Beschuldigten zu tragen ist.

3.2 Parteientschädigung

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen (Art. 429 Abs. 1 StPO *e contrario*).

Die Berufungskammer erkennt:

I. Die Berufung des Beschuldigten vom 4. Juni 2019 gegen das Urteil der Strafkammer des Bundesstrafgerichts SK.2018.71 vom 2. Mai 2019 wird abgewiesen.

II. Das Urteil der Strafkammer des Bundesstrafgerichts SK.2018.71 vom 2. Mai 2019 wird bestätigt. Das entsprechende Urteilsdispositiv lautet wie folgt:

«1. A. wird schuldig gesprochen wegen verbotener Handlung für einen fremden Staat im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB.

2. A. wird bestraft mit einer Busse von Fr. 10'000.--, bei schuldhaftem Nichtbezahlen derselben mit einer Freiheitsstrafe von 60 Tagen.

3. Für den Vollzug der Strafe wird der Kanton Zürich als zuständig erklärt.

4. Die Verfahrenskosten von Fr. 6'100.-- (inkl. Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.--) werden A. auferlegt.

5. A. hat keinen Anspruch auf Entschädigung.

6. Auf den Antrag der B. AG auf Entschädigung wird nicht eingetreten.»

III. Kosten

1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren von CHF 9'000.-- (inkl. Auslagen) wird dem Beschuldigten auferlegt (Art. 428 Abs. 1 i.V.m. Art. 422 und 424 StPO [SR 312.0]; Art. 73 Abs. 1 lit. a und b sowie Abs. 3 lit. c StBOG [SR 173.71] i.V.m. Art. 1, 5, 7^{bis} und 9 BStKR [SR 173.713.162]).

2. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen (Art. 429 Abs. 1 StPO *e contrario*).

Im Namen der Berufungskammer
des Bundesstrafgerichts

Der Vorsitzende

Der Gerichtsschreiber

Zustellung an (Gerichtsurkunde):

- Bundesanwaltschaft, Herrn Carlo Bulletti, Leitender Staatsanwalt des Bundes
- Herrn Rechtsanwalt Lorenz Erni

Nach Eintritt der Rechtskraft mitzuteilen an:

- Strafkammer des Bundesstrafgerichts (brevi manu)
- Bundesanwaltschaft (zum Vollzug)

Rechtsmittelbelehrung

Beschwerde an das Bundesgericht

Dieses Urteil kann **innert 30 Tagen** nach Eröffnung der vollständigen Ausfertigung mit Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht angefochten werden. Das Beschwerderecht und die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind in den Art. 78-81 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) geregelt. Die begründete Beschwerdeschrift ist beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.