



6B_804/2018

Urteil vom 4. Dezember 2018

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichter Oberholzer,
Bundesrichterin Jametti,
Gerichtsschreiber Reut.

Verfahrensbeteiligte

Bundesanwaltschaft, Taubenstrasse 16, 3003 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

X. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Lorenz Erni,
Beschwerdegegner.

Gegenstand

Verbotene Handlungen für einen fremden Staat,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesstrafgerichts, Strafkammer, vom 9. Mai 2018 (SK.2017.64).

Sachverhalt:

A.

Der Verwaltungsrat der A. _____ AG, einer in Zürich domizilierten Vermögensverwaltungsgesellschaft, liess im Zuge des Steuerstreits zwischen der Schweiz und den USA die Kundenbeziehungen überprüfen. Die Prüfung ergab, dass die A. _____ AG und ihre Tochtergesellschaften zwischen 2002 und 2012 über eine gewisse Zahl von Kunden verfügten, die sich in den USA eventuell nicht regelkonform versteuert hatten. In der Folge beauftragte X. _____ in seiner Funktion als Verwaltungsratspräsident der A. _____ AG die Anwaltskanzlei B. _____, sowie einen Mitarbeiter der A. _____ AG, Dossiers von in den USA mutmasslich steuerpflichtigen Kunden zusammenzustellen. Im Oktober 2012 reichte X. _____ eine Selbstanzeige beim amerikanischen Justizdepartement (Department of Justice; nachfolgend: DoJ) ein, wobei dieses ein Gesuch um Herausgabe der betreffenden Kundendossiers auf dem Rechts- und Amtshilfeweg ablehnte. Im Hinblick auf ein sog. Non Prosecution Agreement reiste X. _____ schliesslich Mitte November 2013 in die USA und liess dem DoJ - ohne über eine Bewilligung im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 StGB zu verfügen - durch einen Rechtsanwalt einen USB-Stick mit insgesamt 109 Kundendossiers der A. _____ AG sowie deren Tochtergesellschaften übergeben. Zuvor liess er die Rechtmässigkeit dieser Vorgehensweise durch zwei Rechtsanwälte der Anwaltskanzlei B. _____ sowie durch ein weiteres Gutachten von Prof. Dr. C. _____ und lic. iur. D. _____ abklären. Gestützt auf die beiden Gutachten soll X. _____ von der Rechtmässigkeit seines Vorgehens ausgegangen sein.

B.

Am 28. April 2015 erstattete die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) bei der Bundesanwaltschaft Anzeige gegen die Verantwortlichen der A. _____ AG sowie allfällige weitere involvierte Personen. Die Bundesanwaltschaft verurteilte X. _____ mit Strafbefehl vom 19. September 2017 wegen verbotener Handlung für einen fremden Staat (Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) zu einer Geldstrafe von 160 Tagessätzen zu

Fr. 1'650.--, bedingt erlassen mit einer Probezeit von zwei Jahren, sowie zu einer Busse von Fr. 10'000.--. Auf Einsprache von X. _____ erhob die Bundesanwaltschaft am 17. November 2017 Anklage.

C.

Die Strafkammer des Bundesstrafgerichts (Einzelrichter) sprach X. _____ am 9. Mai 2018 frei.

D.

Die Bundesanwaltschaft führt Beschwerde in Strafsachen. Sie beantragt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und X. _____ wegen verbotener Handlungen für einen fremden Staat schuldig zu sprechen und angemessen zu bestrafen. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an das Bundesstrafgericht zurückzuweisen. X. _____ und das Bundesstrafgericht beantragen die Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht den Vorsatz verneint. Sie wirft der Vorinstanz vor, das Wissen über die Verbotenheit des normierten Verhaltens als ein rechtlich geprägtes subjektives Tatbestandsmerkmal dargestellt zu haben. Im Übrigen habe der Beschwerdegegner den Erfolg bzw. die nicht autorisierte Übergabe der Daten an das DoJ im Wissen um die keineswegs identischen und teilweise widersprüchlichen Begründungen der beiden Privatgutachten zumindest in Kauf genommen. Der Beschwerdegegner habe die Privatgutachten nur eingeholt, um über eine Scheinabsicherung zu verfügen.

2.

Soweit die Vorinstanz unter Berufung auf **BGE 65 I 39** E. 3 davon ausgeht, dass das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ein "rechtlich geprägtes subjektives Tatbestandsmerkmal" von Art. 271 StGB darstelle, kann ihr nicht gefolgt werden. Das Bundesgericht interpretiert den Verbotsirrtum nicht nach der sog. Vorsatztheorie (**BGE 107 IV 205** E. 3 S. 207; **99 IV 57** E. 1 S. 58 f. mit Hinweisen; **70 IV 97** E. 4 S. 98 ff.; vgl. zum Theorienstreit GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl. 2011, § 11 N 50 ff.). Die gesetzliche Regelung von Art. 21 StGB folgt vielmehr der sog. Schuldtheorie, welche das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als ein vom Vorsatz getrenntes selbstständiges Schulselement begreift (**BGE 129 IV 238** E. 3.2.1 S. 242; **91 IV 24** E. 2 S. 29; je mit Hinweisen).

3.

Gemäss Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB wird bestraft, wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen. Durch die Bestimmung sollen die Ausübung fremder Staatsgewalt auf dem Gebiet der Schweiz verhindert und das staatliche Machtmonopol und die schweizerische Souveränität geschützt werden (Urteil 6B_402/2008 vom 6. November 2008 E. 2.3.2 mit Hinweis). Eine einer Behörde oder einem Beamten zukommende Handlung ist - unbekümmert, ob ein Beamter dabei tätig wurde - jede Handlung, die für sich betrachtet, d.h. nach ihrem Wesen und Zweck sich als Amtstätigkeit charakterisiert. Entscheidend ist mithin nicht die Person des Täters, sondern der amtliche Charakter der Handlung (**BGE 114 IV 128** E. 2b S. 130 mit Hinweisen). Über entsprechende Bewilligungen nach Art. 271 Ziff. 1 StGB zur Vornahme von Handlungen für einen fremden Staat entscheiden die Departemente und die Bundeskanzlei in ihrem Bereich (Art. 31 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV; SR 172.010.1; in der bis zum 31. Dezember 2013 geltenden Fassung]).

3.1. Nach den Feststellungen der Vorinstanz hat der Beschwerdegegner - gestützt auf die Gutachten, die er in Auftrag gegeben hatte - an die Rechtmässigkeit seiner Vorgehensweise geglaubt bzw. nicht mit der Möglichkeit gerechnet, auf unrechtmässige Weise für einen fremden Staat gehandelt zu haben (Entscheid E. 4.3.6 S. 14). Fraglich ist, ob diese Fehlvorstellung als Sachverhalts- (Art. 13 StGB) oder als Verbotsirrtum (Art. 21 StGB) zu qualifizieren ist. Die Abgrenzung kann namentlich bei normativ geprägten Tatbestandsmerkmalen - vorliegend die einer Behörde oder einem Beamten zukommende Handlung - Schwierigkeiten bereiten.

3.1.1. Handelt der Täter in einer irrigen Vorstellung über den Sachverhalt, so beurteilt das Gericht die Tat zu Gunsten des Täters nach dem Sachverhalt, den sich der Täter vorgestellt hat (Art. 13 Abs. 1 StGB). Einem Sachverhaltsirrtum unterliegt demnach, wer von einem Merkmal eines Straftatbestands keine oder eine falsche Vorstellung hat. In diesem Fall fehlt dem Irrenden der Vorsatz zur Erfüllung der fraglichen Strafnorm (**BGE 129 IV 238** E. 3.1 S. 240). Dagegen liegt ein Verbotsirrtum vor, wenn der Täter bei Begehung der Tat nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält (Art. 21 StGB). Die Abgrenzung zwischen Sachverhalts- und Verbotsirrtum hängt nicht davon ab, ob die unzutreffende Vorstellung eine Rechtsfrage oder ausserrechtliche Tatsache betrifft. Vielmehr gilt nicht nur der Irrtum über beschreibende (deskriptive) Merkmale, sondern auch die falsche Vorstellung über Tatbestandsmerkmale rechtlicher (normativer) Natur als Sachverhalts- und nicht als Verbotsirrtum. Hat sich der Täter über Lebensvorgänge oder Umstände geirrt, welche einem objektiven gesetzlichen Tatbestandsmerkmal entsprechen, wie beispielsweise über die Fremdheit der Sache, die er wegnimmt, so befand er sich in einer irrigen Vorstellung über den rechtserheblichen Sachverhalt (**BGE 129 IV 238** E. 3.2 S. 241 mit Hinweisen). Versteht der Täter hingegen in laienhafter Anschauung die soziale Bedeutung des von ihm verwirklichten Sachverhalts, so

handelt er mit Vorsatz, auch wenn er über die genaue rechtliche Qualifikation irrt, was als rechtlich unbeachtlicher Subsumtionsirrtum anzusehen ist (**BGE 129 IV 238** E. 3.2.2 S. 243 mit Hinweisen).

3.1.2. Entgegen seiner Auffassung (Beschwerdeantwort, S. 5 f.) hat der Beschwerdegegner den Bedeutungssinn der Amtshandlung für einen fremden Staat als normatives Tatbestandsmerkmal zutreffend erfasst. So wurde dem DoJ nach erfolgter Selbstanzeige nahe gelegt, sich zunächst auf dem Rechts- und Amtshilfsweg um die Herausgabe der Kundendossiers zu bemühen. Insofern vermochte der Beschwerdegegner die soziale Bedeutung der - möglicherweise sanktionsbewehrten - Datenherausgabe richtig einzuordnen. Vor der Übergabe liess er denn auch zwei Gutachten erstellen, woraufhin er sich in Kenntnis der den Unrechtsvorwurf bzw. die verbotene Amtshandlung begründenden Voraussetzungen über die ihm gutachterlich aufgezeigten Grenzen hinwegsetzte. Seine irrige Annahme, zur Herausgabe der Kundendossiers gleichwohl berechtigt gewesen zu sein, lässt folglich den Vorsatz unberührt und vermag allenfalls lediglich einen Verbotsirrtum zu begründen.

3.2. Ein Verbotsirrtum liegt vor, wenn dem Täter das Unrechtsbewusstsein trotz Kenntnis des unrechtsbegründenden Sachverhalts fehlt, wobei sich das Unrechtsbewusstsein gerade auf diejenigen Momente der Tat stützen muss, die sie als rechtlich verboten erscheinen lassen (**BGE 115 IV 162** E. 3 S. 167 mit Hinweis). Zum Ausschluss eines Verbotsirrtums genügt das unbestimmte Empfinden, dass das in Aussicht genommene Verhalten der Rechtsordnung widerspricht (**BGE 104 IV 217** E. 2 S. 218 f.; vgl. auch **BGE 130 IV 77** E. 2.4 S. 81 f.). Vermeidbar ist ein Verbotsirrtum regelmässig dann, wenn der Täter selbst an der Rechtmässigkeit seines Verhaltens zweifelte oder hätte Zweifel haben müssen. Dasselbe gilt, wenn er durch die zuständige Behörde ausdrücklich auf die Rechtslage hingewiesen worden ist oder sich über behördliche Anordnungen hinwegsetzt. Falls Anlass zu Zweifeln an der Rechtmässigkeit des Verhaltens besteht, hat sich der Täter grundsätzlich bei der zuständigen Behörde zuvor näher zu informieren (**BGE 129 IV 6** E. 4.1 S. 18; **104 IV 217** E. 3a S. 221; **99 IV 249** E. 1 S. 251; je mit Hinweisen). Werden Auskünfte bei einem Rechtsberater bzw. Anwalt eingeholt, gilt es zu berücksichtigen, dass sich der Täter auf die Auskunft nur verlassen kann, wenn diesem jener Sachverhalt zur Prüfung vorlag, der vom Täter nachher verwirklicht wurde, und er im Gutachten unter allen rechtlichen Gesichtspunkten geprüft worden ist, die auch der Täter kennen musste (**BGE 98 IV 293** E. 4a S. 303). Sind Rechtsfragen umstritten, darf sich der Betroffene nicht ohne weiteres auf den für ihn günstigen juristischen Rat verlassen (**BGE 129 IV 6** E. 4.2 S. 18 f.; **121 IV 109** E. 5b S. 126).

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

3.3. Bei den eingeholten Gutachten handelt es sich nicht um verbindliche Rechtsauskünfte einer zuständigen staatlichen Behörde, sondern um den Rechtsrat zweier Anwälte, eines Rechtsprofessors sowie einer Juristin. Die Gutachten boten keine ausreichende Grundlage für einen unvermeidbaren Irrtum, da sie unvollständig und im Hinblick auf die Grenzen des strafbaren Verhaltens nicht verlässlich waren. Gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz zeigten sich die Erstgutachter der Anwaltskanzlei B. _____ zwar verhalten optimistisch. Sie vermochten aber einen Verstoss gegen Art. 271 StGB nicht auszuschliessen ("this is a grey area and arguments for the applicability of art. 271 to the Scenario cannot be excluded so that a residual risk of violating art. 271 remains"). Der Beschwerdegegner musste sich angesichts der unmissverständlichen Formulierung des rechtlichen Graubereichs, in welchem er sich bewegte, bewusst sein. Daran ändert nichts, dass er den erwähnten Satz als typische Anwaltsprache mit Haftungsausschluss interpretierte. Ohnehin räumte der Beschwerdegegner selbst ein, dass ihm das Erstgutachten nicht völlig unabhängig erschien, da die betreffende Anwaltskanzlei mit der Lösung des Steuerproblems betraut gewesen sei. Dass in der Folge ein weiteres Gutachten in Auftrag gegeben wurde, legt laut Vorinstanz nahe, dass der Beschwerdegegner in Bezug auf die Herausgabe der Kundendaten an das DoJ immer noch mit der Möglichkeit rechnete, Unrecht zu tun.

Auch das Zweitgutachten von Prof. Dr. C. _____ und lic. iur. D. _____ kam zum Ergebnis, dass die geplante Datenlieferung an die US-Behörden ohne eine entsprechende Bewilligung des Bundesrates den Tatbestand von Art. 271 StGB erfüllen könnte. Zum Gutachten hält die Vorinstanz ausserdem fest, dass dieses insoweit nicht den Regeln der Kunst entspreche, als der Sachverhalt, von welchem das Gutachten ausgehe, nicht klar umschrieben sei bzw. teilweise von Szenarien ausgehe, die nicht der tatsächlichen Konstellation entsprochen hätten. Das Gutachten nehme etwa eine zeitliche Dringlichkeit im Zusammenhang mit einer existenzbedrohlichen Situation an, wogegen tatsächlich (auch nach dem damaligen Wissensstand des Beschwerdegegners) keinerlei Sanktionen oder anderweitige Nachteile seitens der US-Behörden unmittelbar in Aussicht gestanden hätten. Die Begründung, wonach die Datenlieferung "auf jeden Fall" durch den Rechtfertigungsgrund des Notstandes (Art. 17 StGB) sowie den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen respektive zumindest durch den Schuldausschlussgrund von Art. 18 Abs. 2 StGB gedeckt sei, erscheine laut Vorinstanz angesichts der fehlenden Lehre und Rechtsprechung zumindest gewagt. Unter diesen Umständen durfte der Beschwerdegegner, selbst ausgebildeter Jurist, nicht vorschnell auf den für ihn günstigen Standpunkt vertrauen. Die beiden nicht eindeutigen Rechtsauskünfte hätten einen gewissenhaften Menschen - auch angesichts der auf dem Spiel stehenden Interessen - zur Vorsicht gemahnt und zu weiteren behördlichen Abklärungen veranlasst. Das mutmassliche Renommee der beigezogenen Experten vermag daran nichts zu ändern. Der Beschwerdegegner konnte trotz der Auskünfte letztlich nur darauf hoffen, dass sein Tun nicht strafbar sein werde. Der Verbotsirrtum war deshalb vermeidbar. Die Vorinstanz verletzt Bundesrecht, wenn sie das Wissen über die Verbotenheit des normierten Verhaltens als subjektives Tatbestandsmerkmal

qualifiziert, soweit erkennbar im Sinne einer Eventualbegründung von einem unvermeidbaren Verbotsirrtum ausgeht und in der Folge die Erfüllung des subjektiven Tatbestands von Art. 271 Ziff. 1 StGB verneint.

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

4.

Die Beschwerde ist gutzuheissen. Das vorinstanzliche Urteil ist aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird erneut zu prüfen haben, ob dem Beschwerdegegner eine tatbestandsmässige, rechtswidrige und schuldhafte Handlung vorzuwerfen ist. Die Gerichtskosten sind dem Beschwerdegegner aufzuerlegen, da er mit seinen Anträgen unterliegt (Art. 66 Abs. 1 BGG). Der obsiegenden Bundesanwaltschaft ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Bundesstrafgerichts vom 9. Mai 2018 wird aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden dem Beschwerdegegner auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Bundesstrafgericht, Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 4. Dezember 2018

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Reut