

Juristische Fakultät

Prof. Dr. Dr. h.c. Mark Pieth

Professor für Strafrecht und Kriminologie +41 61 207 25 38 mark.pieth@unibas.ch

Universität Basel Juristische Fakultät Peter Merian-Weg 8, Postfach 4002 Basel, Switzerland www.ius.unibas.ch



Prof. Dr. Ingeborg Zerbes

Studiendekanin Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht +49 (0) 421 218 66161 zerbes@uni-bremen.de

Universit Bremen Fachbereich Rechtswissenschaften Universitätsallee GW1, Raum B 2222 28359 Bremen www.jura.uni-bremen.de

12. März 2019

# **Gutachterliche Stellungnahme**

Im Verfahren

Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich (Wirtschaftsdelikte)

Prof. em. Dr. Anton K. Schnyder

rensrecht und Rechtsvergleichung

Universität Zürich

Höschgasse 36

CH-8008 Zürich

vormals Inhaber des Lehrstuhls für Privat- und Wirt-

schaftsrecht, Internationales Privat- und Zivilverfah-

gegen

Prof. Dr. Eckart Seith

## Vorbemerkung

Die Verteidiger der drei genannten Beschuldigten (Matthias Brunner, lic.iur., Rechtsanwalt, Zürich; Tobias Fankhauser, lic.iur., Rechtsanwalt, LL.M., Zürich; Prof. Dr. Niklaus Ruckstuhl, Advokat und Notar, Allschwil) haben die drei Gutachter mit der Erstellung eines gemeinsamen zivilund strafrechtlichen Gutachtens beauftragt.

Prof. Dr. Anton K. Schnyder ist emeritierter Professor für Privat- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich\*

Prof. Dr. Ingeborg Zerbes ist Professorin für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Bremen, Deutschland\*

Prof. Dr. h.c. Mark Pieth ist Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie an der Universität Basel\*

<sup>\*</sup> CV im Anhang

# **INHALTSVERZEICHNIS**

I.	Ause	ANGSSACHVERHALT	. 6
	1.	Investition von Herrn M in den Sheridan Fund	6
	2.	Schadenersatzklage M beim LG Ulm gegen die Bank Sarasin	7
	3.	Transfer von Dokumenten gemäss den Anklageschriften der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich vom 5. März 2018	8
	4.	Weitere Vorgänge (in Ergänzung der Anklageschriften)	9
II.	FRAG	ESTELLUNGEN	10
Ш.	STELL	UNGNAHME	11
Übe	erblick í	über die gemäss Anklage weitergegebenen Dokumente	. 11
A.	auf vo Inform	Herr Marke im Rahmen seiner Vertragsbeziehung zur Bank Sarasin Anspruch olle Beratung und Offenlegung der die Vertragsbeziehung betreffenden nationen? Werden die an RA Seith weitergegebenen Dokumente von diesem uch erfasst?	. 12
	1.	Anwendbare Rechtsordnung und Gerichtsverfahren	. 12
	1.1.	Zuständigkeit und Vertragsstatut	. 12
	1.2.	. Anwendung deutschen Rechts	. 13
	2.	Rechenschafts- und Herausgabepflicht der Bank nach Schweizer Recht	. 14
	2.1.	Grundsätzliches	. 14
	2.2.	Umfang der Rechenschaftsablegungspflicht	. 15
	2	2.3.1. Im Allgemeinen	. 15
	2	2.3.2. Beim Anlageberatungsvertrag im Besonderen	. 16
	2.3.	. Anwendung auf die im vorliegenden Fall weitergegebenen Dokumente	. 17
	2	.3.1. Freshfields-Gutachten	. 18
	2	2.3.2. Chronologie EM, Client Contact Reports und E-Mails	. 19
	2	.3.3. Memorandum R	. 19
	2	2.3.4. Memorandum "Neubegutachtung Exceptional Business"	. 19

		ieschäftsgeheimnis und Verletzung des Geschäftsgeheimnisses aus Sicht des chweizerischen Zivilrechts						
	3.1.	Fazit: Kein Geheimnisschutz im Verhältnis zum Auftraggeber20						
	3.2.	Exkurs: Begründet die Weitergabe der Dokumente eine Haftung des Auftraggebers?20						
	3.2.	1. Unerlaubte Handlung?20						
	3.2.	2. Vertragsverletzung?23						
В.	Haben Herr Seith, Herr und Herr als Täter bzw. als Anstifter Straftatbestände nach Art. 162 StGB, Verletzung des Geschäftsgeheimnisses Art. 47 BankG, Verletzung des Bankgeheimnisses Art. 43 BEHG, Verletzung des Berufsgeheimnisses (eines Effektenhändlers) Art. 273 StGB, Wirtschaftlicher Nachrichtendienst erfüllt?							
	1. V	erletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses, Art. 162 StGB24						
	1.1.	Grundsätzliches24						
	1.2.	Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses25						
	1.2.	1. Allgemeine Elemente des Geheimnisbegriffs25						
	1.2.	2. Beschränkung auf Geschäftsgeheimnisse25						
	1.2.	3. Geschütztes Geheimhaltungsinteresse25						
	1.2.	4. Anwendung auf die im vorliegenden Fall weitergegebenen Dokumente 26						
	1.3.	Ergebnis						
	2. V	erletzung des Bankgeheimnisses, Art. 47 BankG32						
	2.1.	Grundsätzliches32						
	2.2.	Vorliegen eines Bankgeheimnisses32						
	2.3.	Offenbarung33						
	2.4.	Ergebnis						
	3. V	erletzung des Berufsgeheimnisses eines Effektenhändlers, Art. 43 BEHG34						
	3.1.	Grundsätzliches34						
	3.2.	Vorliegen eines Berufsgeheimnisses34						
	3.3.	Offenbarung34						
	3.4.	Ergebnis						

	4.	Wirtschaftlicher Nachrichtendienst, Art. 273 StGB	35
	4.1.	Grundsätzliches	35
	4.2.	Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses	36
	4.	.2.1. Geheimnisbegriff	36
	4.	.2.2. Dokumente ausserhalb des Schutzbereichs des Art. 162 StGB	37
	4.	.2.3. Memorandum Neubegutachtung	38
	4.3.	Ergebnis	41
C.		ja: Kommen ihnen Rechtfertigungs- und/oder Entschuldigungsg	
	1.	Einleitung und Überblick	
	2.	Notstand	43
	2.1.	Notstandssituation: Unmittelbare Gefahr	43
	2.2.	Notstandshandlung	44
	2.	.2.1. Interessensabwägung	44
	2.	.2.2. Erforderlichkeit	46
	3.	Wahrnehmung berechtigter Interessen	47
	3.1.	Berechtigtes Ziel	47
	3.2.	Angemessenheit	47
	4.	Gesetzlich erlaubte Handlung	48
	5.	Subjektives Rechtfertigungselement	48
Faz	it		50

## I. AUSGANGSSACHVERHALT

Den Gutachtern ist von den Auftraggebern folgender Sachverhalt vorgegeben worden. Er wurde durch die in den Anklageschriften formulierten Vorwürfe ergänzt.

## 1. Investition von Herrn Manain den Sheridan Fund

Herr *E* Men erwarb am 31. März 2011 durch die Bank Sarasin & Cie AG (heute: Bank J. Safra Sarasin AG, fortan Bank Sarasin) für 50.000.000 Euro 50.000 Aktien des sog. Sheridan Funds USPP (fortan Sheridan Fund). Dem Geschäft lag ein Beratungsvertrag zwischen der Bank Sarasin und *Herrn M* zugrunde. Das wurde vom Oberlandesgericht Stuttgart (fortan OLG Stuttgart)<sup>1</sup> rechtskräftig bestätigt. Für die Bank handelten *Dr. Kai Henke, Eric Sarasin* und *RA Dr. Hanno Berger.* In ihren Beratungen teilten sie *Herrn M* mit,

- es handle sich bei dem Finanzprodukt um eine sichere Kapitalanlage mit einer Laufzeit von etwa 6 Monaten und einer Ertragserwartung von 12 % und
- dass die Beteiligungsmöglichkeit durch die Allianz versichert sei.

#### Es erfolgte jedoch

- keine Aufklärung über die Risiken,
- keine Aufklärung über die tatsächliche Funktionsweise der Vermögensanlage und
- keine Übergabe eines Verkaufsprospekts oder eines Factsheets.

Beim Sheridan Fund handelt es sich allerdings um ein aus deutscher Sicht steuerrechtlich illegales Cum-Ex-Produkt. Das wurde insbesondere durch einen über 800 Seiten starkes Untersuchungsbericht des deutschen Bundestags zu dieser Art Anlageform bewiesen, das ausdrücklich auch auf die Investitionen von Herrn Manne und die Beteiligung am Steuerhinterziehungskonzept seitens Dr. Berger und Dr. Steck in Zusammenarbeit mit der Bank Sarasin Bezug nimmt.<sup>2</sup> Vereinfacht ausgedrückt sollte der Gewinn aus dem Sheridan Fund dadurch generiert werden, dass die deutschen Steuerbehörden aufgrund einer Täuschung die nur einmal erhobene Kapitalertragssteuer und den Solidaritätszuschlag mehrfach erstatten. Die Täuschung sollte durch die Vorlage einer inhaltlich unrichtigen Bescheinigung über die tatsächlich nicht erfolgte Abführung der Kapitalertragssteuer erfolgen.

OLG Stuttgart, Urteil vom 17. September 2018, 5 U 98/17 (zur Berufung gegen das LG Ulm, Urteil vom 22. Mai 2017 und vom 22. September 2017, 4 O 66/13).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Untersuchungsbericht des deutschen Bundestages zu Cum/Ex-Geschäften, Bundestags Drucksache 18/12700 (http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/127/1812700.pdf); S. 379 f., S. 323 f. (zur Investition Herrn M ) und S. 347 (zur Beteiligung am Steuerhinterziehungskonzept seitens Dr. Berger und Dr. Steck mit der Bank Sarasin durch den Sheridan Fund).

Die Initianten des Sheridan Funds waren *Dr. Steck* und *Dr. Berger*. Ungeachtet dieser Rolle verfassten sie selbst ein Gutachten über dessen steuerliche Unbedenklichkeit. Der Prüfungsprozess, den der Sheridan Fund bei der Bank Sarasin durchlief, hatte ausserdem ergeben:

- ein Totalverlustrisiko;
- steuerliche Risiken, da die Akzeptanz seitens der deutschen Behörden im Hinblick auf die Steuerrückforderung von Anfang an zweifelhaft war. Es war nämlich bereits bekannt, dass die deutsche Bundesregierung derartige Modelle des Steuermissbrauchs bekämpfte;
- keine Versicherung f
  ür die Investoren.

Die Täuschung der deutschen Steuerbehörden misslang tatsächlich. Der Gesamtheit der Investoren wurde ca. 11 % des einbezahlten Investitionsbetrages zurückgezahlt, der Rest ging verloren. Herr Merre vertreten durch RA Prof. Dr. Eckart Seith (fortan RA Seith), forderte von der Bank Sarasin daher Auskunft und Rechenschaft über das Finanzprodukt und den Ersatz seines Schadens in der Höhe von rund 47.000.000 Euro.

Die daraufhin von der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer im Auftrag der Bank Sarasin erstellten Gutachten (fortan Freshfields-Gutachten) ergaben

- dass eine Erstattung der Steuer durch die deutschen Steuerbehörden unwahrscheinlich sei und daher keine Rückzahlung des von Herrn M investierten Kapitals erfolge (erstes Freshfields-Gutachten, deutsche Übersetzung vom 4. März 2013);
- dass die Bank Sarasin durch falsche Beratung die Schuld an der Anlageentscheidung von Herrn Mannet trage, der daher berechtigt sei, die Stornierung der Anlage zu fordern (zweites Freshfields-Gutachten, deutsche Übersetzung vom 5. März 2013).

# 2. Schadenersatzklage M beim LG Ulm gegen die Bank Sarasin

Die Bank Sarasin kam der Aufforderung von Herrn Mannen nicht nach. Deshalb erhob RA Seith (ohne Kenntnis der genannten Freshfields-Gutachten) im Namen von Herrn Mannen eine Schadenersatzklage gegen die Bank Sarasin vor dem Landgericht Ulm (4 0 66/13, fortan LG Ulm). Die Bank Sarasin wurde durch RA Dr. Markus Meier (Anwaltskanzlei Hengeler Mueller) vertreten, der in ihrem Namen in seinem Schriftsatz folgende Ausführungen vortrug:

- dass der Sachvortrag des Klägers Herr M
   reine Fiktion sei,
- dass die Bank Sarasin mit der Beteiligung von Herrn M
   am Sheridan Fund keine Beratungsfunktion, sondern nur eine ausführende Rolle innehatte,
- dass Herr Marie im Zusammenhang mit dem Sheridan Fund durch die Dr. Berger und Dr. Steck sowie durch einen weiteren Beraterstab beraten wurde und daher auf die Beratung durch die Bank Sarasin nicht angewiesen war,
- dass der Sheridan Fund ein von Herrn Mittel nachgefragtes Produkt gewesen sei,
- dass Herr M ein Private Placement Prospect vor Zeichnung erhalten habe,

- dass Herrn M Funktionsweise und Risiken der Anlage bekannt gewesen wären und
- dass Herrn M kein Schaden entstanden sei.

# 3. Transfer von Dokumenten gemäss den Anklageschriften der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich vom 5. März 2018

Gemäss Anklageschriften vom 5. März 2018 wurden *RA Seith* von dem dem damaligen Leiter "Legal & Compliance, Products & Services" der Bank Sarasin folgende Dokumente zur Verfügung gestellt:

- die beiden *Freshfields*-Gutachten, die die Bank Sarasin in Auftrag gegeben hatten und die die Schuld der Bank am Verlust der Investition von *Herrn M* belegten;
- eine den Bankkunden M betreffende "Chronologie der Abläufe betreffend Kundengespräche, Beratung, Information und ausgehändigte Unterlagen … von März 2010 bis Dezember 2012" (Chronologie EM), die (laut Anklageschriften) durch die Bank Sarasin selbst zum internen Gebrauch bestimmt war. Sie war aus den Client Contact Reports (siehe sogleich) und den E-Mails im Zusammenhang mit dem bereits laufenden Zivilprozess vor dem LG Ulm zusammengestellt und enthielt auf einer Zeitachse Informationen zu den Forderungen von Herrn M zu den geführten Kundengesprächen mit ihm sowie z.B. Leitfäden für den Umgang mit ihm;
- Client Contact Reports, in denen vom jeweiligen Bankmitarbeiter verfasste Notizen zu den Kundengesprächen mit Herrn Manne enthalten waren;
- interne E-Mails der Bank zur Beratung von Herrn Mann und E-Mails von Herrn Mann an die Bank;
- das "Memorandum R.". Dieses war von zwei Mitarbeiterinnen der Bank Sarasin für die Geschäftsleitung zur Vorbereitung eines allfälligen Zivilprozesses gegen die Bankkundin Marion R. erstellt worden; es enthielt alle möglichen Informationen über die geschäftliche Verbindung der Bank mit Frau R. und die Schlussfolgerung, dass die Bank einen Vergleich mit Frau R. anstreben sollte;
- Die "Neubegutachtung Exceptional Business steueroptimierte Produkte und Transaktionen" (Memorandum Neubegutachtung). Dabei handelt es sich laut der Anklageschriften um ein internes Arbeitspapier einer Arbeitsgruppe der Bank Sarasin für die Geschäftsleitung, das "alle steuerlich motivierten Produkte der Bank" (Zitat Anklageschrift gegen RA Seith, S. 12) preisgibt und erläutert (einschliesslich Risikoeinschätzung).

Die Aushändigung der Dokumente wurde laut Anklage von ehemaligen Mitarbeiter der Bank Sarasin und nunmehrigem Direktor der BNP Zürich.

Die Gutachter sind beauftragt, dem Gutachten den in der Anklageschrift umschriebenen Sachverhalt zugrunde zu legen. Deren Inhalt wird als bekannt vorausgesetzt, wobei die Verteidigung darauf hinweist, dass dieser Sachverhalt zumindest teilweise nicht anerkannt wird.

Gegenstand des Gutachtens sind die vorstehend aufgeführten Dokumente, die RA Seith dem LG Ulm einreichte. Nicht Gegenstand des Gutachtens ist die in der Anklageschrift aufgeführte "Kleine Kundenliste". Der Erhalt dieser Liste ist bestritten.

## 4. Weitere Vorgänge (in Ergänzung der Anklageschriften)

- Im Juni 2013 wurde *RA Seith* von der Bankkundin *Frau R* mandatiert, die aufgrund falscher Beratung der Bank Sarasin zu einer Investition in den Sheridan-Fund veranlasst worden war. *RA Seith* forderte die Bank Sarasin am 26./27. Juni 2013 zur Auskunftserteilung und Rechenschaftslegung sowie zum Ersatz des entstandenen Schadens auf. Ein internes Memorandum der Bank Sarasin stellte fest, dass *Frau R* falsch beraten worden war und die Bank zum Schadenersatz verpflichtet ist. Aufgrund einer Vergleichsvereinbarung vom 6. Januar 2014 erstattete die Bank Sarasin *Frau R* den durch die falsche Beratung entstandenen Schaden.
- Am 23. August 2013 legte *RA Seith* der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich die vorstehend (oben 3.) aufgelisteten Dokumenten vor.
- Anfang des Jahres 2014 leitete die Schwerpunktstaatsanwaltschaft Köln aufgrund von Strafanzeigen von *RA Seith* Ermittlungsverfahren gegen Kadermitglieder der Bank Sarasin ein (113 Js 952/13 und 113 Js 59/14),
  - sowohl wegen des Verdachts des bandenmässig begangenen Betrugs
  - als auch wegen versuchten Prozessbetrugs.
- Das LG Ulm verurteilte unter Berücksichtigung der von RA Seith eingereichten Dokumente die Bank Sarasin, Herrn Mache Schadenersatz in der Höhe von ca. 45 Mio. Euro nebst Zinsen und Kosten zu bezahlen (Urteil vom 22. Mai 2017, 4 O 66/13). Die dagegen von der Bank Sarasin erhobene Berufung wies das OLG Stuttgart mit Urteil vom 14. September 2018 ab (5 U 98/17). Die Bank Sarasin verzichtete auf die vom OLG eingeräumte Möglichkeit, dagegen Revision einzulegen. Das Urteil des OLG Stuttgart ist somit rechtskräftig.

## II. FRAGESTELLUNGEN

A. Hatte Herr M im Rahmen seiner Vertragsbeziehung zur Bank Sarasin Anspruch auf volle Beratung und Offenlegung der die Vertragsbeziehung betreffenden Informationen? Werden die an RA Seith weitergegebenen Dokumente von diesem Anspruch erfasst?

- B. Haben RA Seith, Herr and und Herr all als Täter bzw. als Anstifter Straftatbestände nach
  - Art. 162 StGB, Verletzung des Geschäftsgeheimnisses
  - Art. 47 BankG, Verletzung des Bankgeheimnisses
  - Art. 43 BEHG, Verletzung des Berufsgeheimnisses (eines Effektenhändlers)
  - Art. 273 StGB, Wirtschaftlicher Nachrichtendienst

erfüllt?

C. Wenn ja: Kommen ihnen Rechtfertigungs- und/oder Entschuldigungsgründe zugute?

## III. STELLUNGNAHME

## Überblick über die gemäss Anklage weitergegebenen Dokumente

- N.1. Zwei *Freshfields*-Gutachten, die die Bank Sarasin in Auftrag gegeben hatte und die die Schuld der Bank am Verlust der Investition von *Herrn Matte* belegten;
- N.2. eine den Bankkunden Mer betreffende "Chronologie der Abläufe betreffend Kundengespräche, Beratung, Information und ausgehändigte Unterlagen … von März 2010 bis Dezember 2012" (Chronologie EM);
- N.3. Client Contact Reports der Bank über Kundengespräche mit Herrn M
- N.4. interne E-Mails der Bank Sarasin zur Beratung von Herrn Main und E-Mails von Herrn Main an die Bank Sarasin;
- N.5. das Memorandum R
- N.6. das Dokument "Neubegutachtung Exceptional Business steueroptimierte Produkte und Transaktionen" (Memorandum Neubegutachtung) mit geschwärzten Kundennamen.

A. Hatte Herr Marie im Rahmen seiner Vertragsbeziehung zur Bank Sarasin Anspruch auf volle Beratung und Offenlegung der die Vertragsbeziehung betreffenden Informationen? Werden die an RA Seith weitergegebenen Dokumente von diesem Anspruch erfasst?

## 1. Anwendbare Rechtsordnung und Gerichtsverfahren

#### 1.1. Zuständigkeit und Vertragsstatut

Mit Urteil vom 17. September 2018 wies das OLG Stuttgart die Berufungen der beklagten Bank Sarasin gegen das Urteil des LG Ulm vom 22. Mai 2017 sowie gegen das Ergänzungsurteil vom 11. September 2017 zurück. Das Urteil wurde als vorläufig vollstreckbar erklärt und die Revision zugelassen. Das LG Ulm hatte die Bank Sarasin verpflichtet, dem Kläger Herrn Metal etwa 45.000.000 Euro zu zahlen<sup>3</sup>. Auf Seite 18 des Urteils der Berufungsinstanz wird festgehalten, dass der Kläger gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung gemäss § 280 Abs. 1 (deutsches) BGB hat. An gleicher Stelle gibt das OLG einen Überblick über die zwölf Entscheidungsgründe.

Das OLG setzt sich ausführlich mit den Fragen der *internationalen Zuständigkeit* deutscher Gerichte und dem auf den Anlage(beratungs)vertrag *anwendbaren materiellen Recht* auseinander. Es gelangt – wie die Vorinstanz – zum Ergebnis, dass der Kläger unter Beachtung der einschlägigen europäischen Rechtsquellen als (schutzwürdiger) *Verbraucher* zu betrachten ist. Diese Qualifikation hat entscheidende Folgen für die Zuständigkeit und das anwendbare Recht (Vertragsstatut).

Die Beurteilung des Vertragsverhältnisses als Verbrauchervertrag hat aus Sicht des OLG zur Konsequenz, dass zwischen den Parteien keine wirksame Rechtswahl zustande gekommen ist, mithin nicht schweizerisches Vertragsrecht zur Anwendung gelangt. Vielmehr wird die Streitigkeit nach deutschem materiellen Recht entschieden, wobei wegen des Obsiegens des Klägers gestützt auf Vertragsrecht deliktsrechtliche Ansprüche nicht weiter geprüft werden.

Im Licht von Art. 6 Abs. 2 Satz 2 Rom I-VO setzt sich das OLG sodann mit der Frage auseinander, ob nicht die Rechtswahl auf schweizerisches Recht zu anerkennen wäre und die vorbehaltenen Schutznormen des deutschen Verbraucherrechts (Aufenthaltsstaat des Klägers) gesondert beachtet werden müssten. Das OLG nimmt von einem solchen sogenannten Günstigkeitsvergleich mit dem Argument Abstand, dass der Kläger nach deutschem Recht voll obsiege, "so dass dessen Anwendung für ihn jedenfalls ebenso günstig ist wie die Anwendung schweizerischen Sachrechts"<sup>4</sup>.

OLG Stuttgart, Urteil vom 17. September 2018, 5 U 98/17; zur Berufung gegen das Urteil des LG Ulm, Urteil vom 22. Mai 2017 und vom 22. September 2017, 4 O 66/13.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> OLG Stuttgart, Urteil vom 17. September 2018, 5 U 98/17, S. 32.

Weder zuständigkeitsrechtlich noch hinsichtlich des anwendbaren Rechts würde in einem *Gerichtsverfahren in der Schweiz* etwas von den deutschen Urteilen Abweichendes resultieren. Wie die deutschen Gerichte wäre ein schweizerisches Gericht – selbst das im Vertrag an sich vereinbarte – an das *Lugano-Übereinkommen* über Verfahrensrecht (LugÜ) gebunden. Ein solches Gericht hätte seinerseits eine internationale Zuständigkeit gestützt auf Art. 17 i.V.m. Art. 23 Abs. 5 LugÜ abzulehnen, da diese Bestimmungen in *Verbrauchersachen* eine von vornherein getroffene Gerichtsstandsvereinbarung für wirkungslos erklären.

Auch eine *Rechtswahl* auf schweizerisches Recht wäre unbeachtlich; vgl. Art. 120 ("Verträge mit Konsumenten") Abs. 2 schweizerisches IPRG: "Eine Rechtswahl ist ausgeschlossen."

Für den Fall, dass ein schweizerisches Gericht entgegen den vorstehenden Ausführungen und entgegen der durch Art. 33 ff. LugÜ gebotenen *Verpflichtung zur Anerkennung der deutschen Urteile* auf eine Klage in der Schweiz eintreten und schweizerisches materielles Recht anwenden würde – namentlich mit der Begründung, es liege keine Verbrauchersache vor –, wird hiernach geprüft, ob eine Klage des Klägers auch nach schweizerischem Vertragsrecht gutzuheissen wäre – und was für Folgen dies für das Strafverfahren haben müsste.

#### 1.2. Anwendung deutschen Rechts

Aus dem Urteil des OLG Stuttgart im Rechtsstreit Erwin Manne. ./. Bank J. Saffra Sarasin AG (vom 14. September 2018) geht hervor, dass zwischen der Bank Sarasin und Herrn Manne ein Anlageberatungsvertrag konkludent zustande gekommen ist. Der Bank seien erhebliche Risiken der Investitionen bekannt gewesen und sie habe eine Prüfung von Struktur sowie steuerlicher und wirtschaftlicher Hintergründe mit banküblichem Sachverstand unterlassen. Nach dem Urteil wurde Herr Manne durch die Bank Sarasin pflichtwidrig falsch beraten. Im Weiteren seien die Pflichten aus dem Anlageberatungsvertrag namentlich dadurch verletzt worden, dass die Bank Sarasin über einzelne Akteure nicht aufgeklärt habe, erhebliche eigene Bedenken nicht offengelegt und dem Kläger wider besseres Wissen verschwiegen habe, dass sich die Rückzahlung eingelegter Gelder erheblich, vielleicht auf Jahre hinaus verzögern könnte.

Würde durch ein schweizerisches Gericht – gestützt auf welche Zuständigkeit auch immer – deutsches Recht angewandt, würde es zum *gleichen Ergebnis* wie das OLG Stuttgart gelangen. Keine anderen Schlüsse sind nach *schweizerischem Recht* zu ziehen: Die Bank hat ihre Pflichten aus dem Anlage(beratungs)vertrag in schwerwiegender Weise verletzt, indem sie ihren Kunden pflichtwidrig falsch beriet und ihn völlig ungenügend aufgeklärt hat.

## 2. Rechenschafts- und Herausgabepflicht der Bank nach Schweizer Recht

#### 2.1. Grundsätzliches

Auf Verträge von Anlegern mit einer Bank (Bankkonti, Vermögensverwaltung, Anlageberatung, Devisengeschäfte, Call- und Put-Optionen etc.) ist grundsätzlich *Auftragsrecht* nach Obligationenrecht (OR) anwendbar. Die auftragsrechtlichen Bestimmungen können je nach konkreter Vertragsbeziehung durch weitere vertragsrechtliche Vorschriften ergänzt werden (gemischter Vertrag).

Bei Anwendung von Auftragsrecht interessiert vorliegend insbesondere Art. 400 Abs. 1 OR betreffend Rechenschaftsablegung. Die Bestimmung lautet:

"Der Beauftragte ist schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten."

Die Rechenschaftspflicht des Beauftragten soll dem Auftraggeber die Kontrolle über seine Tätigkeiten ermöglichen. Sie bildet die Voraussetzung und die Grundlage der Ablieferungs- oder Herausgabepflicht<sup>5</sup>. Die Rechenschaftspflicht findet ihre Grenzen im Grundsatz von Treu und Glauben. "Die Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR lässt sich darüber hinaus als Konkretisierung der Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR verstehen. Sie garantiert die Einhaltung der Treuepflicht und stellt insofern eine präventive Massnahme zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers dar (BGE 138 III 755 E. 5.3. S. 762; BGE 137 III 393 E. 2.3. S. 397)."<sup>6</sup>. Die Pflicht zur Rechenschaftsablegung ist *unabdingbar*; der Auftraggeber kann darauf nicht verzichten<sup>7</sup>.

Insonderheit folgt aus der Rechenschafts- beziehungsweise Rechenschaftsablegungspflicht eine umfassende *Informationspflicht* gegenüber dem Auftraggeber. Dazu BSK OR-I Weber, Art. 400 N 2: "Die Rechenschaftsablegung als Konsequenz der Wahrung fremder Interessen gem. Abs. 1 beinhaltet neben der Abrechnungspflicht auch die Pflicht des Beauftragten, den Auftraggeber über die Geschäftsführung (aktiv) zu benachrichtigen und ihm (passiv) Auskunft zu erteilen (so § 666 BGB). Die aus der allgemeinen Treue- und Sorgfaltspflicht von Art. 398 fliessende Informationspflicht ist unaufgefordert zu erfüllen". Herausgabe- und Informationspflichten beziehen sich ebenfalls auf alles, was dem Auftraggeber in Ausführung des Mandats von *Dritten* zugekommen ist<sup>8</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> BGE 139 III 49, 54 E. 4.1.2; mit Hinweis auf 110 II 181, 182 E. 2.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> BGE a.a.O.

WEBER, Art. 400 N 2 m.w.H., in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basier Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, (im Text BSK OR I-WEBER, Art. N.); GUHL/SCHNYDER, Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 49 N 20.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> BGE 122 IV 322, 328 E. 3. c.aa; mit Hinweis auf 91 II 442, 451 und 78 II 376, 378. Allgemein zu den Informationspflichten vgl. etwa JENTSCH/VON DER CRONE, Informationspflichten der Bank bei der Vermögensverwaltung: Kundenprofil und Risikoaufklärung, SZW 2011, S. 639 ff.

#### 2.2. Umfang der Rechenschaftsablegungspflicht

#### 2.3.1. Im Allgemeinen

Das Bundesgericht hat wiederholt entschieden, "dass der Umfang der Rechenschaftspflicht auf Belange des Auftragsverhältnisses beschränkt ist, wobei der Beauftragte den Auftraggeber vollständig und wahrheitsgetreu zu informieren und ihm alle Dokumente vorzulegen hat, die sich auf die im Interesse des Auftraggebers besorgten Geschäfte beziehen"<sup>9</sup>. Vgl. auch BSK OR I-WEBER, Art. 400 N 4: "Die Information, und zwar über alles, was für den Auftraggeber von Bedeutung sein kann, muss rechtzeitig erfolgen sowie wahrheitsgetreu und vollständig sein [m.H.]. Die Rechenschaftsablage muss hinreichend ausführlich und verständlich sein, berichtmässig alle wesentlichen Vorgänge umfassen und auch über eigene Fehler aufklären".

Der Rechenschaftspflicht unterliegen können sogenannte interne Dokumente der Bank. Dabei unterscheidet das Bundesgericht zwischen "rein" internen Dokumenten (wie vorbereitende Studien, Notizen, Entwürfe, Materialsammlungen) und anderen internen Dokumenten, wie Telefonaufzeichnungen oder Aufzeichnungen über Kundenbesuche<sup>10</sup>. Letztere unterliegen der Rechenschaftspflicht, auch wenn sie nicht in jedem Fall tel quel herauszugeben sind. Die umfassendere Rechenschaftspflicht soll, wie das Bundesgericht wiederholt festgehalten hat, "die Kontrolle über die Tätigkeiten des Beauftragten ermöglichen"<sup>11</sup>. Zusammenfassend hält das Bundesgericht zur Relevanz interner Dokumente fest<sup>12</sup>: "Es ist somit zu differenzieren zwischen (der Herausgabepflicht nicht unterliegenden) internen Dokumenten, deren Inhalt dem Auftraggeber in geeigneter Form zur Kenntnis gebracht werden muss, um diesem überhaupt die Kontrolle über die Tätigkeiten des Beauftragten zu ermöglichen, und rein internen Dokumenten wie z.B. nie versandten Vertragsentwürfen, welche für die Überprüfung der vertragsgemässen Ausführung des Auftrags durch den Beauftragten ohnehin nicht relevant sind. Unterliegt ein internes Dokument grundsätzlich der Rechenschaftspflicht, bedeutet dies indessen noch nicht, dass es dem Auftraggeber ohne weiteres vorzulegen ist. Vielmehr ist in diesem Fall eine Interessenabwägung mit den Geheimhaltungsinteressen des Beauftragten vorzunehmen (vgl. Urteile 4P.34/1993 vom 30. April 1993 E. 4, in: ZR 93/1994 S. 31 f.; C.59/1980 vom 17. Juni 1980 E. 4a [nach ZR: E. 3a], in ZR 80/1981 S. 76). Den berechtigten Interessen des Beauftragten kann auch dadurch Rechnung getragen werden, dass ein Dokument im konkreten Fall etwa nur auszugsweise vorzulegen ist".

Im Ergebnis bedeutet das, dass die Bank über *alle Vorgänge* zu informieren hat, die für den Auftraggeber im Rahmen des konkreten Rechtsgeschäfts von Bedeutung sind. Das gilt auch mit

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> BGer 4A\_374/2016 vom 20. Oktober 2016, E. 5.2; m.w.H.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> BGE 139 III 49, 54 ff., E. 4.1 sowie E. 4.2.2.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> BGE a.a.O., E. 4.1.3.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> a.a.O., E. 4.1.3 letzter Absatz.

Bezug auf Fehlverhalten der Bank<sup>13</sup>. Dazu BSK OR I-WEBER, Art. 400 N 4 am Ende: "Die schweizerische Lehre hält den Beauftragten für verpflichtet, seinen Auftraggeber über eigenes Fehlverhalten und sogar über daraus resultierende Schadenersatzansprüche [!] aufzuklären [m.H.]." In diesem Sinne grundlegend BGE 138 III 425, 435 E.6.4: "Entsprechend vermag der Umstand, dass die Beschwerdegegner die Auskunft auch deshalb begehren, um prüfen zu können, ob sie allenfalls rechtliche Schritte zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen ergreifen wollen, der Beschwerdeführerin kein überwiegendes berechtigtes Interesse an der Auskunftsverweigerung zu verleihen." Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass die Bank im vorliegenden Fall ihren Kunden hinsichtlich dessen Investments und der problembeladenen Sachund Rechtslage hätte *umfassend* und *proaktiv* aufklären müssen. Insoweit konnte sie sich nicht auf ein irgendwie geartetes Geschäftsgeheimnis berufen (vgl. sogleich).

## 2.3.2. Beim Anlageberatungsvertrag im Besonderen

Die hiervor unter A. 2.3.1. gemachten Ausführungen gelten im Besonderen auch bei der Anlageberatung. Der Anlageberatungsvertrag untersteht als Innominatvertrag dem *Auftragsrecht* gemäss Art. 394 ff. OR. Er geht über eine "Execution only"-Beziehung hinaus und charakterisiert sich durch spezifische *Pflichten*. Bei deren Konkretisierung sind indessen die *Besonderheiten des Einzelfalles* zu berücksichtigen. Dazu das Bundesgericht im Entscheid 4A\_525/2011 vom 3. Februar 2012:

"Wie weit die Aufklärungs- und Beratungspflicht bei der Anlageberatung im Einzelnen geht, kann nicht allgemein festgelegt werden, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, namentlich von der Ausgestaltung des jeweiligen Beratungsverhältnisses, der Art des konkreten Anlagegeschäftes sowie der Erfahrung und den Kenntnissen des Kunden"<sup>14</sup>.

Was den *Informationsanspruch* des Auftraggebers im Rahmen der Anlageberatung betrifft, ist vorliegend von einem *umfassenden* auszugehen. Der Berater (in der Regel eine Bank) schuldet dem Kunden *umfassende Aufklärung* und Beratung<sup>15</sup>. Das bedeutet *in casu*: *Herr M* hätte von der Bank Sarasin vor Tätigen des Investments informiert und aufgeklärt werden müssen; etwa und namentlich über:

- Was ist der Sheridan Fund?
- Wie ist er strukturiert und wer sind die Beteiligten?
- Rolle und Bedeutung der in- und ausländischen Akteure?
- Wer partizipiert und in welcher Höhe an Gewinnen und Verlusten? Retrozessionen etc.?

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Etwa im Zusammenhang mit Cum-Ex-Geschäften; vgl. die deutliche Stellungnahme bei Emmenegger et al., Das schweizerische Bankprivatrecht 2016, SZW 2017, S. 210 ff., S. 213 f.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> E. 3.2.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Vgl. etwa Jentsch/von der Crone (Fn. 8), S. 650; Bertschinger, Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung und Verwaltungsaufträgen, Zürich 1991, S. 97 ff.

- Wie sieht konkret das Verlustrisiko für Herrn Manna aus? Werden seine Anlageerwartungen
   und in welchem Ausmass/zu welchem Grad erfüllt?
- Welche rechtlichen Probleme und Imponderabilien könnten sich ergeben?
- Welches ist der Kenntnisstand der Bank Sarasin mit Bezug auf alle diese Fragen?

Angesichts der vorgesehenen *Investitionssumme* hätte die Bank den Informationspflichten besondere Aufmerksamkeit schenken sollen. Zu empfehlen wären auch informative Aktennotizen gewesen.

Wie noch auszuführen sein wird, gehörte zur Informationspflicht unstreitig eine (proaktive) Hinweis- und Warnpflicht, sobald die Bank Sarasin von Schwierigkeiten und rechtlichen Zweifeln das Produkt betreffend erfahren hatte. Vgl. auch den erwähnten BGE 4A\_525/2011 E. 8.1: "Zustimmung verdient die Ansicht, dass sich in einem Anlageberatungsverhältnis mit entsprechender Vertrauensbasis auch ohne ausdrückliche Vereinbarung nach Treu und Glauben ausnahmsweise dennoch eine Überwachungs- und Warnpflicht ergibt, dies jedoch nur [aber immerhin] in dem Sinn, dass die Bank, wenn sie mit dem Kunden in Kontakt ist und das Anlagedossier ohnehin zur Hand nehmen muss, auf offensichtliche Problemsituationen hinweisen muss [...]."

Was den Anspruch auf *Rechenschaftsablegung* betrifft, ist ebenfalls von einem umfassenden auszugehen. Im Licht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung "ist der Umfang des auftragsrechtlichen Rechenschaftsrechts ausserordentlich weit", und "[ü]berwiegende Geheimhaltungsinteressen des Finanzdienstleisters, die der Rechenschaftsablegung laut Bundesgericht entgegenstehen können, dürften jedenfalls in Privatkundenverhältnissen eher selten sein"<sup>16</sup>. Angewandt auf die hier interessierende Situation, hätte die Bank laufend über die *Entwicklung der Investition* berichten müssen. Ausgehend von den hiervor formulierten Fragen hätte die "performance" – namentlich bei Veränderung der Risikolage und der Risikofaktoren – dargestellt und analysiert werden müssen<sup>17</sup>. *Herr M* wäre auch aufzufordern gewesen, zu den Berichten und den zu liefernden Dokumenten Stellung zu nehmen und Fragen zu stellen. Alles das ergibt sich aus der zu bejahenden *Aufklärungs- und Sorgfaltspflicht*, zumal in kritischen Situationen.

## 2.3. Anwendung auf die im vorliegenden Fall weitergegebenen Dokumente

Vgl. die überblicksartige Aufstellung oben auf S. 11 dieses Gutachtens.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> SETHE/SEILER, Dokumentation und Rechenschaft im geplanten FIDLEG, in: Waldburger et al. (Hrsg.), Law & Economics: Festschrift für Peter Nobel, Bern 2015, S. 431 ff., S. 439.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Zu "performance reports" im Allgemeinen BERTSCHINGER (Fn. 15), S. 203 ff.

## 2.3.1. Freshfields-Gutachten

Eine Sichtung dieser Gutachten macht mit aller Deutlichkeit klar, dass darin Informationen und Analysen enthalten sind, die für den Bankkunden Macht von höchster Bedeutung waren und sind.

Das gilt einmal für die steuerrechtliche Begutachtung der "Anlage in den Sheridan Equity Arbitrage Fund" des Herrn Dr. Ulf Johannemann (vom 4. März 2013). Die tiefschürfende Analyse der involvierten Rechtssubjekte, der relevanten Vertragsbeziehungen, der Investitionsabläufe, der steuerrechtlichen Bewertungen und vieles mehr sind für den (explizit genannten) "Kunden" wichtig. Er wäre ob der Zusammenfassungen (vgl. nach Ziff. 3.3 sowie Ziff. 10 des Freshfields-Gutachten) nachgerade hellhörig geworden. Mit Blick auf die referierte Bundesgerichtspraxis und das einschlägige Schrifttum dürfte unstreitig sein, dass Herr Manalen Anspruch auf die Einzelerkenntnisse und die Schlussfolgerungen des Gutachtens hatte. Das gilt beispielsweise (und besonders) für die in Ziff. 10 gemachte Aussage, es sei "wahrscheinlich", "dass die USPPs einen Prozess anstrengen müssen, um die deutsche Kapitalertragsteuer erstattet zu bekommen". Da in dem Gutachten so viele Einzelaspekte behandelt werden, ist es kaum vorstellbar, dass die Bank ihrer Informationspflicht anders als durch Herausgabe des Gutachtens selbst hätte nachkommen können. Jedenfalls hätte sie eine sehr detaillierte "Zusammenfassung" erstellen müssen – und dem Kunden anerbieten, das Gesamtgutachten auszuhändigen.

Das soeben Gesagte gilt – mutatis mutandis – auch für das weitere Gutachten "Bank Sarasin & Cie AG – EM-Prozess-Analyse der Ausgangsrisiken" von Dr. Martina de Lind van Wijngaarden und Dr. Moritz Keller (vom 5. März 2013). Das Gutachten bezweckt eine Einschätzung von Risiken, die aufgrund der Gefahr drohen, dass "Herr Erwin Martina (EM)" die Bank verklagen wird. In der Zusammenfassung (Ziff. I) wird festgehalten, dass es "überwiegend wahrscheinlich" sei, dass Herr Martina den Prozess vor deutschen Gerichten gewinnen wird. Auch sei Herr Martina berechtigt, "eine Stornierung der Anlage zu fordern, unabhängig von der Frage, ob die Steuererstattung letztlich gewährt wird oder nicht" (Schluss der Zusammenfassung). Das Gutachten listet detailliert die Anlagerisiken auf, über die Herr Martinacht in gehöriger Weise informiert worden ist.

Die Lektüre des Gutachtens, insbesondere des Teils "Rechtliche Analyse", gibt in beeindruckender Weise Gedankengänge, Argumente und Rechtsauffassungen wieder, die sich ebenfalls in den Urteilen des LG Ulm und des OLG Stuttgart finden. Mit anderen Worten: Das Gutachten prognostiziert weitgehend zutreffend den Ausgang eines möglichen Prozesses. Wie vorne dargelegt, ist der Bankkunde auch dann umfassend zu informieren, wenn es um Fehlverhalten der Bank geht und sogar Schadenersatzforderungen gegen sie im Raum stehen. Herr Manne hatte daher Anspruch auf Kenntnisnahme des Gutachtens – unter Einschluss aller Einzelheiten, da diese allesamt ihn und seine Investition betrafen. Diesem Anspruch hätte im Ergebnis nur durch Aushändigung des Gutachtens Genüge getan werden können. Denn dann wäre es Herrn Manne möglich gewesen, die gehörige beziehungsweise unsorgfältige Erfüllung des Auftrags durch die Bank zu verifizieren, und er hätte informiert über das weitere Vorgehen (Verhandlungen mit der Bank, Rückabwicklung der Investition, Schadenersatzforderungen u.a.) befinden können.

Auch wenn die Freshfields-Gutachten vertraulichen Charakter haben mochten, können sie – entgegen der Anklageschrift Seith<sup>18</sup> – im Verhältnis zu Herrn Masse und zu dessen Anwalt RA Seith nicht als Geheimnis qualifiziert werden. Wie dargelegt, hatte Herr Masse aus zivilrechtlicher Sicht diesbezüglich Informations- und Rechenschaftsablegungsansprüche, die jeglichen Geheimhaltungsanspruch der Bank unterminierten. Gänzlich zurückzuweisen ist das in der Anklageschrift ohne weitere Begründung aufgestellte Argument, die Verwendung und Preisgabe der Gutachten sei "geeignet [gewesen], in den Händen der Gegenpartei immensen Schaden zu bewirken"<sup>19</sup>. Auf die (irreführende) Thematik der Schadenszufügung aus haftpflichtrechtlicher Sicht wird hiernach noch eingegangen.

## 2.3.2. Chronologie EM, Client Contact Reports und E-Mails

Relativ unproblematisch erscheinen Dokumente – wie etwa E-Mails zwischen der Bank Sarasin und Herrn Manne, die sich (auch) im Besitz des Kunden beziehungsweise von dessen Anwälten und sonstigen Beratern befanden. Indessen kann auch diesbezüglich eine Informations- und Herausgabepflicht bejaht werden, sollte beispielsweise der Kunde das eine oder andere Dokument verloren/gelöscht haben.

Der Offenlegungspflicht unterstanden aber auch die Chronologie EM und Herrn Merze betreffende Client Contact Reports. Nach der vorne dargelegten Bundesgerichtspraxis betreffend interne Dokumente hat der Kunde Informations- und Rechenschaftsablageansprüche auch darauf. Es ist somit verfehlt, diese Dokumente als "Geheimnisse" zu bezeichnen<sup>20</sup>.

Alle Informationen sind zu tätigen, die das *Investment* von *Herrn M* betreffen. Gegebenenfalls sind Dokumente nur auszugsweise vorzulegen, oder es kann über einen Vorgang auch anders als durch Vorlage des Originaldokuments informiert werden.

## 2.3.3. Memorandum R

Ebenfalls mit Bezug auf die Kundenbeziehung zu Frau R muss von einem Informationsanspruch ausgegangen werden, jedenfalls was die ähnlichen Problemlagen im Verhältnis zu anderen Kunden betraf. Die Bank hätte dahingehend aufklären müssen, dass das Investment komplex ist und nicht für jedermann – wie andere Fälle ihrerseits bewiesen – geeignet erscheint.

## 2.3.4. Memorandum "Neubegutachtung Exceptional Business"

Soweit sich aus dem Memorandum Überlegungen und Schlüsse mit Bezug auf das Investment von Herrn Manne ergeben, hat er Anspruch auf Informationen. Das gilt im Besonderen ebenfalls

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Anklageschrift Seith, S. 5/23 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Anklageschrift Seith, S. 6/23 und S. 9/23.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Anklageschrift Seith, S. 9/23.

hinsichtlich der Entschädigung(en) der Bank für ihre Dienste, namentlich mit Bezug auf Provisionen, Retrozessionen etc.<sup>21</sup>

Die Anklageschrift hält selbst fest, dass das Memorandum "Neubegutachtung" eventuell "in teilweise geschwärzter Form" übergeben worden ist<sup>22</sup>. Das zeigt deutlich, dass es Herrn Musik und seinem Anwalt nur darauf ankam, die Herrn Musik betreffenden Passagen offenzulegen. Diesbezüglich hatte die Bank vertragsrechtlich keinen Geheimhaltungsanspruch.

# 3. Geschäftsgeheimnis und Verletzung des Geschäftsgeheimnisses aus Sicht des schweizerischen Zivilrechts

#### 3.1. Fazit: Kein Geheimnisschutz im Verhältnis zum Auftraggeber

Nach den vorstehenden Ausführungen war die Bank Sarasin im konkreten Fall vollumfänglich auskunfts- und aufklärungspflichtig gegenüber Herrn Mann, was das fragliche Investment betraf. Die im Zusammenhang damit stehenden Dokumente und Informationen unterlagen gegenüber dem Auftraggeber nicht der Geheimhaltung – über sie war vielmehr Rechenschaft abzulegen (vgl. vorne).

Das Gesagte gilt ebenfalls für mögliche rein interne Dokumente. Zwar ist es denkbar, dass einzelne Unterlagen (Sitzungsprotokolle, Aktennotizen, Gutachten) nicht als solche, gleichsam tel quel, hätten herausgegeben werden müssen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung hätte aber über ihren Inhalt (z.B. Freshfields-Gutachten) berichtet werden müssen, soweit dies – was nicht zu bezweifeln ist – für den Auftraggeber relevant war. Im Einzelnen vgl. hiervor.

## 3.2. Exkurs: Begründet die Weitergabe der Dokumente eine Haftung des Auftraggebers?

Selbst wenn man entgegen dem vorstehend Ausgeführten den Geheimnisschutz im weitergehenden Masse bejahte, begründete die Weitergabe der Dokumente keine Haftung des Auftraggebers.

## 3.2.1. Unerlaubte Handlung?

Es fällt schwer, im Lichte schweizerischen Haftungsrechts vorliegend einen etwaigen Anspruch der Bank aus unerlaubter Handlung zu bejahen.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Vgl. etwa BGer 6B\_689/2016 vom 14. August 2018: Den Erhalt von Retrozessionen zu verschweigen, kann ungetreue Geschäftsbesorgung sein.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Anklageschrift Seith, S. 13/23, Ziff. 10.

Zu prüfen ist vorliegend das allgemeine ausservertragliche Haftungsrecht nach *Art. 41 ff. OR.* Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch sind<sup>23</sup>:

- Schaden des Anspruchstellers
- Adäquater Kausalzusammenhang
- Widerrechtlichkeit der Schädigung
- Verschulden des Schädigers bei der Verschuldenshaftung,

Nach hier vertretener Auffassung wird in casu keine dieser Voraussetzungen erfüllt.

Zwar wird die Bank Sarasin geltend machen wollen, sie habe nach dem Prozessergebnis in Deutschland bzw. bei Vollstreckung des rechtskräftigen Urteils eine unfreiwillige Vermögensverminderung (Definition von Schaden) erlitten. Das mag auf den ersten Blick so erscheinen, kann aber einer näheren Prüfung nicht standhalten. Schaden ist Vermögensverminderung, vorliegend wäre er damnum emergens. Die Bank trifft insofern die Beweislast. Von einer Verminderung des Vermögens kann aber keine Rede sein, denn dieses war durch die Forderung des Herrn Machen belastet. Sie hätte in den Passiven der Bank bilanziert werden bzw. es hätten entsprechende Rückstellungen gemacht werden müssen. Das Prozessergebnis in Deutschland, d.h. die Verurteilung der Bank, war nur (wenn auch immerhin) die Konkretisierung der bestehenden Vermögensbelastung, nämlich des "Rückzahlungs"anspruchs des Herrn Machen. Dieser stellt entsprechend kein gerichtlich geschaffenes Schadensereignis dar. (Im Übrigen würde eine anderslautende Sichtweise dazu führen, dass bei jedem Leistungsurteil von zugefügtem Schaden zu sprechen wäre!)

Sodann mangelte es an den weiteren Haftungsvoraussetzungen. Was einen etwaigen *Kausalzusammenhang* zwischen Schaden und Einbringen der strittigen Akten in den Prozess betrifft, ist zwar davon auszugehen, dass diese Informationen dem Gericht die Entscheidfindung erleichtert haben mögen. Selbst bei (grundsätzlicher) Bejahung eines Kausalzusammenhangs wäre dieser wegen *groben Selbstverschuldens* der Bank Sarasin wieder entfallen<sup>24</sup>. Ohne das grob schuldhafte Verhalten der Bank Sarasin (Kapitalanlage, fehlende Aufklärung des Investors) wäre es nicht zur prozessualen Auseinandersetzung und damit zur Verurteilung der Bank Sarasin gekommen.

Schliesslich fehlt es an der Voraussetzung der Widerrechtlichkeit (Art. 41 Abs. 1 OR). Da vorliegend durch die Bank Sarasin ein reiner Vermögensschaden behauptet würde, müsste sie zu ihren Gunsten eine haftpflichtbegründende Schutznorm nachweisen können. Eine solche ist nicht

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Vgl. namentlich Brehm, Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41-61 OR, 4. Aufl.,

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Bzw. in der Sprache des schweizerischen Rechts: "unterbrochen" worden; vgl. Kessler, Art. 41 N 20 ff., in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, (zit. BSK OR I-Kessler, Art. N.).

in Sicht, zumal das Bundesgericht auf dem Gebiet des Strafrechts zurückhaltend ist, StGB-Normen Schutznormcharakter zuzuschreiben<sup>25</sup>. Überdies wird an anderen Stellen dieses Gutachtens diskutiert, ob allenfalls zur Diskussion stehende Straftatbestände *erfüllt* werden – sie werden weitgehend ausgeschlossen (siehe Frage B.). Entsprechend können sie auch deswegen nicht als Schutznorm des Haftpflichtrechts herangezogen werden.

Selbst wenn eine Schutznorm auszumachen wäre, würde die Widerrechtlichkeit wegen Vorliegens eines *Rechtfertigungsgrundes* entfallen. Es sind insoweit gleiche Überlegungen anzustellen, wie sie in anderem Zusammenhang dieses Gutachtens zum Ausschluss der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit vorgetragen werden (Frage C.).

Zu denken ist in erster Linie an die erlaubte *Selbsthilfe*: Art. 52 Abs. 3 OR. Selbsthilfe ist Sicherung eines Rechts durch *Eigenmacht*. Art. 52 Abs. 3 OR setzt die Gefährdung eines berechtigten und klagbaren Anspruchs voraus – oder die Gefahr, dass die Geltendmachung eines solchen Anspruchs wesentlich erschwert wird<sup>26</sup>. Vorausgesetzt wird im Besonderen, dass amtliche Hilfe nicht rechtzeitig erhältlich ist. Es ist evident, dass die im deutschen Prozess eingereichten Dokumente auf amtlichem Weg überhaupt nicht oder nur unter Erschwernissen hätten beschafft werden können. Es kann auch nicht argumentiert werden, *Herr M* beziehungsweise sein Anwalt hätten "mildere" Mittel und Wege wählen müssen, um zu den Informationen zu gelangen und diese danach in einem Prozess zu verwenden<sup>27</sup>. Über die Ablegung als materiellrechtliche Forderung ist durch rechtskräftiges Urteil, nicht durch Anordnung vorsorglicher Massnahmen zu entscheiden.

Als weiterer, ungeschriebener (aber allgemeiner) Rechtfertigungsgrund wird die Wahrung berechtigter Interessen anerkannt<sup>28</sup>. Auch wenn eine Bejahung dieses Rechtfertigungsgrundes nicht leichthin stattfinden soll, kann man sich kaum einen anderen als den vorliegenden Fall vorstellen, in dem er zum Tragen kommen sollte. Es ist mittlerweile notorisch und durch die Verfahren in Deutschland offenkundig geworden, um was für illegale und verwerfliche Anlageprodukte es sich vorliegend handelte. Bei der Preisgabe der relevanten Dokumente verfolgten Herr Managemen und sein Anwalt nicht nur berechtigte Eigeninteressen. Sie schafften auch Transparenz mit Bezug auf einen Sachverhalt, in welchem ebenfalls öffentliche Interessen tangiert wurden.

Schliesslich ist an den Rechtfertigungsgrund des *Notstands* zu denken: Art. 52 Abs. 2 OR. Diesbezüglich gelten *mutatis mutandis* die gleichen Überlegungen wie sie aus strafrechtlicher Sicht angestellt werden (vgl. Frage C. 2.).

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Vgl. BSK OR I-Kessler (Fn. 24), Art. 41 N 35.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> BSK OR I-Kessler (Fn. 24), Art. 52 N 15; Brehm (Fn. 23), Art. 52 N 63 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Vgl. beispielsweise BGE 141 III 564, Pra 105 (2016) Nr. 80: unstatthafte vorsorgliche Beweisführung hinsichtlich der Rechenschaftsablegung nach Art. 400 Abs. 1 OR.

BSK OR I-Kessler (Fn. 24), Art. 52 N 23c; Guhl/Koller, Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 24 N 29.

## 3.2.2. Vertragsverletzung?

Mit gleichen Überlegungen wie oben A. 3.2.1. ist, *mutatis mutandis*, eine Vertragsverletzung durch den Auftraggeber zu verwerfen. Hinzu kommt, dass dieser sich veranlasst sah, seine Rechte gegen die *vertragsbrüchige* Partei durchzusetzen. Deren Verhalten stellt nicht nur eine Verletzung ihrer vertraglichen Hauptpflichten (wie hiervor aufgezeigt) dar, sondern bedeutet zugleich einen Verstoss gegen die dem Auftraggeber geschuldete generelle *vertragliche Treue-pflicht*. Dagegen kann sich der Vertragspartner zur Wehr setzen, denn die Bank kommt ihren Erfüllungspflichten nicht nach. Sie ist damit auch von einer Anrufung des Art. 97 OR ausgeschlossen.

B. Haben Herr Seith, Herr und Herr als als Täter bzw. als Anstifter Straftatbestände nach

Art. 162 StGB, Verletzung des Geschäftsgeheimnisses

Art. 47 BankG, Verletzung des Bankgeheimnisses

Art. 43 BEHG, Verletzung des Berufsgeheimnisses (eines Effektenhändlers)

Art. 273 StGB, Wirtschaftlicher Nachrichtendienst erfüllt?

## 1. Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses, Art. 162 StGB

#### 1.1. Grundsätzliches

Nach Art. 162 StGB macht sich strafbar, wer "ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis, das er infolge einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht bewahren sollte, verrät" (Abs. 1). Es handelt sich um ein Sonderdelikt, für das nur jene Personen Täter sein können, die – insbesondere als Mitarbeiter des betreffenden Unternehmens – die Geheimnisse zu bewahren haben.

Strafbar ist sodann aber auch der Empfänger der geheim zu haltenden Information: derjenige, der "den Verrat für sich oder einen andern ausnützt" (Abs. 2).

Angewendet auf das Zusammenwirken der Beschuldigten:

- kommt Herr als als Täter des Sonderdelikts des Art. 162 Abs. 1 StGB in Frage, soweit er als ein zur Verschwiegenheit Verpflichteter Geschäftsgeheimnisse preisgegeben hat.
- Herr könnte hierzu als Anstifter oder Gehilfe teilgenommen haben. Sein Vorsatz könnte allerdings fraglich sein; welche konkreten Papiere an RA Seith weitergegeben werden, hat er möglicherweise gar nicht gewusst, ihm könnte somit der Einblick in deren Geheimnischarakter fehlen.
- Für *RA Seith* ist für die blosse Entgegennahme der Dokumente Teilnahme zu Abs. 1 ausgeschlossen: Als Mitteilungsempfänger bleibt er straflos, weil seine Teilnahme die Voraussetzung ist, dass der Geheimnisträger überhaupt Verrat begehen kann (sog. "notwendige Teilnahme")<sup>29</sup>.
- RA Seiths weiteres Verhalten Weitergabe der betreffenden Dokumente bzw. Zitate daraus an Gericht, Behörde und an einen anderen Rechtsanwalt – ist sodann nach Art. 162 Abs. 2 StGB zu prüfen: als mögliches Ausnutzen eines Verrats für sich oder einen anderen.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> BGE 80 IV 22; NIGGLI/HAGENSTEIN, Art. 162 N 41, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 137-392 StGB, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB II-NIGGLI/HAGENSTEIN, Art. N).

#### 1.2. Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses

#### 1.2.1. Allgemeine Elemente des Geheimnisbegriffs

Geheim i.S. des Art. 162 StGB ist eine Tatsache nur, wenn sie ausschliesslich einem beschränkten Personenkreis zugänglich ist (relative Unbekanntheit). Das ist bei sämtlichen Tatsachen, die aus den genannten Dokumenten hervorgehen, der Fall. Geheimnisherr ist die Bank Sarasin, da es um Tatsachen aus ihren Geschäften geht. Ebenso besteht ohne Zweifel der erforderliche Wille der Bank, die Geheimnisse zu bewahren.

#### 1.2.2. Beschränkung auf Geschäftsgeheimnisse

Nach Art. 162 StGB sind nur Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse geschützt; im vorliegenden Sachverhalt kommen nur Geschäftsgeheimnisse in Frage. Ein solches liegt nur vor, wenn es "Einfluss auf das Betriebsergebnis haben kann"<sup>30</sup>. Die Tatsache muss insofern wirtschaftlichen Wert haben<sup>31</sup>, als ihre Verbreitung geeignet sein muss, der Konkurrenz einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen oder den Betrieb des Geschäftsherrn zu schädigen<sup>32</sup>. Eine weiter zugespitzte Judikatur sieht ein Geheimnis sodann nur dann als geschützt an, wenn es Einfluss auf den kaufmännischen Erfolg haben könnte<sup>33</sup>.

In den Anklagen fehlen Aussagen darüber, warum die in den weitergereichten Dokumenten enthaltenen Geheimnisse in diesem Sinn kaufmännisch relevant sein könnten. Ihr tatbestandlicher Charakter müsste daher im Verfahren noch eingehend erörtert und belegt werden. Ungenügend ist in diesem Zusammenhang der Hinweis auf den offensichtlich aufgrund der Preisgabe der Dokumente verlorenen Schadenersatzprozess um 45.000.000 Euro. Denn diesen Betrag hatte die Bank Sarasin unrechtmässig inne – er war Herrn Manage als Schadensersatz geschuldet. Und der nach Art. 162 StGB erforderliche wirtschaftliche Wert von Geheimnissen – er ist schliesslich der Grund ihres strafrechtlichen Schutzes – lässt sich nicht mit deren Eignung begründen, einen unrechtmässigen Zustand aufrechtzuhalten: Unrechtmässige Zustände werden ex definitione nicht (straf-)rechtlich geschützt.

#### 1.2.3. Geschütztes Geheimhaltungsinteresse

Fraglich könnte im vorliegenden Fall zudem sein, dass die Bank Sarasin auch ein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung hat. Dies könnte einerseits daran scheitern, dass illegale Vorgänge zum Ausdruck gebracht werden. So kann z.B. kein Geheimnisschutz über die Tatsache beansprucht werden, dass in einem Betrieb Waren gefälscht werden<sup>34</sup>. Dieser Gedanke wird in

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> BSK StGB II-Niggli/Hagenstein (Fn. 29), Art. 162 N 9; BGE 103 IV 283, E. 2b; 109 lb 47, E. 5c; 118 lb 547, E. 5a; BGer 6B\_496/2007 vom 9. April 2008, E. 5.1; BStGer RR. 2008.103 vom 18. Dezember 2008, E. 3.3.1.

TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 162 N 6, in: Trechsel/Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018 (zit. Trechsel/Jean-Richard, StGB PK³, Art. N.).

<sup>32</sup> BSK StGB II-Niggli/Hagenstein (Fn. 29), Art. 162 N 9.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> BGE 103 IV 283, E. 2b; 109 lb 47, E. 5c.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Beispiel nach Trechsel/Jean-Richard (Fn. 31), StGB PK<sup>3</sup>, Art. 162 N 2.

der Literatur insofern verallgemeinert, als kein schützenswertes Geheimhaltungsinteresse besteht, wenn es im Widerspruch zur schweizerischen Rechtsordnung steht<sup>35</sup>.

Andererseits hat die Bank Sarasin als Beauftragter gegenüber ihrem Auftraggeber Herrn M Informationspflichten zu erfüllen (dazu Frage A. 2.2.). Soweit die in Rede stehenden Dokumente Tatsachen preisgeben, die einer solchen Pflicht unterliegen, sind sie gegenüber Herrn M inicht geheim zu halten. Und Herr M hat wiederum das Recht, sie zur Durchsetzung seiner Ansprüche zu nutzen – darin liegt ja ein Sinn der Informationspflicht der Bank – und sie dementsprechend weiterzugeben. Wer diese Dokumente daher mit dem Einverständnis von Herr M an andere Personen herausgibt oder vor Gerichten verwendet, verletzt kein schützenswertes Geheimnis.

Insgesamt geben die im vorliegenden Sachverhalt in Bezug auf Herrn Meweitergereichten Dokumente preis, dass der deutsche Fiskus zu einer mehrfachen Erstattung von Steuerleistungen gebracht werden sollte, wie die Bank ihre Beziehung zum Kunden Meweitergereichten dass Herr Meweitergereichten wurden sowie Frau Rese von der Bank falsch beraten wurden. Ob es sich dabei um Geschäftsgeheimnisse handelt und ob die Bank ein nach Art. 162 StGB geschütztes Interesse an ihrer Geheimhaltung hat, lässt sich im Einzelnen wie folgt beurteilen:

#### 1.2.4. Anwendung auf die im vorliegenden Fall weitergegebenen Dokumente

#### a. Freshfields-Gutachten

Die Fehlberatung lässt sich vor allem über die von der Kanzlei Freshfields erstellten Gutachten (Dokument N.1.) feststellen. Denn im ersten Gutachten, das eine steuerliche Beurteilung des Sheridan Fund vornimmt, wird bescheinigt, dass Herr M kaum Aussicht auf eine Steuererstattung hat und dadurch einen Verlust seiner Investition erleidet. Das zweite Gutachten diagnostiziert diesbezügliche Beratungsfehler und damit die Schuld der Bank Sarasin. Die beiden Gutachten sind im Zusammenhang zu lesen. Insgesamt geben sie sozialwidriges und illegales Verhalten der Bank preis:

- Neben schweren Beratungsdefiziten geht aus ihnen hervor,
- dass die deutsche Steuerbehörde so getäuscht hätte werden sollen, dass sie nur einmal erhobene Kapitalertragssteuer und Solidaritätszuschlag mehrfach erstatte.

Wie aus den Antworten zu Frage A. hervorgeht, hatte die Bank Sarasin auch in Bezug auf alles, was ihr in Ausführung des Auftrags von Dritten zugekommen ist, ihrem Auftraggeber Herrn Manne gegenüber Rechenschaftspflicht. Bei den beiden Freshfields-Gutachten handelt es sich um derartige extern verfasste, aber auf den Auftrag bezogene Dokumente. Sie sind daher vom Auskunftsanspruch des Kunden Manne erfasst: Dieser hatte ein Recht, sie in Kopie zu erhalten;

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> SCHWARZ, in: Ackermann/Heine (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Bern 2013, § 19 N 37; PIETH, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., Basel 2018, S. 127 f. (zit. PIETH, BT<sup>2</sup>).

ihm gegenüber und gegenüber den von ihm zur Einsichtnahme autorisierten Personen – das ist in diesem Fall *RA Seith* – besteht daher kein Anspruch auf Geheimhaltung.

Vor allem aber drängt sich die Frage auf, ob diese Unterlagen nicht sogar *illegale Tatsachen* preisgeben – und ob daran überhaupt ein schützenswertes Interesse bestehen kann. In einem älteren Entscheid<sup>36</sup> sah das Bundesgericht zwar noch keine Veranlassung, den Geheimnisschutz aufgrund der Verletzung *ausländischen* Kartellrechts zu verweigern<sup>37</sup>. Aber abgesehen davon, dass es mehr als fraglich ist, ob ein Schweizer Gericht heute noch die Verheimlichung der (systematischen) Verletzung ausländischen Steuerrechts schützen würde, ist im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass die Bank und ihre Vertreter *Schweizer* Recht verletzt haben – und an der Verheimlichung der Verletzung schweizerischem Rechts besteht kein Anspruch<sup>38</sup>.

Die Rechtsverletzung, die die Freshfields-Gutachten preisgeben, besteht einerseits in schweren Verletzungen der Informations- und Offenlegungspflichten der Bankmitarbeiter im Zusammenhang mit der von ihnen empfohlenen Investition von Herrn M in den Sheridan Fund. So gibt das zweite Gutachten eine geradezu vernichtende Beurteilung über die Beratungsleistung der Bankmitarbeiter ab. Bezogen auf die Risikoeinschätzung, die aus dem ersten Gutachten hervorgeht, stellt es zusammenfassend explizit fest, dass die Bank Sarasin "ihre Pflicht zur Erbringung objektgerechter Beratung zu dieser Anlage für EM [E M m nicht erfüllt" hat, da "eine Reihe wesentlicher Aspekte und spezifischer Risiken EM gegenüber nicht erwähnt" wurden; aufgrund der "falschen Beratung für EMs Anlageentscheidung" sei die "Schuld der BSC [Bank Sarasin & Cie AG]" anzunehmen (S. 2 f. der deutschen Übersetzung). Derartig Beratungsdefizite verstossen gegen Schweizer Recht: Die Mitarbeiter der Bank Sarasin erfüllen die ihnen nach dem Beratungsvertrag zwischen Herrn M und der Bank auferlegten Pflichten nicht. Und die im Zusammenhang zu lesenden Gutachten der Kanzlei Freshfields geben diese Rechtsverletzung preis.

Jenseits der Verletzung derartiger zivilrechtlicher Pflichten liegt nahe, im vorliegenden Fall sogar einen Anlagebetrug (Art. 146 StGB) seitens der Bank anzunehmen: Es ist anzunehmen, dass Herr Mana nicht über das Geschäftsmodell der Sheridan Funds aufgeklärt wurde und dass er, wenn er gewusst hätte, dass der erhoffte Gewinn auf der Täuschung der deutschen Steuerbehörden beruhte, der Anlage nicht zugestimmt hätte. Das Anlagekonzept war selbst für einen Fachmann nicht leicht zu durchschauen. Der bisher bekannte Sachverhalt enthält daher Indizien für eine arglistige Täuschung seitens der Bank, die bei Herrn Mana einen Irrtum hervorgerufen hat. Eine derartige Annahme ist natürlich noch zu überprüfen: Die Akten sind aus den in Deutschland und der Schweiz geführten Straf- und Zivilverfahren müssten angefordert, vorgelegt und ausgewertet werden.

Belegen diese Akten tatsächlich eine Täuschung seitens der Bank Sarasin und einen Irrtum Herrn Mann, so nahm dieser irrtumsbedingt eine Vermögensverfügung vor, indem er die

<sup>36</sup> BGE 104 IV 175 (Stanley Adams).

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> PIETH, Wirtschaftsstrafrecht, Basel 2016, S. 254 (zit. PIETH, Wirtschaftsstrafrecht).

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Рієтн (Fn. 35), ВТ<sup>2</sup>, S. 127.

hochriskante Anlage tätigte. Sie führte zunächst zu einer schadensgleichen Vermögensgefährdung (ausserordentlich hohes Risiko des Totalverlustes ohne Versicherung). Im Rahmen einer sorgfältigen Bilanzierung hätte dieser Unsicherheit durch Wertberichtigung oder Rückstellung Rechnung getragen werden müssen<sup>39</sup>.

Die Transaktion führte sodann nahezu zu einem Totalverlust. Die Bankmitarbeiter müssen sich dessen bewusst gewesen sein. Ziel des Vorgehens war es auch, sich mittels Kommissionen usw. zu bereichern. Die Kommissionen waren in der Anlagesumme eingerechnet. An der Stoffgleichheit ist daher nicht zu zweifeln. Insgesamt liegt ein Anlagebetrug zulasten von Herrn Manhe.

Zur Geheimhaltung krimineller Handlungen bietet das Schweizer Geheimnisschutzrecht jedoch nicht Hand: Es fehlt am schutzwürdigen Geheimhaltungsinteresse. Schon aus diesem Grund erfüllt weder die Herausgabe noch die Ausnutzung der beiden *Freshfields*-Gutachten den objektiven Tatbestand des Art. 162 StGB.

## b. Chronologie EM

Bei der "Chronologie der Abläufe betreffend Kundengespräche, Beratung, Information und ausgehändigte Unterlagen" (Chronologie EM, Dokument N.2.), die nach Beschreibung der Anklageschriften zum internen Gebrauch der Bank Sarasin bestimmt war, ist fraglich, ob nach den oben (B. 1.2.2.) beschriebenen Kriterien der Judikatur überhaupt ein Geschäftsgeheimnis vorliegt. Zusammenfassend ausgedrückt offenbart das Dokument, wie seitens der Bank Sarasin mit den Forderungen von Herrn Mannengen wurde. So stellt es dar, wie sich die Geltendmachung dieser Forderungen entwickelt hat, enthält Informationen über die mit Herrn Mannengespräche und Leitfäden für den Umgang mit ihm.

Nun dürfte die Chronologie tatsächlich die Chancen der Bank im Schadenersatzprozess gegen Herrn Mer verkürzt haben; insofern lag ihre Geheimhaltung rein faktisch im Vermögensinteresse der Bank. Dieses Vermögensinteresse – das Interesse, berechtigte Schadenersatzforderungen abzuwehren – ist jedoch gerade nicht nach Art. 162 StGB geschützt. Daher spricht einiges dafür, derartigen Notizen über eine bestimmte Kundenbeziehung in einer bestimmten Frage den für ein Geschäftsgeheimnis charakteristischen wirtschaftlichen Wert abzusprechen – welchen Wert sollte derartiges für die Konkurrenz haben? Ihre Preisgabe hat gerade keinen Einfluss auf den kaufmännischen Erfolg: Die Chronologie ist gerade nicht kaufmännisch nutzbar, sondern die darin gegebenen Strategieanweisungen und deren Geheimhaltung soll kaufmännisches Fehlverhalten vertuschen.

Vor allem aber erfasst auch die Chronologie EM das Wissen der Bank zu den Forderungen von Herrn Manne. Sie unterliegt daher der zivilrechtlichen Rechenschaftspflicht der Bank gegenüber Herrn Manne: Da es Vorgänge betrifft, die im Rahmen des konkreten Rechtsgeschäfts von Bedeutung sind, hätte es Herrn Manner als Auftraggeber in geeigneter Form zu Kenntnis gebracht

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> BGer 6B\_173/2014 vom 2. Juli 2015.

werden müssen (siehe oben zu Frage A. 2.3.2.). *RA Seith* hat diesen Anspruch in seiner Funktion als Vertreter von *Herrn M* Diesen Personen gegenüber offenbart die Chronologie EM kein schützenswertes Geheimnis (siehe oben B. 1.2.3.).

# b. Client Contact Reports, interne E-Mails der Bank zur Beratung von Herrn Mande und der E-Mails von Herrn Mande

Dasselbe gilt für die "Client Contact Reports" (Dokumente N.3.), in denen vom jeweiligen Bankmitarbeiter verfasste Notizen zu den Kundengesprächen mit Herrn Mer enthalten waren, und für die bankinternen E-Mails zum Fall Mer (Dokumente N.4.). Schon ihre Einstufung als Geschäftsgeheimnis nach den oben erwähnten Kriterien (B. 1.2.2.) ist äusserst zweifelhaft, da sie nicht für den kaufmännischen Erfolg der Bank relevant sind. Zudem unterliegen die Inhalte dieser Dokumente der Auskunftspflicht der Bank gegenüber ihrem Auftraggeber Herrn Mer und damit auch gegenüber seinem Vertreter, RA Seith (siehe Frage A. 2.3.2.). Damit liegt im Hinblick auf diese Personen kein schützenswertes Geheimnis vor (siehe oben B. 1.2.3.).

Im Hinblick auf die von Herrn Masselbst verfassten E-Mails an die Bank Sarasin (Dokument N.4.) ist Herr schliesslich dem Rechtsanwalt von Herrn Masselgegenüber – kraft Zustimmung des Mandanten – nicht zur Geheimhaltung verpflichtet. Hier liegt nicht einmal ein Geheimnis vor, da die Bank als Geheimnisherr deren Verbreitung nicht kontrollieren kann.

#### c. Memorandum R

Zu den unabhängig vom Fall Manner errichteten bankinternen Dokumenten, die von Herr an RA Seith übergeben wurden, gehört das "Memorandum Rand" (Dokument N.5.). Diesbezüglich hat zwar nicht der Bankkunde Manner aber die Bankkundin Randen auf Information. Ihr gegenüber und damit auch gegenüber dem von ihr bevollmächtigten RA Seith besteht kein geschütztes Geheimnis der Bank.

Im Übrigen gilt für dieses Dokument, dass die über die Kundin Frau R diber deren Beratung und über deren Investitionen – abermals in den Sheridan Fund – zusammengetragenen Tatsachen nicht als solche kaufmännisch nutzbar sind. Es dürfte ebenfalls Beratungsfehler der Bank und damit die Verletzung von Schweizer Recht aufzeigen und damit dem Schutzbereich des Art. 162 StGB entzogen sein.

#### d. Beurteilung des Memorandums Neubegutachtung

Schliesslich ist die "Neubegutachtung Exceptional Business" (Memorandum Neubegutachtung, Dokument N.6.) zu bewerten. Dabei dürfte es sich um ein bankinternes Papier gehandelt haben, das weitreichendes Wissen um sog. "steueroptimierte Produkte und Transaktionen" der Bank zusammenstellte. Etwa war laut Anklagesachverhalt eine Übersicht über alle steuerlich motivierten Produkte enthalten, Risikoanalysen, Darstellung von Risikofaktoren, Darstellung strategischer Partnerschaften, Ausbaupläne etc.

Derartige Fakten lassen sich grundsätzlich als kaufmännisch relevant ansehen und damit als geschütztes Geschäftsgeheimnis qualifizieren. Dass die Produkte und Partnerschaften, die dort beschrieben werden, nicht mehr aktuell sind, ändert daran nichts. Wie ausgeführt (oben B.

1.2.2.), enthalten die Anklagen allerdings noch keine ausreichende Begründung für einen rechtlich geschützten wirtschaftlichen Wert des Memorandums. Ein Verweis auf das Unterliegen der Bank im Schadenersatzprozess genügt hierfür nicht, da der (strafrechtliche) Geheimnisschutz nicht der Abwehr rechtmässiger Ansprüche dient.

Es stellt sich aber erneut die Frage (siehe allgemein oben B. 1.2.3.), inwiefern Herr M — und von ihm autorisiert RA Seith — den Anspruch haben, darüber in Kenntnis gesetzt zu werden. Wie bei Frage A. ausgeführt, können nämlich auch interne Dokumente der Bank der Rechenschaftspflicht gegenüber dem Kunden unterliegen. So muss dieser über das ihm verkaufte Produkt umfassend informiert werden. Dazu gehören die Funktionsweise des Produkts, die auf das Produkt bezogenen Risikoanalysen, die Darstellung der Risikofaktoren und wohl auch die Partnerschaften, die die Bank im Zusammenhang mit dem Produkt eingegangen ist.

Letzteres – einen Anspruch des Kunden auf Auskunft über die Geschäftspartner – lässt sich zwar auch in Frage stellen. Wenn daher davon ausgegangen wird, dass derartiges nicht von der Rechenschaftspflicht der Bank Sarasin gegenüber Herrn Manne erfasst ist, muss man sich allerdings vor Augen führen, dass die Bank Sarasin dieses Geheimnis dem Kunden gegenüber selbst gelüftet hat: Die Partnerschaft mit Berger, Steck & Kollegen muss Herrn Manne allein durch die Mitwirkung von Herrn Steck bei den Verhandlungen über die Investition in den Sheridan Fund klar gewesen sein. Damit fehlt es in diesem Punkt sogar an der Unbekanntheit; es liegt insofern nicht einmal ein Geheimnis vor.

Vom Ausgangspunkt einer Rechenschaftspflicht der Bank Sarasin müssen die verschiedenen Informationen, die das Memorandum Neubegutachtung vermittelt, unterschiedlich beurteilt werden:

- (1) Die Fakten Funktionsweise, Risikoanalyse, Risikofaktoren, Partnerschaften –, die das Memorandum Neubegutachtung im Hinblick auf die Anlagen von Herrn Month offenbart, müssen Herrn Month in geeigneter Form zu Kenntnis gebracht werden. Anders ausgedrückt: Hier kann die Bank Sarasin Herrn Month und seinem rechtlichen Vertreter, RA Seith, kein Geschäftsgeheimnis entgegenhalten.
  - Demensprechend ist die Übergabe des Memorandums durch Herr an RA Seith kein Verrat von Geschäftsgeheimnissen nach Art. 162 Abs. 1 StGB, soweit die an Herrn Markermittelten Produkte betroffen sind. Die spätere Verwendung dieser Ausschnitte des Memorandums durch RA Seith einerseits durch Zitate vor dem LG Ulm, andererseits in der Kommunikation mit RA Lenggenhager kann damit auch nicht unter Ausnützen eines Geheimnisses nach Art. 162 Abs. 2 StGB fallen.
- (2) Davon strikt zu unterscheiden sind jene Bereiche des Memorandums Neubegutachtung, in denen dieses die Produkte und Partnerschaften preisgibt, die nicht die Anlagen von Herrn M betreffen. Hierrüber ist der Bank freilich keine Rechenschaftspflicht gegenüber Herrn M auferlegt.

Insofern – nur insofern – könnte Herr daher durch die Übergabe des Memorandums an RA Seith den Tatbestand des Art. 162 Abs. 1 StGB erfüllt haben, Verletzung eines Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses durch Verraten. Voraussetzung ist ein rechtlich geschützter wirtschaftlicher Wert der verratenen Geheimnisse: Die Geheimhaltung der im Memorandum Neubegutachtung dargestellten Anlageprodukte müssten Einfluss auf den kaufmännischen Erfolg haben. Das lässt sich nicht mit einer Verurteilung der Bank Sarasin zur Leistung des geschuldeten Schadenersatzes begründen (vgl. oben B. 1.2.2.).

Ob *Herr* sich als Anstifter oder Gehilfe beteiligt hat, hängt entscheidend von seinem Vorsatz ab. Ihm kann jedenfalls nicht ohne weiteres unterstellt werden, er habe von einer Übergabe des konkreten Dokuments und von dessen Umfang gewusst. Soweit daher keine Beweise über seine Kenntnisse vorgelegt werden, müsste sein Vorsatz *in dubio* verneint werden.

Bei der Frage, ob RA Seith die zuletzt beschriebenen Geschäftsgeheimnisse im Sinn von Art. 162 Abs. 2 StGB – die von Herrn Manager Investitionen unabhängigen Informationen – ausgenützt hat, ist zu beachten, dass er sowohl in seinem Schreiben an RA Lenggenhager als auch vor dem LG Ulm nur die auf seinen Mandanten – Manager – bezogene Passagen zitiert hat: jene Passagen, auf die sich, wie oben erklärt, die Rechenschaftspflicht der Bank gegenüber Herrn Manager bezieht; das geht jedenfalls aus der Anklage gegen RA Seith hervor (S. 13). Das nicht Herrn Manager zustehende Wissen aus dem Memorandum Neubegutachtung – und nur dieses Wissen ist Herrn Manager und von ihm autorisierten Personen gegenüber geheim zu halten – hat er hingegen gar nicht vorgelegt und somit auch nicht genutzt. Damit hat er kein Geschäftsgeheimnis nach Art. 162 Abs. 2 StGB ausgenützt. Er ist daher wegen seiner auf die Anlageformen von Herrn Manager eingeschränkten Verwendung des Memorandums nicht nach Art. 162 StGB strafbar.

#### 1.3. Ergebnis

a. Die Freshfields-Gutachten (N.1.), die Chronologie EM (N.2.), die Client Contact Reports (N.3.), die internen E-Mails der Bank zur Beratung von Herrn Manne und E-Mails von Herrn Manne (N.4.) und das Memorandum Rand (N.5.) beinhalten keine nach Art. 162 StGB geschützten Geschäftsgeheimnisse. Durch ihre Offenbarung und Verwendung vor dem deutschen Zivilgericht wird der Tatbestand des Art. 162 StGB nicht erfüllt.

b. Das Dokument der "Neubegutachtung Exceptional Business – steueroptimierte Produkte und Transaktionen" (Memorandum Neubegutachtung, N.6.) enthält zwar Geschäftsgeheimnisse, es ist jedoch zu differenzieren: Jene Abschnitte des Memorandums, die an Herrn Memorandums vermittelte Produkte betreffen, unterliegen dem Anspruch dieses Kunden auf Kenntnisnahme. Im Hinblick auf diese Abschnitte erfüllt die Übergabe des Memorandums durch Herrn an RA Seith daher nicht den Tatbestand des Art. 162 Abs. 1 StGB, und die Nutzung dieser Abschnitte durch RA Seith in seiner anwaltlichen Kommunikation fällt nicht unter Art. 162 Abs. 2 StGB.

c. Soweit das Memorandum Neubegutachtung jedoch Produkte, Strategien und Partnerschaften der Bank Sarasin offenbart, die keinen Bezug zu den Anlageformen von Herrn Mach haben, könnte es trotz geschwärzter Kundennamen Geschäftsgeheimnisse enthalten, die auch gegenüber Herrn Mach und RA Seith abgeschirmt sind. Voraussetzung ist, dass sie einen – über die Abwehr des Schadenersatzanspruchs von Herrn Mach hinausgehenden – wirtschaftlichen Wert haben. Mit deren Weitergabe könnte daher Herr den den Tatbestand des Sonderdelikts des Art. 162 Abs. 1 StGB erfüllt haben. Der Beschuldigte könnte als Teilnehmer gehandelt haben; sein Vorsatz ist allerdings fraglich; in dubio müsste er verneint werden.

RA Seith, der diese Fakten gar nicht verwendet hat, hat sie nicht nach Art. 162 Abs. 2 StGB ausgenützt. Er erfüllt keinen Tatbestand nach Art. 162 StGB.

## 2. Verletzung des Bankgeheimnisses, Art. 47 BankG

#### 2.1. Grundsätzliches

Nach Art. 47 Abs. 1 lit. a BankG wird bestraft, "wer vorsätzlich … ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als … Angestellter … einer Bank … anvertraut worden ist oder das er in dieser Eigenschaft wahrgenommen hat". Da Herr als als Angestellter der Bank Sarasin Bankgeheimnisse wahrgenommen hat und bestimmte bankinterne Daten an RA Seith weitergegeben hat, könnte er diesen (Sonder-)Tatbestand als Täter begangen haben. Herr Seith und Herr seith könnte schliesslich durch das Weiterreichen bzw. Zitieren der Unterlagen an Gerichte, Behörden und andere Anwälte den Tatbestand des Art. 47 Abs. 1 lit. c BankG erfüllt haben, die Offenbarung oder Ausnutzung eines offenbarten Geheimnisses für sich oder andere.

## 2.2. Vorliegen eines Bankgeheimnisses

Der Geheimnisbegriff des BankG stimmt insofern mit dem des Geschäftsgeheimnisses (Art. 162 StGB) überein, als auch hier eine *relativ unbekannte* Tatsache erfasst wird, die der *Geheimnisherr geheim halten will*.

Der Gegenstand des Bankgeheimnisses und die Berechtigung über dessen Verfügung ausserhalb der Bank leiten sich jedoch aus dem *Schutzziel* der Strafbestimmung ab, die sich in diesem Punkt deutlich vom Geschäftsgeheimnis unterscheidet. So dient das Bankgeheimnis *ausschliesslich* dem Kunden<sup>40</sup>: Er ist der einzige Nutzniesser und als einziger berechtigt, die Wei-

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Trechsel/Jean-Richard (Fn. 31), StGB PK<sup>3</sup>, Art. 162 N 11; Pieth (Fn. 37), Wirtschaftsstrafrecht, S. 243 f.

tergabe an Aussenstehende zu gewähren. Dem *Bankgeheimnis unterliegen* somit erstens *ausschliesslich sämtliche Kundendaten*, zweitens ist *Geheimnisherr der Kunde* resp. die Kunden, deren Daten durch die Bank verarbeitet werden<sup>41</sup>.

Der vorliegende Fall konfrontiert daher durchaus mit Bankgeheimnissen: Sämtliche Dokumente, in denen Kundendaten (vor allem von *Herrn M*— unter Abschnitt 1. aufgezählte Dokumente N.1. bis N.4. –, aber auch von *Frau R*— Dokument N.5.) zum Ausdruck kommen, unterliegen dem Bankgeheimnis.

Anderes gilt für das Dokument Memorandum Neubegutachtung (Dokument N.6.). Die Kundendaten, die es im Originalzustand preisgibt, wurden geschwärzt – das gesteht auch die Anklageschrift zu. Es wurden mit ihm daher keine dem Bankgeheimnis unterliegenden Tatsachen weitergegeben.

## 2.3. Offenbarung

Die Tathandlung des Art. 47 Abs. 1 lit. a BankG besteht in einer Offenbarung. Es ist unstrittig, dass darunter nur eine *Weitergabe* an nicht ermächtigte Dritte oder an die Allgemeinheit verstanden wird<sup>42</sup>. Der *betroffene Kunde ist Geheimnisherr* – eine Herausgabe an ihn selbst oder an von ihm autorisierte Dritte kann daher *nicht unter den Tatbestand* fallen<sup>43</sup>.

Herr hat Kundendaten des Herrn M an dessen Rechtsanwalt weitergereicht. Die Herausgabe erfolgte zweifellos nicht nur im Interesse, sondern auch mit dem Willen des Klienten Mass. Genauso verhält es sich mit den auf Frau R bezogenen Dokumenten – sie hat als Geheimnisherrin die Offenbarung der Unterlagen an RA Seith bewilligt.

Es liegt daher seitens *Herrn* keine Tathandlung nach Art. 47 Abs.1 lit. a BankG vor. Dementsprechend sind auch *RA Seith* und *Herr* nicht wegen Anstiftung strafbar, ebensowenig hat *Herr Seith* den Tatbestand einer (weiteren) Offenbarung oder Ausnutzung nach Art. 47 Abs. 1 lit. c BankG erfüllt.

Die hier vorliegende Einwilligung der Geheimnisherren kann freilich auch auf der Ebene der Rechtfertigung eingeordnet werden<sup>44</sup>.

#### 2.4. Ergebnis

Herr RA Seith und Herr sind nicht wegen Art. 47 BankG strafbar.

<sup>41</sup> Eingehend Schwarz (Fn. 35), § 19 N 72 ff.

<sup>42</sup> SCHWARZ (Fn. 35), § 19 N 76.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Schwarz (Fn. 35), § 19 N 88 ff.

<sup>44</sup> I.d.S. Schwarz (Fn. 35), § 19 N 101.

## 3. Verletzung des Berufsgeheimnisses eines Effektenhändlers, Art. 43 BEHG

#### 3.1. Grundsätzliches

Art. 43 BEHG ist weitgehend parallel zu Art. 47 BankG formuliert; die folgenden Ausführungen entsprechen daher jenen zum Bankgeheimnis (oben B. 2.).

Bestraft wird nach Art. 43 Abs. 1 lit. a BEHG, "wer vorsätzlich … ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als … Angestellter … eines Effektenhändlers … anvertraut worden ist oder das er in seiner dienstlichen Stellung wahrgenommen hat." Herr — könnte diesen (Sonder-)Tatbestand als Täter begangen haben. Herr Seith und Herr kommen als Anstifter in Frage; RA Seith könnte schliesslich durch das Weiterreichen bzw. Zitieren der Unterlagen an Gerichte, Behörden und andere Anwälte den Tatbestand des Art. 43 Abs. 1 lit. c BEHG erfüllt haben, die Offenbarung oder Ausnutzung eines offenbarten Geheimnisses für sich oder andere.

## 3.2. Vorliegen eines Berufsgeheimnisses

Wie das Bankgeheimnis dient auch das Berufsgeheimnis des Effektenhändlers allein dem *Schutz des Kunden*. Auch ihm *unterliegen* somit *ausschliesslich sämtliche Kundendaten*. Ebenfalls wie bereits im Zusammenhang mit dem Bankgeheimnis ausgeführt ist *Geheimnisherr allein der Kunde*, dessen Daten durch den Effektenhändler bzw. durch dessen Mitarbeiter verarbeitet werden (oben B. 2.2.)<sup>45</sup>.

Soweit die im vorliegenden Fall relevanten Dokumente Kundendaten preisgeben, geben sie daher durchaus Berufsgeheimnisse der Bank Sarasin preis, die als Effektenhändlerin qualifiziert werden kann. Das gilt für die unter Abschnitt 1. aufgezählten Dokumente N.1. bis N.5.: Sie enthalten vor allem die Daten von *Herrn M* aber auch jene von *Frau R* 

Anders zu beurteile ist das Dokument "Neubegutachtung" (Dokument N.6.). Die Kundendaten, die es im Originalzustand offenbart, wurden geschwärzt – das gesteht auch die Anklageschrift zu. Es wurden mit ihm daher keine dem Berufsgeheimnis unterliegende Tatsachen weitergegeben.

## 3.3. Offenbarung

Auch was die Tathandlung der Offenbarung betrifft, entspricht Art. 43 BEHG dem Art. 47 BankG: Nur eine *Weitergabe* an nicht ermächtigte Dritte oder an die Allgemeinheit ist erfasst. Der *betroffene Kunde ist Geheimnisherr* – eine Herausgabe an ihn selbst oder an von ihm autorisierte Dritte kann daher *nicht unter den Tatbestand* fallen (oben B. 2.3.)<sup>46</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Schwarz (Fn. 35), § 19 N 120: Verweis auf seine Ausführungen zum Bankgeheimnis.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Schwarz (Fn. 35), § 19 N 121: Verweis auf die Ausführungen zum BankG.

Damit gilt das Gleiche, wie oben zum Bankgeheimnis ausgeführt (B. 2.3.): Die Herausgabe der Kundendaten des Herrn Mann an dessen Rechtsanwalt erfolgte zweifellos nicht nur im Interesse, sondern auch mit dem Willen des Klienten Mann. Genauso verhält es sich mit den auf Frau Raus bezogenen Dokumenten; auch sie hat als Geheimnisherrin die Offenbarung der Unterlagen an RA Seith bewilligt.

Herr hat daher keine Tathandlung nach Art. 43 Abs.1 lit. a BEHG begangen. Dementsprechend sind auch Herr Seith und Herr inicht wegen Anstiftung strafbar, ebensowenig hat RA Seith den Tatbestand einer (weiteren) Offenbarung oder Ausnutzung nach Art. 43 Abs. 1 lit. c BEHG erfüllt.

#### 3.4. Ergebnis

Herr RA Seith und Herr sind nicht wegen Art. 43 BEHG strafbar.

## 4. Wirtschaftlicher Nachrichtendienst, Art. 273 StGB

#### 4.1. Grundsätzliches

Wegen Wirtschaftlichem Nachrichtendienst ist strafbar, "wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis auskundschaftet, um es einer fremden amtlichen Stelle oder einer ausländischen Organisation oder privaten Unternehmung oder ihren Agenten zugänglich zu machen" (Abs. 1) oder "wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis einer fremden amtlichen Stelle oder einer ausländischen Organisation oder privaten Unternehmung oder ihren Agenten zugänglich macht" (Abs. 2).

Die Tatbestände kommen im vorliegenden Fall grundsätzlich in Frage, da RA Seith die an ihn übermittelten Tatsachen aus bankinternen Dokumenten in Verfahren vor deutschen Gerichten und Behörden eingespielt hat. Die Rollenverteilung der Beschuldigten legt folgendes nahe:

- Bei RA Seith ist Täterschaft nach Abs. 1 (Auskundschaften) und nach Abs. 2 (tatsächliches Zugänglichmachen) zu prüfen, wobei letzteres nach der Judikatur als straflose Nachtat zurücktritt<sup>47</sup>.
- Herr selbst Mitarbeiter der betroffenen Bank, hat die Dokumente an sich gebracht. Als Auskundschaften im Sinn von Abs. 1 gilt allerdings nur unbefugtes Handeln<sup>48</sup>.
   Falls er kraft seiner Position in der Bank befugt war, die betreffenden Informationen grundsätzlich zu erhalten, scheidet für ihn daher ein Vorwurf nach Abs. 1 aus.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> BGE 101 IV 177, E. II.4a.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Husmann, Art. 273 N 70, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 137-392 StGB, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB II-Husmann, Art. N); Schwarz (Fn. 35), § 19 N 138.

Nur wenn die Informationen auch ihm gegenüber geheim waren, kommt er als Täter nach Abs. 1 in Frage: Nur dann kann sein Zugriff auf die Dokumente unter Auskundschaften fallen. Er ist allerdings nur strafbar, wenn er auch die Absicht gehabt hat, die Geheimnisse, die aus diesen Dokumenten hervorgehen, ausländischen Behörden etc. zugänglich zu machen.

Da er die Dokumente nicht selbst einem der nach in Art. 273 StGB in Frage kommenden ausländischen Destinär übergibt – im vorliegenden Fall handelt es sich um deutsche Gerichte und die deutsche BaFin –, macht er keine Geheimnisse nach Abs. 2 zugänglich. Er könnte diesbezüglich bloss als Gehilfe von *RA Seith* beurteilt werden (Art. 25 StGB).

- Herr der der gemäss Anklage die Dokumentenübergabe von an Seith nur vermittelt, könnte als Gehilfe (Art. 25 StGB) sowohl zu einem Auskundschaften nach Abs. 1 als auch zu einem Zugänglichmachen nach Abs. 2 gehandelt haben.

## 4.2. Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses

#### 4.2.1. Geheimnisbegriff

Trotz übereinstimmender Terminologie innerhalb der deutschen Ausgabe des StGB wird der Begriff des Geschäftsgeheimnisses nach Art. 273 StGB anders und in gewisser Weise breiter ausgelegt als bei Art. 162 StGB. Hintergrund ist das von Art. 162 StGB— dem Straftatbestand zum Geheimnisschutz zugunsten privater Vermögensinteressen — durchaus abweichende Rechtsgut<sup>49</sup>. Allein die Verankerung des Art. 273 StGB unter dem Titel "Verbrechen und Vergehen gegen den Staat und die Landesverteidigung" (dreizehnter Titel des StGB) verrät, dass hier primär öffentliche Interessen geschützt werden<sup>50</sup>. Das Delikt wird dementsprechend als "Element zum Schutz der Gebietshoheit und der Unabhängigkeit der Schweiz vor hoheitlichen Übergriffen aus dem Ausland"<sup>51</sup> verstanden.

Freilich geht es nicht um alle möglichen Formen des Einsatzes von Spionen, sondern um Wirtschaftsspionage durch Ausspähen und Zugänglichmachen von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen. Die Volkswirtschaft als solche wird insofern geschützt<sup>52</sup>, als sie eine notwendige Bedingung der nationalen Souveränität ist<sup>53</sup>. Die Abschirmung des individuellen Unternehmens ist eine zwingende Wirkung, "denn jeder schweizerische Geschäftsbetrieb bildet einen Teil der gesamten schweizerischen Wirtschaft"<sup>54</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> PIETH (Fn. 37), Wirtschaftsstrafrecht, S. 253.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> EICKER, Zur Strafbarkeit des Kopierens und Verkaufens sowie des Ankaufens von Bankkundendaten als schweizerisch-deutsches Tatgeschehen, Jusletter vom 30. August 2010, S. 4.

<sup>51</sup> BSK StGB II-HUSMANN (Fn. 48), Art. 273 N 5.

TRECHSEL/VEST, Art. 273 N 2, in: Trechsel/Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018.

<sup>53</sup> BSK StGB II-HUSMANN (Fn. 48), Art. 273 N 7.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> BGE 101 IV 312, E. 1.

Unter den Begriff des Geheimnisses nach Art. 273 StGB fallen damit sämtliche "wirtschaftlichen Tatsachen, an denen unmittelbare schweizerische Geheimhaltungsinteressen bestehen". Im Einzelnen lässt sich schlussfolgern:

- Unter Art. 273 StGB fallen alle Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse nach Art. 162 StGB; ein solches einer ausländischen hoheitlichen Institution zu offenbaren, erfüllt daher auch den Tatbestand des Wirtschaftlichen Nachrichtendiensts.
- Liegt kein Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis i.S. des Art. 162 StGB vor, hat kein individuelles Unternehmen ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse. Nach Art. 273 StGB ist eine derartige Tatsache aber dann und nur dann vor Aufdeckung geschützt, wenn der Schweizer Staat ein originäres Geheimhaltungsinteresse hat. Paradebeispiel ist der Bereich des Bankkundengeheimnisses: Der gesetzliche Schutz von Bankkundendaten (Art. 47 BankG) zeigt, dass der Staat hier ein über das Interesse der Bank hinausgehendes Schutzanliegen verfolgt (freilich nur i.S. des Kunden und daher nur soweit der Kunde der Geheimnisherr der Datenweitergabe nicht zustimmt, siehe dazu oben). Grundsätzlich ist Art. 273 StGB "weit auszulegen, da es … alle Tatsachen des wirtschaftlichen Lebens erfasst, an deren Geheimhaltung nach schweizerischer Auffassung ein schutzwürdiges Interesse besteht und die deshalb gegenüber dem Ausland geschützt werden sollen"55.

Die im vorliegenden Sachverhalt übergebenen und dann dem deutschen Zivilgericht vorgelegten Dokumente sind danach wie folgt zu beurteilen:

#### 4.2.2. Dokumente ausserhalb des Schutzbereichs des Art. 162 StGB

Die Mehrheit der durch Herr an RA Seith und von diesem an das Gericht vorgelegten Dokumenten betrifft kein nach Art. 162 StGB geschütztes Geheimnis (siehe oben B. 1.2. und B. 1.3.). Hinsichtlich dieser Papiere – Dokumente N.1. bis N.5. nach dem Überblick oben S. 11) – ist daher zu überlegen, ob der Schweizer Staat ein eigenständiges Interesse an ihrer Abschirmung hat. Das lässt sich nur unter der Annahme behaupten, dass die Schweiz Beweise für Schadenersatzansprüche unter Verschluss halten will, anders ausgedrückt: Sie müsste ein Interesse daran haben, Schweizer Banken vor einer (zivil-) gerichtlichen Aufarbeitung ihrer allfälligen Beratungsfehler zu schützen, wenn diese Aufarbeitung nicht vor einem Schweizer Gericht stattfindet sondern – wie hier – ein deutsches Gericht zuständig ist.

Derartige Anliegen können der Schweiz definitiv nicht unterstellt werden. Die Schweizer Volkswirtschaft kann durch faire Zivilprozesse gegen Schweizer Banken – fair in der Hinsicht, dass die einschlägigen Beweise offengelegt werden – keinen Schaden nehmen. Der Schweizer Staat hat daher kein Interesse, die Offenlegung der einschlägigen Beweise zu verhindern.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> BStGer SK. 2013.11 vom 18. August 2013, E. 2.2.1.

Im Gegenteil: Sein Interesse ist auf die *Qualität des Schweizer Bankenplatzes* ausgerichtet<sup>56</sup>. Zu dieser Qualität gehört einerseits eine ordnungsgemässe *Beratung* mit Aufklärung über die Funktionsweise und über sämtliche Risiken der angebotenen Anlageformen. Dazu gehört andererseits eine Beschränkung auf *seröse Anlageformen*, die keinen ausländischen Fiskus durch Täuschung schädigen. Der Bankkunde, der Fehlverläufen in diesen Bereichen ausgesetzt war, wird daher nicht durch Strafdrohung an einer Aufarbeitung gehindert. Derjenige, der ihm, respektive seinem anwaltlichen Vertreter, die einschlägigen Beweismittel aushändigt, macht sich daher *nicht wegen Wirtschaftlichem Nachrichtendienst strafbar*, ebenso wenig der anwaltliche Vertreter durch Verwendung der Beweismittel vor Gericht.

#### 4.2.3. Memorandum Neubegutachtung

Weitergehende Überlegungen verlangt das Dokument unter dem Titel "Neubegutachtung Exceptional Business – steueroptimierte Produkte und Transaktionen" (Memorandum Neubegutachtung, Dokument N.6.), das *Herr* mit geschwärzten Kundennamen übergeben haben soll. Es wurde oben (B. 1.2.4. unter d.) differenziert beurteilt, zur Erinnerung:

- (1) Die im Memorandum enthaltenen Informationen über die Anlageformen von Herrn M nicht nach Art. 162 StGB vor einer Weitergabe an diesen geschützt.
- (2) Nur die auch gegenüber Herrn Mann als Geschäftsgeheimnis nach Art. 162 StGB qualifizierten Teile das sind jene Teile, die nicht seine Anlageformen betreffen fallen unter den Geheimnisbegriff des Art. 162 StGB, soweit sie für die Bank einen rechtlich geschützten wirtschaftlichen Wert haben (siehe oben B. 1.2.2.).

Diese Unterscheidung ist auch für die Frage entscheidend, inwiefern das Memorandum Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse nach Art. 273 StGB preisgibt (siehe oben B. 4.2.1.):

- (1) Die Bereiche mit Informationen, die Herrn M gegenüber nicht nach Art. 162 StGB abgeschirmt sind, sind nur dann vom Tatbestand des Art. 273 StGB erfasst, wenn die Schweiz ein originäres Interesse an ihrer Geheimhaltung hat.
- (2) Die Bereiche des Memorandums, die, weil sie nicht die Kundenbeziehung der Bank zu Herrn M betreffen und wirtschaftlichen Wert haben, unter den Geheimnisbegriff des Art. 162 StGB fallen, fallen jedenfalls auch unter den Geheimnisbegriff des Art. 273 StGB.

Diese beiden Bereiche – (1) und (2) – werden im Folgenden getrennt voneinander beurteilt und jeweils bezogen auf Art. 273 StGB gefragt, ob

- Herr durch seinen Zugriff auf die Dokumente wirtschaftlichen Nachrichtendienstes nach Abs. 1 betrieben hat;

Schweizerlsche Eidgenossenschaft, Der Bundesrat, Bericht zur Finanzmarktpolitik des Bundes vom 19. Dezember 2012, S. 30 ff. (Weissgeldstrategie).

- RA Seith durch die Entgegennahme der Dokumente wirtschaftlichen Nachrichtendienst nach Abs. 1 begangen hat;
- RA Seith durch seine Vorlage bzw. Zitate der betreffenden der Dokumente vor amtlichen deutschen Stellen wirtschaftlichen Nachrichtendienst nach Abs. 2 StGB begangen hat;
- Herr sich an einem wirtschaftlichen Nachrichtendienst seitens RA Seith nach Abs. 2 gehilfenschaftlich beteiligt hat;
- Herr sich durch die Vermittlung des Kontaktes zwischen Seith und und durch seine Anwesenheit an deren Treffen als Gehilfe zu Wirtschaftlichem Nachrichten nach Abs. 1 und Abs. 2 beigetragen hat.

# a. Informationen ausserhalb der Anlageformen von Herrn M

Bezogen auf die zuletzt genannten Bereiche könnte Herr dadurch, dass er das Memorandum an sich bringt, Geschäftsgeheimnisse ausgekundschaftet und daher den objektiven Tatbestand des Art. 273 Abs. 1 StGB erfüllt haben. Voraussetzung ist, dass diese Bereiche des Memorandums Geheimnisse im Sinn des Art. 162 StGB preisgeben; sie müssen einen rechtlich anerkannten wirtschaftlichen Wert haben (dazu oben B. 1.2.2. und B. 1.2.4. unter d.).

Im Hinblick auf den objektiven Tatbestand des Art. 273 StGB ist sodann einerseits fraglich, ob er als Mitarbeiter der betroffenen Bank tatsächlich etwas ausgekundschaftet hat. Das ist nur dann der Fall, wenn ihm gegenüber trotz seiner Mitarbeiterstellung der Zugang zu den Geheimnissen verwehrt war: Nur dann handelte er unbefugt, wie es bei Art. 273 Abs. 1 StGB vorausgesetzt wird (siehe oben B. 4.1.). Hatte er allerdings eine Position inne, in der er die betreffenden Geheimnisse wissen durfte, kommt Art. 273 Abs. 1 StGB von vornherein nicht in Frage.

Wird unter den beschriebenen Voraussetzungen nun ein Auskundschaften durch Herrn angenommen, ist dessen subjektiver Tatbestand zu prüfen: Hat er den erforderlichen Vorsatz? Art. 273 Abs. 1 StGB verlangt nämlich einen erweiterten Vorsatz: Bestraft wird nur, wer auskundschaftet, um das Geheimnis einer der aufgezählten ausländischen Stellen zugänglich zu machen. Herr hat allerdings ausschliesslich die Absicht, Herrn Manne in seinem Rechtsstreit gegen die Bank zu unterstützen. Damit hat er auch ausschliesslich die Absicht, den ausländischen Behörden die Informationen über die Anlageformen von Herrn Manne zugänglich zu machen. Es kann ihm aber sicher nicht unterstellt werden, dass er darüber hinaus auch solche Informationen den ausländischen Behörden zugänglich machen wollte, die mit den Anlageformen Herrn Manne nichts zu tun haben. Seine Strafbarkeit nach Art. 273 Abs. 1 StGB ist (spätestens) auf subjektiver Ebene auszuschliessen.

RA Seith hat Teile des Memorandums deutschen Behörden zugänglich gemacht. Er könnte daher den Tatbestand des Art. 273 Abs. 2 StGB erfüllt haben. Allerdings macht er gerade die hier in Rede stehenden Teile des Memorandums – jene, die keine Informationen enthalten, die die Geschäftsbeziehung Herrn Merste betreffen – nicht zugänglich: Er zitiert vor ausländischen Behörden ausschliesslich aus den Teilen des Dokuments, die die von Herrn Merste benutzten Produkte betreffen. Er zitiert aber gerade keines der geschützten Geheimnisse. Damit scheitert die

Anwendung des Art. 273 Abs. 2 StGB bereits auf Ebene des *objektiven Tatbestandes*. Folglich können die *Herren* und hier *nicht als Gehilfen strafbar* sein.

# b. Informationen zu den Anlageformen von Herrn M

Der nächste gedankliche Schritt bezieht sich auf die anderen Teile des Memorandums: auf jene oben unterschiedenen Teile, die über die Produkte des Kunden Manne informieren. Diesbezüglich hat die Bank gegenüber Herrn Manne und seinem Rechtsanwalt kein (nach Art. 162 StGB) geschütztes Geschäftsgeheimnis. Es ist daher zu überlegen, ob es dennoch unter den Geheimnisbegriff des Art. 273 Abs. 1 StGB fällt, weil der Schweizer Staat ein originäres Geheimhaltungsinteresse an diesen Informationen hat.

Die Judikatur zu dieser Frage ist vielfältig. Jedenfalls ist ihr die Einschränkung zu entnehmen, dass "ein fehlendes schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse des Geheimnisherrn" – das ist hier der Fall – "nicht durch irgendwelche Interessen der nationalen Volkswirtschaft, welche nicht selten je nach Wirtschaftszweig und Position in der Wirtschaft gegensätzlicher Natur sind, kompensiert werden" kann<sup>57</sup>.

Die vorliegende Frage zeichnet sich dadurch aus, dass es um Informationen geht, die dem Bankkunden Machenicht vorenthalten werden dürften. Ein Interesse der Schweiz an ihrer Geheimhaltung gegenüber den betreffenden deutschen amtlichen Stellen würde bedeuten, dass die Schweiz den Kunden der Schweizer Banken verbietet, die ihnen zustehenden Informationen zu nutzen; es würde bedeuten, dass die Schweiz ihre Volkswirtschaft schützt, indem sie Kunden bzw. deren rechtlichen Vertretern unter Strafdrohung verbietet, sich mit entsprechenden Beweisen an zuständige ausländische Gerichte und Behörden zu wenden; es würde bedeuten, dass die Schweiz die Kunden der Schweizer Banken an der Durchsetzung ihrer Ansprüche in einem im Ausland geführten Rechtsstreit hindern will.

Ein derartiges Interesse kann dem Staat sicher nicht unterstellt werden. So mag es zwar sein, dass Informationen über die im Memorandum aufgeschlüsselten steuerlich motivierten Produkte grundsätzlich nach Art. 273 StGB geheim sind. Soweit allerdings ein Bankkunde – hier: Herr Marke – Anspruch auf derartige Informationen hat, weil sie seine Anlageform betreffen, tritt das Interesse der Schweiz an ihrer Abschirmung zurück. Der Kunde und die Personen, die auf seinen Auftrag hin handeln, dürfen die Informationen in einem Rechtsstreit auch vor ausländischen Behörden verwenden.

Daraus folgt für das Handeln der Beschuldigten, dass sie nicht wegen wirtschaftlichem Nachrichtendienst strafbar sind: Die Fakten, die das Memorandum über die Anlageformen von Herrn Mann aufzeigt, sind kein nach Art. 273 StGB geschütztes Geheimnis, soweit sie im Auftrag von Herrn Mann ausländischen amtlichen Stellen zugänglich gemacht werden.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> BStGer SK. 2013.11 vom 18. August 2013, E. 2.2.2.

### 4.3. Ergebnis

- a. Die *Dokumente unter N.1. bis N.5.* enthalten *kein Geheimnis nach Art. 273 StGB.* Weder ihre Herausgabe noch die Vorlage an das deutsche Zivilgericht sind nach diesem Tatbestand strafbar.
- b. Das Memorandum Neubegutachtung (N.6.) enthält sodann zum einen Informationen, die die Anlageformen von Herrn M betreffen. Herrn M und, von dessen Berechtigung abgeleitet, den Beschuldigten stehen diese Informationen zu. Dafür, dass sie diese Informationen in einem Rechtsstreit ausländischen amtlichen Stellen zugänglich machen, sind sie nicht nach Art. 273 StGB strafbar.
- c. Soweit das Memorandum Neubegutachtung (N.6.) Informationen über Produkte enthält, in die Herr Managen incht investiert hat, liegen Geheimnisse nach Art. 273 StGB vor vorausgesetzt, sie vermitteln der Bank einen rechtlich geschützten kaufmännischen Wert.
  - Soweit von Herrn überhaupt behauptet werden kann, dass er, obwohl er als Mitarbeiter der Bank durchaus Zugang zu Geheimnissen hatte, diese Informationen ausgekundschaftet hat, hat er den objektiven Tatbestand nach Art. 273 Abs. 1 StGB erfüllt. Gerade diese Informationen sind aber nicht von seinem Vorsatz erfasst, sie einer ausländischen Behörde etc. zugänglich zu machen: Er wollte Herrn Manne bei dessen Rechtsstreit gegen die Bank unterstützen; daher kann ihm auf über die Anlageformen von Herrn Manne hinausgehende Daten kein Vorsatz unterstellt werden. Herr ist bezogen auf die Geheimnisse, die andere Anlageformen als jene von Herrn Manne betreffen, nicht strafbar.
  - RA Seith hat durch die Zusammenarbeit mit die Geheimnisse einerseits nach Art. 273 Abs. 1 StGB ausgekundschaftet. Aber auch er hat bereits zu diesem Zeitpunkt keinen Vorsatz darauf, die Informationen ausserhalb der Anlagen von Herrn Managen ausländischen Institutionen zugänglich zu machen. Damit ist er nicht strafbar nach Art. 273 Abs. 1 StGB.
    - Schliesslich hat er diese Geheimnisse gerade nicht den ausländischen Behörden etc. zugänglich gemacht (sondern ausschliesslich Informationen über die Anlageformen von Herrn Manne). Die Anwendung von Art. 273 Abs. 2 StGB scheitert daher bereits am objektiven Tatbestand.
  - Herr Mann, dessen Beteiligung an Art. 273 StGB im Raum steht, kann nicht anders beurteilt werden. Auch sein Vorsatz erfasst kein Zugänglichmachen von Produkten ausserhalb Herrn Mann Anlageformen. Er ist nicht wegen Art. 25 i.V.m. Art 273 StGB strafbar.

# C. Wenn ja: Kommen ihnen Rechtfertigungs- und/oder Entschuldigungsgründe zugute?

# 1. Einleitung und Überblick

Unter der Frage B. wurde erläutert, inwiefern das Zugänglichmachen verschiedener Dokumente einerseits von Herrn Seith, andererseits von Herrn Seith an das deutsche Zivilgericht unter einen Straftatbestand nach Art. 162 StGB, Art. 47 BankG, Art. 43 BEHG oder Art. 273 StGB fällt.

Dabei wurde herausgearbeitet, dass ihr Handeln bezogen auf

- 1. die beiden Freshfields-Gutachten,
- 2. die Chronologie EM,
- 3. die Client Contact Reports über Kundengespräche mit Herrn M
- 4. interne E-Mails der Bank zur Beratung von Herrn M und E-Mails von Herrn M
- 5. das Memorandum R

keinen der überprüften Straftatbestände erfüllt. Insofern ist das Thema der Rechtfertigung eventualiter heranzuziehen.

#### Für das Dokument

6. "Neubegutachtung Exceptional Business – steueroptimierte Produkte und Transaktionen", das keine Rückschlüsse auf Kundendaten zuliess,

wurden mangels Preisgabe von Kundendaten ebenfalls Art. 47 BankG und Art. 43 BEHG generell ausgeschlossen. Ebenso hat keiner der Beschuldigten einen der Tatbestände des Art. 273 StGB erfüllt, da nur die Herrn Massegegenüber nicht abgeschirmten Informationen aus dem Memorandum an einschlägige ausländische Institutionen gegeben werden sollten (im Zeitpunkt der Auskundschaftung) und gegeben wurden. Was diese Informationen betrifft, liegt auch kein gegenüber Herrn Massebzw. dessen Rechtsanwalt Seith zu wahrendes Geschäftsgeheimnis nach Art. 162 StGB vor. Die folgende Prüfung von Rechtfertigungsgründen ist daher auch diesbezüglich als Eventuallösung anzusehen.

Nur in jenen Abschnitten, die nicht mit den Anlageformen des Herrn Manne zusammenhängen, enthält das Memorandum Neubegutachtung auch gegenüber Herrn Manne abzuschirmende Geschäftsgeheimnisse der Bank Sarasin; vorausgesetzt, sie sind mit einem rechtlich geschützten wirtschaftlichen Wert der Bank verbunden. Mit Weitergabe dieser Geheimnisse an RA Seith könnte Herr daher den Tatbestand des Art. 162 Abs. 1 StGB erfüllt haben. In diesem Punkt sind die Überlegungen zur Rechtsfertigung jedenfalls heranzuziehen.

Allgemein ausgedrückt geht es im vorliegenden Fall um einen Interessenskonflikt: Dem rechtmässigen Anspruch Herrn Manne auf Schadenersatz über etwa 45.000.000 Euro steht das Interesse der Bank Sarasin gegenüber, den geschuldeten Betrag nicht auszuzahlen und ein den Anspruch abweisendes Urteil des LG Ulm zu erreichen. Somit stehen einander Prozessgegner mit ihren widerstreitenden Interessen am Prozessgewinn gegenüber. Seitens der beklagten Bank werden sodann Entgegnungen vorgebracht (siehe dazu die Sachverhaltsdarstellung), die der klagenden Partei – vertreten durch RA Seith – letzten Endes unwahre Behauptungen unterstellt. Damit wird RA Seith sogar einer Verfolgung wegen Prozessbetrugs in Deutschland ausgesetzt.

Eine solche Situation legt nahe, rechtfertigenden Notstand (Art. 17 StGB), die Rechtfertigung der Wahrnehmung berechtigter Interessen und die Rechtfertigung der gesetzlich erlaubten Handlung (Art. 14 StGB) zu diskutieren.

#### 2. Notstand

#### 2.1. Notstandssituation: Unmittelbare Gefahr

Notstand setzt eine *Güterkollision* voraus: Der Straftatbestand wird deshalb erfüllt, weil sich eine unmittelbare Gefahr für ein "eigenes oder das Rechtsgut einer anderen Person" (Art. 17 StGB) nicht anders abwenden lässt<sup>58</sup>. Im vorliegenden Fall drohte *Herrn M*ein ein Vermögensschaden in der Höhe von 45.000.000 Euro: Die Geheimhaltungsstrategie der Bank hätte seinen rechtmässigen Anspruch auf Schadenersatz vereitelt.

Die Gefahr, die eine Notstandssituation begründet, muss *unmittelbar* sein. Das ist sie "erst im letzten Zeitpunkt, bevor es zu spät sein könnte, sie abzuwehren"<sup>59</sup>. Nach Einschätzung der Gutachter hat sich der hier interessierende Fall zu dem Zeitpunkt, in dem die Geheimnisse offenbart werden, bereits so weit entwickelt: Die hängige Schadenersatzklage drohte offensichtlich zu scheitern, da die Behauptungen des Prozessgegners – der Bank Sarasin – ohne die einschlägigen Dokumente nicht widerlegt werden konnten, anders ausgedrückt: Für das LG Ulm dürfte der Fall entscheidungsreif gewesen sein; ohne eine Vorlage der Dokumente hätte es wohl in allernächster Zeit ablehnend entschieden. Dieser Annahme müsste im gegenständlichen Strafverfahren unbedingt nachgegangen werden; als Beweismittel wären die Akten des Schadenersatzverfahrens vor dem LG Ulm heranzuziehen. Lässt sich aus ihnen die prozessuale Situation vor dem LG Ulm tatsächlich so rekonstruieren wie vermutet, lag darin objektiv *ex ante* betrachtet<sup>60</sup> durchaus der letzte Zeitpunkt, zu dem der drohende Schaden noch abgewendet werden konnte.

<sup>58</sup> STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, § 10 N 40.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> NIGGLI/GÖHLICH, Art. 17 N 14, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1-136 StGB, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB I-NIGGLI/GÖHLICH, Art. N); STRATENWERTH (Fn. 58), § 10 N 51; TRECHSEL/GETH, Art. 17 N 5, in: Trechsel/Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018 (zit. TRECHSEL/GETH, StGB PK³, Art. N.); TRECHSEL/NOLL/PIETH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017, S. 115.

TRECHSEL/GETH (Fn. 59), StGB PK3, Art. 17 N 8.

Im Ergebnis gilt dasselbe für die Gefahr eines drohenden Strafverfahrens gegen *RA Seith* wegen Prozessbetrugs in Deutschland. Bis es soweit hätte kommen können, sind freilich noch weitere Entwicklungen erforderlich: Das über die Schadenersatzklage erkennende Gericht müsste Anzeige erstatten, und die Ermittlungsbehörden müssten sich tatsächlich entscheiden zu ermitteln. Ausgehend davon, dass es auf den letzten Zeitpunkt ankommt, zu dem die Gefahr noch abgewendet werden kann, ist auch hier die Gefahr unmittelbar. Zwar könnte *RA Seith* im Falle eines Ermittlungsverfahrens seine Argumente vorbringen und den Verdacht entkräften. Dies würde aber erst zu einem Zeitpunkt erfolgen, zu dem sich die Gefahr bereits realisiert hat: Ein Ermittlungsverfahren würde dann nicht mehr bloss drohen, sondern *RA Seith* wäre einem solchen bereits ausgesetzt.

### 2.2. Notstandshandlung

Wegen Notstand wird die Erfüllung eines Straftatbestandes gerechtfertigt, wenn dadurch ein höherwertiges Interesse (C. 2.2.1.) aus einer nicht anders abwendbaren Gefahr (C. 2.2.2.) gerettet werden soll.

### 2.2.1. Interessensabwägung

Die Frage, ob die zur Diskussion stehende Handlung – hier: der Verrat von evt. geschützten Geheimnissen – ex ante zu einer Rettung eines höherwertigen Interesses führt, verlangt eine Abwägung. Gerettet wurde das Interesse von Herrn Manne an der Erfüllung seines Schadenersatzanspruchs in der Höhe von 45.000.000 Euro. Dem steht das Interesse der Bank Sarasin an der Wahrung ihrer Geheimnisse gegenüber. Vereinfacht formuliert müssen daher 45.000.000 Euro (die Herrn Manne zustehen) gegen den Wert der Geheimhaltung der preisgegebenen Fakten (für die Bank Sarasin) abgewogen werden.

Zweck und damit wertbestimmend für diese Geheimhaltung war, Herrn Mand die Schadensersatzleistung widerrechtlich vorzuenthalten. Würde man davon ausgehend ganz simpel rechnen, stehen damit das Interesse von Herrn Mand an der (ihm zustehenden) Auszahlung von 45.000.000 Euro dem Interesse der Bank, ihre Geheimnisse zum Einbehalten der 45.000.000 Euro zu nutzen, einander unvereinbar gegenüber.

Der Wert der abzuwägenden Interessen ergibt sich allerdings nicht alleine aus ihrem Vermögenswert. Vielmehr werden "auch der Grad der drohenden Gefahr" und überhaupt "alle Umstände der Tat miteinbezogen"<sup>61</sup>. Insbesondere kommt es entscheidend darauf an, in wessen Sphäre die Notstandssituation entstanden ist. Zu dieser Prüfstufe ist das Begriffspaar Aggressivnotstand im Gegensatz zum Defensivnotstand geläufig. Letzterer zeichnet sich dadurch aus, dass die Abwehr der Gefahr gerade denjenigen trifft, der diese zu verantworten hat. Die Abwägung der Interessen schlägt unter diesen Bedingungen stark zugunsten der in Notstand geratenen Person aus. Nach herrschender Lehre wird sogar akzeptiert, dass "das Interesse, sich gegen

BSK StGB I-Niggu/Göhlich (Fn. 59), Art. 17 N 18.

einen für die Gefahr Verantwortlichen bis zur Grenze der Unverhältnismässigkeit zur Wehr zu setzen, ... als 'höherwertiges Interesse'" gilt<sup>62</sup>.

Im vorliegenden Fall sind die Verantwortlichkeiten besonders deutlich nach dem Muster eines *Defensivnotstands* aufgeteilt, da die *rechtliche Bewertung* des Konflikts für den Notstandsübenden spricht: *Herr M* müsste den *Nachteil*, der ihm droht – (endgültige) Nichtleistung des geschuldeten Schadenersatzes –, *zu Unrecht erleiden*; dementsprechend bewirkt der Geheimnisverrat, dass die Bank die geschuldeten 45.000.000 Euro *zu Recht verliert*. Das durch diese Notstandshandlung erwirkte Urteil zu Lasten der Bank Sarasin stellt daher nichts anderes als den rechtmässigen Zustand her: die Verschiebung der 45.000.000 Euro zum Berechtigten.

RA Seith führte daher im Namen seines Klienten Meinen Schadenersatzprozess gegen die Bank Sarasin. Die Preisgabe der Geheimnisse diente allein dem Beweis, dass die Bank durch unzulängliche Beratung Schuld an der Fehlinvestition von Herrn Meiner trägt. Die Bank legte in diesem Prozess die nur ihr, aber nicht Herrn Meine, verfügbaren entscheidenden Dokumente – jene, die tatsächlich in ihre Kundenberatung bzgl. Meine Einblick geben – nicht vor, im Gegenteil: Sie liess vorbringen, gar keine Beratungsfunktion inne gehabt zu haben, sie behauptete, dass Herr Meine von sich aus nach der betreffenden Anlage gefragt habe und dass ihm Funktionsweise und Risiken der Anlage bekannt gewesen wären (siehe genauer oben in der Sachverhaltsdarstellung). Diese Behauptungen waren falsch. Ihr Vorbringen im Schadenersatzprozess gegen Herrn Meine sollte diesem die Erfüllung seiner berechtigten Ansprüche verwehren. Die Staatsanwaltschaft Köln hat dementsprechend ein Ermittlungsverfahren wegen Prozessbetruges gegen die Verantwortlichen veranlasst.

Aufgrund dieses mutmasslichen Prozessbetruges konnte RA Seith die Gegenposition seines Mandanten – insbesondere das Vorliegen eines Beratungsvertrages und die Beratungsfehler – nicht beweisen. Der drohende Prozessverlust – die Gefahr, die es abzuwehren galt (siehe oben C. 2.1.) – war genau auf dieses mutmasslich betrügerische Verhalten zurückzuführen: darauf, dass die Bank deutlich von den selbst intern dokumentierten Abläufen abweichende Aussagen vorbrachte. Die Bank hat die Gefahr daher rechtswidrig verursacht – bei der Interessensabwägung fällt das entscheidend zu ihren Lasten ins Gewicht.

Bei der Frage, ob die Beschuldigten *Seith* und daher durch die ihnen allenfalls vorgeworfene Geheimnisverletzung ein höherwertiges Interesse gerettet haben, könnte daher sogar bis "zur Grenze der Unverhältnismässigkeit"<sup>63</sup> gegangen werden. Diese Grenze wird hier allerdings nicht annähernd erreicht: Das unrechtmässige Verhalten der Bank im Schadenersatz-

Art. 1-136 StGB, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB I-SEELMANN, Art. N); sinngemäss auch Maihold (Fn. 62), N 55.

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> BSK StGB I-NIGGLI/GÖHLICH (Fn. 59), Art. 17 N 19; sinngemäss auch MAIHOLD, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Basel 2013, N 55; ebenso Trechsel/Geth (Fn. 59), StGB PK<sup>3</sup>, Art. 17 N 8; Trechsel/Noll/Pieth (Fn. 59), S. 134 ff. <sup>63</sup> So zu Recht die Vorauflage: Seelmann, Art. 17 N 10, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar, Strafrecht I,

prozess wertet das Rechtsgut auf Seiten der Notstandsübenden entscheidend auf. Damit überwiegt das durch Notstand gerettete Interesse – das Interesse am Prozessgewinn durch Zuspruch des Schadenersatzes – deutlich.

Auch soweit es um die Gefahr eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gegen RA Seith geht, schlägt die Interessensabwägung deutlich zugunsten der Beschuldigten aus: Betrug ist ein schweres Delikt; es droht letzten Endes eine Freiheitsstrafe von bis zu 5 Jahren (§ 263 deutsches StGB). Hier geht es daher um einen drastischen Freiheitsentzug und eine massive Rufschädigung des betroffenen Anwalts. Vermögensinteressen treten demgegenüber zurück.

### 2.2.2. Erforderlichkeit

Art. 17 StGB verlangt explizit, dass die Gefahr nicht anders als durch die Notstandshandlung abwendbar ist, anders ausgedrückt: Sie muss das schonendste Mittel sein, um das gefährdete Rechtsgut zu retten ("absolute Subsidiarität"<sup>64</sup>).

Die Offenbarung und Benutzung der *Dokumente N.1. bis N.4.* lässt sich unter diesem Blickwinkel folgendermassen bewerten. Ihnen ist gemeinsam, dass sie sich direkt auf die Kundenbeziehung *M* beziehen. Die hier gesetzten Handlungen – *Zugänglichmachen* dieser Dokumente zum Beweis des Schadenersatzanspruchs – sind *geradezu unumgänglich zur Abwendung des Prozessverlustes*: Wie, wenn nicht durch unverfälschte bankinterne Aufzeichnungen zu der konkreten Kundenbeziehung, hätte RA *Seith* die Vorbringen seines Mandanten sonst belegen können? – Der Prozessgegner, die Bank Sarasin, hatte sämtliche Kennzeichen einer Fehlberatung abgestritten; andere Mittel, das Gegenteil zu beweisen, gab es offensichtlich nicht.

Für das "Memorandum R "" (N.5.) gilt dasselbe, freilich im Hinblick auf die Kundenbeziehung von Frau R zur Bank Sarasin und in einem noch vorprozessualen Stadium.

Das Dokument "Memorandum Neubegutachtung" (N.6.) enthält zwar Daten, die über die unmittelbar umstrittene Kundenbeziehung und damit über den hier relevanten Rechtsstreit – Schadenersatzprozess Managegen die Bank Sarasin – hinausgehen. Soweit ersichtlich, hat RA Seith aber sowohl in seinem Schreiben an RA Lenggenhager als auch vor dem LG Ulm nur die auf seinen Mandanten – Managegene Passagen zitiert; das geht jedenfalls aus der Anklage gegen RA Seith hervor (S. 13). Eine derartige reduzierte Verwendung des Papiers legt zumindest äusserst nahe, auch punkto des "Memorandum Neubegutachtung" von Erforderlichkeit im Hinblick auf die Abwendung der Gefahr – Prozessverlust – auszugehen: Wiederum geht es um die Belegung der Ansprüche des Herrn Managegen die Bank Sarasin, die die Bank gerade abstreitet

Was die Erforderlichkeit der Dokumentenverwendung im Zusammenhang mit der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung von RA Seith betrifft, wird nichts anderes gelten: Erforderlich ist die

<sup>64</sup> BSK StGB I-Niggli/Göhlich (Fn. 59), Art. 17 N 16.

Widerlegung der gegnerischen Behauptungen, und dazu steht nichts anderes zur Verfügung als die betreffenden Dokumente.

# 3. Wahrnehmung berechtigter Interessen

Der (ungeschriebene) Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen wird allgemein anerkannt<sup>65</sup> (zu seiner zivilrechtlichen Begründung siehe oben unter Frage A. 3.2.1.). Er liegt vor, "wenn die Tat ein zur Erreichung des berechtigten Ziels notwendiges und angemessenes Mittel ist, sie insoweit den einzig möglichen Weg darstellt und offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, die der Täter zu wahren sucht"<sup>66</sup>.

#### 3.1. Berechtigtes Ziel

Als berechtigtes Ziel kommt jedes schutzwürdige Interesse in Frage<sup>67</sup>. Unter der breiten Palette an Anwendungen findet sich auch die Verletzung von "Geheimhaltungsinteressen zur Wahrung privater oder öffentlicher Belange"<sup>68</sup>. So kann sich etwa ein Anwalt auf berechtigte Interessen berufen, wenn er zur Abwehr einer Schadenersatzforderung seines Klienten berufsgeheimes Wissen, das sich auf diesen Klienten bezieht, preisgibt: Die Verletzung des Berufsgeheimnisses (Art. 321 StGB) ist gerechtfertigt<sup>69</sup>. Ebenso könnte mitunter die Verletzung eines Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB) als Wahrnehmung berechtigter Interessen gelten und daher gerechtfertigt sein<sup>70</sup>.

Nicht anders ist die hier interessierende Konstellation eines hängigen Schadenersatzprozesses zu bewerten, soweit der Verrat eines durch Art. 162 und Art. 273 StGB geschützten Geheimnisses angenommen wird: Der Bedarf, eine Schadenersatzforderung zu beweisen, ist genauso ein berechtigtes Interesse wie der Bedarf, einen solchen Anspruch abzuwehren.

#### 3.2. Angemessenheit

Unter den Begriff der Angemessenheit lassen sich alle weiteren Forderungen der Judikatur einordnen, einerseits die *Notwendigkeit* der Begehung der Straftat und die Begehung der Straftat

<sup>&</sup>lt;sup>65</sup> BSK StGB I-Niggli/Göhlich (Fn. 59), Vor Art. 14 N 66 als Unterfall von Art. 14; ebenso Trechsel/Geth (Fn. 59), StGB PK<sup>3</sup>, Art. 14 N 13; Stratenwerth (Fn. 58), § 10 N 59.

<sup>&</sup>lt;sup>66</sup> BGE 117 IV 170, E 3b (Rechtfertigung einer Einreise mit gefälschten Ausweispapieren um die anders nicht mögliche Heirat mit einer Schweizerin vorzubereiten); 120 IV 208, E 3.

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> STRATENWERTH (Fn. 58), § 10 N 61.

<sup>68</sup> STRATENWERTH (Fn. 58), § 10 N 59.

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte (ZH), Entscheid vom 19.11.1980, ZR 80/1981, 21; TRECHSEL/GETH (Fn. 59), StGB PK<sup>3</sup>, Art. 14 N 13.

Dazu etwa BGE 94 IV 68, E. 2; da der Beamte statt den Dienstweg zu gehen sofort an die Presse ging, wurde die Rechtfertigung allerdings mangels Angemessenheit abgelehnt. Insofern vergleichbar BGE 115 IV 75, E. 4; 127 IV 122, E. 5c.

als einzig möglichen Weg. Dies wurde oben im Zusammenhang mit dem rechtfertigenden Notstand (C. 2.2.) bereits geklärt: Es gab in der geschilderten Prozesssituation keine gesetzeskonforme Möglichkeit<sup>71</sup>, die Behauptungen des Prozessgegners, der Bank Sarasin, zu widerlegen. Die Interessen der Bank Sarasin wurden nicht weiter beeinträchtigt, als es unerlässlich war: Die vorgelegten Papiere bzw. die daraus entnommenen Zitate betrafen stets nur den Klienten, der seine Schadenersatzforderung zu beweisen suchte. Etwas anderes hätte gegolten, wenn Herr sich an die Medien gewendet hätte, um die behaupteten Missstände bei der Bank Sarasin aufzudecken: Für den Nachweis des Anspruchs von Herrn Men bzw. Frau Rem war das nicht notwendig – daher wurde dieser Schritt von keinem der Beschuldigten unternommen.

Schliesslich muss die Verletzung der Geheimnisse offenkundig weniger schwer wiegen als die Interessen, die der Täter zu wahren sucht. Auch das wurde bereits geklärt (oben C. 2.2.): Die Geheimnisverletzungen wiegen keinesfalls schwerer als die Gefahr des Prozessverlustes mangels ausreichender Beweise.

### 4. Gesetzlich erlaubte Handlung

Art. 14 StGB betont den Grundsatz, dass die Rechtsordnung nicht widersprüchlich ist: rechtmässig ist ein Verhalten, das gesetzlich geboten oder erlaubt ist. Das gilt etwa für Handlungen, die nach Art. 52 Abs. 3 OR gedeckt sind<sup>72</sup> (aus zivilrechtlicher Sicht: oben bei Frage A. 3.2.1.: "Selbsthilfe"). Danach sind Handlungen "zum Zwecke der Sicherung eines berechtigten Anspruches" rechtmässig, "wenn nach den gegebenen Umständen amtliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt und nur durch Selbsthilfe eine Vereitelung des Anspruches oder eine wesentliche Erschwerung seiner Geltendmachung verhindert werden konnte."

Zulässig sind etwa die Wegnahme oder gar die Zerstörung einer Sache, soweit dies erforderlich ist; zulässig kann auch das Festhalten eines Fluchtverdächtigen sein<sup>73</sup>. Erst recht wird das erforderliche (siehe oben C. 2.2.) Preisgeben von Daten gedeckt sein: Sie wurden definitiv zum Zweck der Sicherung eines berechtigten Anspruchs aufgedeckt, amtliche Hilfe steht keine zur Verfügung – und die Preisgabe der Geheimnisse soll die Vereitelung des Schadenersatzanspruchs verhindern.

## 5. Subjektives Rechtfertigungselement

Doktrin und Rechtsprechung verlangen bei sämtlichen Rechtfertigungstatbeständen eine subjektive Seite: Der Täter muss den Sachverhalt richtig erkennen und mit dem Willen handeln, sein Rechtfertigungsrecht zu gebrauchen<sup>74</sup>. Auf die Motive des Täters kommt es dabei nicht an:

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> Vgl. STRATENWERTH (Fn. 58), § 10 N 61.

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> STRATENWERTH (Fn. 58), § 10 N 96; TRECHSEL/NOLL/PIETH (Fn. 59), S. 132.

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> STRATENWERTH (Fn. 58), § 10 N 96.

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> Trechsel/Noll/Pieth (Fn. 59), S. 113; Stratenwerth (Fn. 58), § 10 N 102 f.

"Beweggründe und Absichten einer Person, deren Verhalten objektiv im Einklang mit der Rechtsordnung steht, , vermögen eine Strafbarkeit nicht zu begründen"<sup>75</sup>.

Sämtliche Angeklagte haben im vorliegenden Fall die erforderliche Kenntnis über die rechtfertigenden Sachverhalts-Umstände: Sie wissen, dass sie mit der Offenbarung der einschlägigen Daten ein höherwertiges Interesse (i.S. des Notstandes bzw. der Wahrnehmung berechtigter Interessen) retten bzw. eine gesetzlich erlaubte Handlung setzen. Die Frage, ob sie ausserdem Lohn für ihr Verhalten erwarten, ist irrelevant.

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> Trechsel/Geth (Fn. 59), StGB PK<sup>3</sup>, Art. 15 N 13; Stratenwerth (Fn. 58), § 10 N 104.

## Fazit

A. Hatte Herr Manual im Rahmen seiner Vertragsbeziehung zur Bank Sarasin Anspruch auf volle Beratung und Offenlegung der die Vertragsbeziehung betreffenden Informationen? Werden die an RA Seith weitergegebenen Dokumente von diesem Anspruch erfasst?

Die beiden Fragen sind aus Sicht des schweizerischen Rechts vorbehaltlos zu bejahen. Die Bank Sarasin war im vorliegenden Fall *auskunfts- und aufklärungspflichtig* gegenüber *Herrn M* was das fragliche Investment und dessen Implikationen betraf. Über die im *Zusammenhang* damit stehenden Dokumente und Informationen war daher Rechenschaft abzulegen. Insoweit kann sie keinen Geheimhaltungsanspruch geltend machen.

- B. Haben Herr Seith, Herr and und Herr all als Täter bzw. als Anstifter Straftatbestände nach
  - Art. 162 StGB, Verletzung des Geschäftsgeheimnisses
  - Art. 47 BankG, Verletzung des Bankgeheimnisses
  - Art. 43 BEHG, Verletzung des Berufsgeheimnisses (eines Effektenhändlers)
  - Art. 273 StGB, Wirtschaftlicher Nachrichtendienst

#### erfüllt?

(1) Art. 162 StGB: Für den Geheimnisschutz nach Art. 162 StGB ist entscheidend, ob die weitergegebenen Dokumente rechtlich geschützte Geschäftsgeheimnisse enthalten. Diese Eigenschaft fehlt dem Grossteil der Dokumente (N.1. bis N.5. nach der Übersicht oben S. 11) einerseits bereits aufgrund der unter Frage A. festgestellten Auskunfts- und Aufklärungspflicht der Bank Sarasin, andererseits, weil ihre Geheimhaltung keinen rechtlich geschützten wirtschaftlichen Wert hat. Die Freshfields-Gutachten (N.1.) geben zudem nach Schweizer Recht illegale und daher nicht nach Art. 162 StGB abgeschirmte Tatsachen preis.

Das Memorandum Neubegutachtung (N.6.) ist differenziert zu beurteilen. Soweit es über das Investment von Herrn Markeinformiert, unterliegt es der Rechenschaftspflicht der Bank und daher keinem Geheimnisschutz gegenüber den von Herrn Markeinformierten Personen.

Jene Teile des Memorandums, die über andere Anlageprodukte Auskunft geben, beinhalten Geschäftsgeheimnisse, vorausgesetzt die Geheimhaltung dieser Anlageprodukte vermitteln der Bank einen rechtlich geschützten wirtschaftlichen Wert. Diese Qualität müsste die Anklage belegen.

- Insofern könnte Herr durch die Übergabe des Memorandums an RA Seith den Tatbestand des Art. 162 Abs. 1 StGB (Verrat) erfüllt haben. Sein Verhalten ist allerdings gerechtfertigt (siehe Frage C.).
- Eine diesbezügliche Gehilfenschaft von Herrn kommt nur in Frage, wenn dieser auch gerade auf diese Teile des Memorandums Vorsatz hatte; der Anklagesachverhalt gibt dazu keine Anhaltspunkte.

- Für RA Seith kommt nur der Tatbestand nach Art. 162 Abs. 2 StGB (Ausnützen) in Frage.
   Da er die von den Anlageformen Mannen unabhängigen Teile des Memorandums allerdings in keinem Zusammenhang preisgegeben hat, hat er keine Tathandlung gesetzt.
- (2) Art. 47 BankG und Art. 43 BEHG: Strafbarkeit nach Art. 47 BankG und Art. 43 BEHG ist auszuschliessen, weil die berechtigten Bankkunden, deren Daten preisgegeben wurden Herr Manne, Frau Range –, mit der Weitergabe einverstanden waren.
- (3) Art. 273 StGB: Die Mehrheit der durch an Seith und von diesem an das Gericht vorgelegten Dokumente (N.1. bis N.5. nach der Übersicht oben S. 11) beinhalten kein nach Art. 162 StGB geschütztes Geheimnis. Art. 273 StGB käme hinsichtlich dieser Papiere daher nur in Frage, wenn der Schweizer Staat ein eigenständiges Interesse an ihrer Abschirmung hätte. Das ist allerdings auszuschliessen: Der Schweiz ist es kein Anliegen, Schweizer Banken vor einer (zivil-) gerichtlichen Aufarbeitung ihrer allfälligen Beratungsfehler zu schützen. Denn die Schweizer Volkswirtschaft kann durch faire Zivilprozesse gegen Schweizer Banken fair in der Hinsicht, dass die einschlägigen Beweise offengelegt werden keinen Schaden nehmen. Der Schweizer Staat hat daher kein Interesse, die Offenlegung der einschlägigen Beweise zu verhindern. Im Gegenteil: Sein Interesse ist auf die Qualität des Schweizer Bankenplatzes ausgerichtet, der sich durch ordnungsgemässe Beratung und seriöse Anlageformen auszeichnet. Der Bankkunde, der Fehlverläufen in diesen Bereichen ausgesetzt war, wird daher nicht durch Strafdrohung an einer Aufarbeitung gehindert. Keiner der Angeklagten hat sich daher wegen Wirtschaftlichem Nachrichtendienst strafbar gemacht.

Das gleiche gilt, soweit das Memorandum Neubegutachtung (N.6.) Informationen zu den Anlageformen von *Herrn M* enthält.

Soweit das Memorandum Neubegutachtung (N.6.) Informationen über Produkte enthält, in die Herr Misse inscht investiert hat und die Geheimnisse im Sinn des Art. 162 StGB sind, bedeutet das im Hinblick auf die einzelnen Beschuldigten folgendes:

- Es ist zweifelhaft, ob von Herrn behauptet werden kann, dass er, obwohl er als Mitarbeiter der Bank durchaus Zugang zu Geheimnissen hatte, diese Informationen ausgekundschaftet hat. Nur, soweit die hier relevanten Geheimnisse gerade auch ihm gegenüber abgeschirmt waren, hat er den objektiven Tatbestand nach Art. 273 Abs. 1 StGB erfüllt. Diese Informationen sind aber nicht von seinem Vorsatz erfasst, sie einer ausländischen Behörde etc. zugänglich zu machen. Herr ist daher auch bezogen auf die Geheimnisse, die andere Anlageformen als jene von Herrn Mittel betreffen, nicht strafbar.
- Für *RA Seith* scheitert die für sein Vorgehen primär in Frage kommende Begehungsweise nach Art. 273 Abs. 2 StGB bereits am objektiven Tatbestand: *RA Seith* hat diese Geheimnisse gerade nicht den ausländischen Behörden etc. zugänglich gemacht, sondern ausschliesslich Informationen über die Anlageformen von *Herrn M*

RA Seith mag durch die Zusammenarbeit mit Herrn die Geheimnisse nach Art. 273 Abs. 1 StGB ausgekundschaftet haben. Aber auch er hatte bereits zu diesem Zeitpunkt

keinen Vorsatz darauf, irgendwelche Informationen ausserhalb von Herrn M vestment ausländischen Institutionen zugänglich zu machen. Damit ist er auch nicht nach Art. 273 Abs. 1 StGB strafbar.

Herr dessen Beteiligung an Art. 273 StGB im Raum steht, kann nicht anders beurteilt werden. Auch sein Vorsatz erfasst kein Zugänglichmachen von Produkten ausserhalb Herrn Mann Anlageformen. Er ist nicht wegen Art. 25 i.V.m. Art 273 StGB strafbar.

# C. Wenn ja: Kommen ihnen Rechtfertigungs- und/oder Entschuldigungsgründe zugute?

Sollte dem oben begründeten Ausschluss der relevanten Straftatbestände nicht gefolgt werden, sind eventualiter Rechtfertigungsgründe heranzuziehen. Insbesondere sind die Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands (Art. 17 StGB) erfüllt, aber auch die Rechtfertigung der Wahrnehmung berechtigter Interessen und die Rechtfertigung der gesetzlich erlaubten Handlung (Art. 14 StGB).

### Gesamtergebnis

Die im Sachverhalt geschilderte Weitergabe von Dokumenten ist weitgehend zivilrechtlich erlaubt. Im Ergebnis ist sie auch nicht strafbar. Das gilt selbst für Informationen, die als strafrechtlich geschützte Geschäftsgeheimnisse qualifiziert werden – spätestens auf Ebene der Rechtfertigung.

Prof. Dr. Mark Pieth

Prof. Dr. Anton K. Schnyder

Malorp Lower Prof. Dr. Ingeborg Zerbes