

Helmut Fuchs
Ingeborg Zerbes

AT.reloaded

Fälle und Lösungen zum Strafrecht
Allgemeiner Teil I

Fall 3 – März 2019 – Whistleblower – Kriminelle oder Helden?

 **VERLAG**
ÖSTERREICH

Fall 3 – März 2019 – Whistleblower – Kriminelle oder Helden?

Inhaltsverzeichnis

Sachverhalt.....	1
Basisstellen aus Fuchs/Zerbes, AT, 10. Auflage.....	2
Schwerpunkte der Falllösung.....	2
1. § 122 StGB: Verletzung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses	2
2. § 11 UWG: Verletzung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen.....	3
a) Tatbestand.....	3
b) Ergebnis.....	3
c) Eventualiter für die Variante: Besondere Rechtfertigungsgründe	4
3. § 101 Abs 1 BWG: Datenverwendung in Gewinn- oder Schädigungsabsicht.....	4
a) Tatbestand.....	4
b) Rechtfertigung nach § 38 Abs 2 BWG?	5
c) Rechtfertigung nach § 80 StPO, Anzeigerecht?	5
d) Rechtfertigender Notstand?.....	6
4. Gesamtergebnis	6
5. Ausblick.....	6

Schlüsselwörter : Whistleblowing, Datenschutz, Bankgeheimnis, Geschäftsgeheimnis, Rechtfertigung, Anzeigerecht

Normen: [§ 11 UWG](#), [§ 26d UWG](#), [§ 4 DSG](#), [§ 80 StPO](#)

Sachverhalt

A ist bei der Wiener Niederlassung einer Schweizer Bank angestellt. Er betreut dort vor allem österreichische Kontoinhaber, die ihr Vermögen – über komplizierte Kontengeflechte verschleiert – über diese Bank aus Österreich in die Schweiz oder ins fernere Ausland (Virgin Islands etc.) transferieren. Solche Transaktionen werden erfahrungsgemäß zumeist vorgenommen, um Vermögen zu verschleiern, das aus nicht versteuerten („schwarzen“) Einkünften herrührt, oder in Zukunft Steuern für die Erträge dieser Vermögenswerte zu hinterziehen.

Eines Tages kopiert A die Bankdaten dieser Kunden, einschließlich der Höhe der transferierten Geldbeträge, auf CD-ROM. Diese CD bietet er den österreichischen Steuerbehörden und der Staatsanwaltschaft gegen die Bezahlung von 2 Mio € mit dem Hinweis an, dass Daten über österreichische Steuerhinterzieher enthalten seien. Die österreichischen Behörden kaufen die CD, um entsprechende Steuer- und Strafverfahren gegen die betreffenden Kunden einzuleiten und von diesen Steuernachzahlungen zu verlangen.

Variante

A übergibt die Steuerdaten-CD gratis einem investigativen Journalisten einer österreichischen Zeitung. Er regt auch an, einen Artikel zu veröffentlichen, in dem die Steuerhinterziehungen prominenter Personen aufgedeckt werden.

Strafbarkeit des A für den Verrat der Kundendaten?

Quelle: Der Fall ist angelehnt an die verschiedenen komplexen „Steuerstünder-CD“-Fälle, die sich seit 2006 abspielen: Mitarbeiter insbesondere von Schweizer und Liechtensteiner Banken übergeben die ihnen aus ihrer Arbeit zugänglichen Kundendaten, die Steuerhinterziehungen der betreffenden Kunden mit Hilfe der jeweiligen Bank preisgeben, ausländischen Steuerbehörden oder Plattformen wie WikiLeaks. Berühmt ist insbesondere der Fall „Elmer“ geworden (Siehe dazu die Dokumentation „Offshore. Elmer und das Bankgeheimnis“ von *Werner Schweizer*).

Basisstellen aus Fuchs/Zerbes, AT, 10. Auflage

15/1-7: Wesen der Rechtfertigungsgründe

17/53-74: Notstand

17/1-4: Grundstruktur der Notrechte

Die konkreten Hinweise in der Falllösung beziehen sich ebenfalls auf Fuchs/Zerbes, AT, 10. Auflage, soweit nichts anderes angegeben wird.

Schwerpunkte der Falllösung

A könnte verschiedene vor allem im Nebenstrafrecht geregelten Geheimnisschutz-Tatbestände begangen haben, er ist aber möglicherweise gerechtfertigt. Denn immerhin verhilft er im Grundfall dem österreichischen Staat, diesem zustehende Steuern einzutreiben; in der Variante sorgt A für die Information der Allgemeinheit über möglicherweise illegale Vorgänge. Hat er sich trotz dieser (auch) positiven Wirkungen strafbar gemacht? – Neben den für einzelne Tatbestände speziell vorgesehenen Rechtfertigungsgründen werden auch das Anzeigerecht und rechtfertigender Notstand geprüft.

Eine mögliche Strafbarkeit nach § 63 DSGVO wird in der folgenden Darstellung ausgeklammert. Dieser schützt zwar allgemein vor der Verarbeitung personenbezogener Daten, zu der es auch im vorliegenden Fall gekommen ist: A hat Informationen über Bankgeschäfte konkreter Kunden zugänglich gemacht. Das – Bankmitarbeiter verpflichtende – Bankkundengeheimnis und die Gründe, aus denen es durchbrochen werden darf, sind jedoch speziell durch das BWG geregelt.

1. § 122 StGB: Verletzung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses

Täter dieses Delikts kann nur sein, wer kraft einer gesetzlich oder behördlich angeordneten Aufsichts-, Überprüfungs- oder Erhebungstätigkeit Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen erfahren hat (zB Abschlussprüfer nach Aktiengesetz). A hat jedoch keine derartige Funktion.

2. § 11 UWG: Verletzung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen

a) Tatbestand

Ein „**Bediensteter** eines Unternehmens“ erfüllt den objektiven Tatbestand des § 11 UWG, wenn er

- „**Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse**,
- die ihm vermöge des Dienstverhältnisses **anvertraut oder sonst zugänglich** geworden sind,
- während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses
- unbefugt anderen ... **mitteilt**.“

Er ist allerdings nur strafbar, wenn er „**zu Zwecken des Wettbewerbes**“ handelt.

A hat die erforderliche Tütereigenschaft: Er ist Angestellter und damit **Bediensteter** der betroffenen Bank. Er handelt auch, wie erforderlich, zurzeit seiner Anstellung; zu den preisgegebenen Informationen hatte er aufgrund seiner Anstellung Zugang, und er teilt diese den Behörden bzw dem Journalisten mit.

Diese Informationen sind **Geschäftsgeheimnisse**:

- Der hier speziell erforderliche **Unternehmensbezug** liegt vor: Bankkundendaten sind kaufmännisch relevant;
- ebenso die **mangelnde Offenkundigkeit** der preisgegebenen Bankkundendaten, denn diese sind nur einem eng begrenzten, im wesentlichen geschlossenen Personenkreis bekannt, und
- der **Geheimhaltungswille** der Geheimnisträger.

Dass aus den Informationen ein Verdacht auf Steuerhinterziehung abgeleitet werden kann, ändert nichts an dieser Eigenschaft.

A handelt auch mit **Tatbildvorsatz**: Alle entscheidenden Tatsachen sind ihm bekannt.

Eine auf **Zwecke des Wettbewerbs** gerichteten **Absicht** kann man ihm jedoch **nicht unterstellen**. Denn worum geht es A? – Man wird ihm einerseits zugutehalten, dass er – im Grundfall für die Behörden, in der Variante für die Öffentlichkeit – sichtbar machen will, was er als Missstand im Bankgeschäft beurteilt. Mit der Übergabe an die Behörden verbindet er andererseits Bereicherungsabsicht und mit der Übergabe an die Medien wohl Schädigungsabsicht.

Mit Wettbewerbszweck eines Geheimnisverrats ist jedoch etwas Spezifischeres gemeint. Vorausgesetzt wird – als objektive Basis der Absicht – ein Handeln in einem **Wettbewerbsverhältnis**: Die betroffene Bank müsste einen Wettbewerbsnachteil erleiden, der den Wettbewerb der Konkurrenz fördert. Eine solche Wechselwirkung kommt jedenfalls bei der Übergabe an die **Behörden** nicht zustande. Denn ein Steuer- und Steuerstrafverfahren gegen die Kunden der Bank und gegen die Bank selbst (nach VbVG) ist zwar für die betroffene Bank nachteilig. Es bedeutet aber keinen *Wettbewerbsnachteil* in dem Sinn, dass es die Marktposition der Konkurrenz unmittelbar verbessert.

Auch mit der Datenübergabe an die **Journalisten** fehlt schlussendlich der Wettbewerbszweck. Hier wird zwar das Wissen um die Steuerhinterziehungspraktiken der Öffentlichkeit und damit auch den konkurrierenden Unternehmen und den Behörden bekannt. Aber der Nachteil, den die Bank dadurch erleidet – Rufschädigung, drohendes Straf- und Finanzaufsichtsverfahren – ist ebenfalls kein direkter Vorteil der Mitbewerber. Selbst wenn man die Rufschädigung als Rufgewinn der anderen Banken sehen will, so ist dieser Effekt gegenüber dem Hauptziel, Bekanntmachung kritikwürdiger Geschäftsmodelle, unbedeutend.

b) Ergebnis

A hat **weder im Grundfall noch in der Fallvariante** den Tatbestand des § 11 UWG verletzt und ist daher **nicht strafbar**.

c) **Eventualiter für die Variante: Besondere Rechtfertigungsgründe**

Würde man allerdings feststellen, dass A vor allem die wettbewerbliche Lage der Bank verschlechtern wollte, hätte er § 11 UWG erfüllt. Unter diesen Umständen kommen für ihn Rechtfertigungsgründe in Frage.

(aa) Mit der UWG-Novelle 2018 (BGBl I 2018/109) wurde die EU-Richtlinie zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen umgesetzt und im Zusammenhang mit den zivilrechtlichen Geheimnisschutztatbeständen ein eigener Rechtfertigungsgrund vorgesehen: § 26d UWG. Nach dessen Abs 3 ist „der Erwerb, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses ... rechtmäßig“, wenn dies

1. durch Unionsrecht oder nationales Recht vorgeschrieben oder erlaubt ist [das heißt nichts anderes als dass ein erlaubter Verrat erlaubt ist], oder

2. in einem der folgenden Fälle erfolgt:

a. zur Ausübung des Rechts der Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit ... einschließlich der Achtung der Freiheit und der Pluralität der Medien;

b. zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung in Verbindung mit einem beruflichen Fehlverhalten im Zusammenhang mit dem Geschäftsgeheimnis, sofern die Person, welche das Geschäftsgeheimnis erwirbt, nutzt oder offenlegt, in der Absicht gehandelt hat, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen;

...“

Diese Erlaubnistatbestände gehören allerdings zu den „Zivilrechtlichen Sonderbestimmungen“ (3. Unterabschnitt des UWG) und beziehen sich damit auf die **zivilrechtlich verbotenen** Geheimnisverletzungen (§ 26c UWG). Wenn diese durch einen Bediensteten zu Zwecken des Wettbewerbs begangen werden und daher auch **strafbar** sind – hier: nach § 11 UWG –, gelten sie nicht.

(bb) Geheimnisverrat nach § 11 UWG könnte aber auch **analog zu § 122 Abs 4 StGB** gerechtfertigt sein. Danach ist „der Täter ... nicht zu bestrafen, wenn die Offenbarung oder Verwertung nach Inhalt und Form durch ein öffentliches oder ein berechtigtes privates Interesse gerechtfertigt ist“. Grundsätzlich kommt jedes öffentliche Interesse in Frage. Hier geht es um das **öffentliche Interesse** an der gleichmäßigen Entrichtung von Steuern (**Steuergerechtigkeit**), an der Verfolgung von Straftaten (**Strafverfolgungsinteresse**) und – in der Variante – um das öffentliche Interesse **an freien Medien** und deren Kontrollfunktion („public watchdog“) sowie um die Vermittlung von Information an die Allgemeinheit.

Das **OLG Wien** (21 Bs 143/86) hat die **Mitteilung an die Presse** zur Aufdeckung **rechtswidriger Handlungen** allerdings als **nicht gerechtfertigt** beurteilt (soweit ersichtlich gibt es keine Entscheidung des OGH zu dieser Frage). Das kann man auch anders sehen – jedenfalls bei solchen Geschäftsmodellen, die wirtschaftlich wirklich keinen anderen Sinn haben, als Steuerhinterziehung zu ermöglichen. Hat die Öffentlichkeit nicht den Anspruch darüber informiert zu werden? – Ein solcher Anspruch lässt sich nicht ohne weiteres abstreiten: Der Staat kann im großen Stil illegal um Steuereinnahmen gebracht werden; die Allgemeinheit wird in solchen Fällen schwer geschädigt – damit lässt sich berechtigtes öffentliches Interesse auf Information begründen. Die Medien haben die Funktion, es zu erfüllen.

Allerdings darf der Täter nur das erforderliche Mittel einsetzen und muss daher die für den Geheimnisherrn **schonendste** Form der Offenbarung wählen. Für diesen Fall kommt es darauf an, auf welche Informationen sich der Anspruch der Öffentlichkeit bezieht und ob A mehr als diese Informationen weitergegeben hat. A hat nicht nur die Geschäftsmethode der Banken, sondern auch die Namen der Kunden preisgegeben. Damit ist er über das geschützte Interesse am Informationszugang einer freien Presse hinausgegangen: Es bedarf keiner Preisgabe der Kundennamen, um die Öffentlichkeit über (tatsächliche oder vermeintliche) Missstände im Bankensektor zu informieren. A hätte die Daten daher anonymisieren können. Die Kunden selbst sind zwar nicht nach § 11 UWG geschützt; soweit aber auch die Kundennamen zum Geschäftsgeheimnis der Banken gehören, ist A über das nach § 122 Abs 4 StGB Erlaubte hinausgegangen. Unter diesen Annahmen wäre er nach § 11 UWG strafbar.

3. § 101 Abs 1 BWG: Datenverwendung in Gewinn- oder Schädigungsabsicht

a) **Tatbestand**

Die Informationen, die A weitergibt, wurden ihm „ausschließlich auf Grund der Geschäftsverbindungen mit Kunden“ zugänglich und unterliegen damit dem Bankgeheimnis gem § 38 Abs 1 BWG. Damit hat A „Tatsachen des **Bankgeheimnisses offenbart**“ und den objektiven Tatbestand des § 101 Abs 1 BWG erfüllt.

Auf subjektiver Ebene hat er **Vorsatz** auf alle Tatbildmerkmale: Er kennt und billigt diese.

A geht außerdem mit der nach § 101 BWG verlangten **Absicht** vor:

- im Grundfall handelt er, „um sich ... einen **Vermögensvorteil** zu verschaffen“;
- im Grundfall handelt er auch, „um einem anderen einen **Nachteil** zuzufügen“, da er die betroffenen Kunden einem Strafverfahren aussetzt. Absichtlichkeit (§ 5 Abs 2) liegt nämlich auch dann vor, wenn der Erfolg (hier der Nachteil) mit dem Ziel, dass der Täter eigentlich erreichen will, notwendigerweise verbunden ist (14/10, 11).
- In der Variante handelt A ebenfalls „um einem anderen einen **Nachteil** zuzufügen“. Denn die Betroffenen erleiden durch die Veröffentlichung ihrer Namen eine enorme Rufschädigung und werden außerdem einem Strafverfahren ausgesetzt. Auch hier ist diese Folge zumindest eine notwendige Durchgangsstufe, um das Endziel der Datenverwendung – Information der Allgemeinheit – zu erreichen.

A hat damit sowohl im Grundfall als auch in der Variante den **Tatbestand des § 101 Abs 1 BWG** erfüllt.

b) Rechtfertigung nach § 38 Abs 2 BWG?

§ 38 Abs 2 BWG sieht eine Reihe von Konstellationen vor, in denen die **Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses nicht besteht** und daher eine Offenbarung iS des § 101 StGB gerechtfertigt sein kann.

Für den Grundfall ist **§ 38 Abs 2 Z 1 BWG** zu erwägen, der Strafverfolgungsinteressen berücksichtigt. Das Bankgeheimnis ist demnach durchbrochen

- „in einem Strafverfahren gegenüber den Staatsanwaltschaften und Gerichten nach Maßgabe der §§ 116, 210 Abs 3 ... StPO ...
- und in einem Strafverfahren wegen vorsätzlicher Finanzvergehen, ausgenommen Finanzordnungswidrigkeiten, gegenüber den Finanzstrafbehörden nach Maßgabe der §§ 89, 99 Abs 6 ... FinStrG,“.

Aus der Formulierung „**in einem Strafverfahren**“ ergibt sich allerdings, dass ein solches **bereits eingeleitet** sein muss: Vorher ist das Bankgeheimnis einzuhalten. Zudem beziehen sich beide Ausnahmesituationen jeweils auf **bestimmte Ermittlungsmaßnahmen** der Behörden („nach Maßgabe“ der Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte nach § 116 StPO bzw „nach Maßgabe“ der Beschlagnahme und des Auskunftsverlangens nach §§ 89 und 90 FinStrG). Die Mitteilung von Bankkundendaten an die Strafverfolgungsbehörden (Staatsanwaltschaft, Gericht, Finanzstrafbehörde) ist daher nur rechtmäßig, wenn sie durch diese Ermittlungsmaßnahmen veranlasst wird.

Nicht erfasst ist hingegen das Verhalten von A: Er wendet sich als Bankmitarbeiter **von sich aus an die Behörden** und ruft dadurch erst den Verdacht hervor, der zur Einleitung entsprechender Strafverfahren führen kann.

In der Fallvariante – Übergabe der Bankdaten an **Journalisten** – kommt A nicht einmal in die Nähe eines Rechtfertigungsgrundes nach BWG.

A ist daher **nicht nach § 38 Abs 2 Z 1 BWG gerechtfertigt**.

c) Rechtfertigung nach § 80 StPO, Anzeigerecht?

Beim Informieren der Staatsanwaltschaft springt freilich auch das **Anzeigerecht** (§ 80 Abs 1 StPO) ins Auge. Befreit es den A von seiner Geheimhaltungspflicht?

Aus der engen Formulierung des § 38 Abs 2 Z 2 BWG ergibt sich, dass das Bankgeheimnis **erst nach der Einleitung** eines Strafverfahrens durchbrochen ist (oben b)). Davor gilt der Abs 1 des § 38 uneingeschränkt, so dass die Bankmitarbeiter das Bankgeheimnis wahren müssen. Das Anzeigerecht des § 80 StPO ist in § 38 Abs 2 BWG nicht genannt und befreit daher nicht von der Wahrung des Bankgeheimnisses.

A ist daher **nicht nach § 80 Abs 1 StPO gerechtfertigt**.

d) Rechtfertigender Notstand?

Wenn die geschützten Informationen zur Rettung eines **höherwertigen Interesses** verraten wurden, könnte man grundsätzlich auch an **rechtfertigenden Notstand** denken.

Allerdings darf erstens „der Rechtfertigungsgrund des Notstandes ... nicht dazu verwendet werden, die Regeln zu umgehen, die die Rechtsordnung in einem **speziellen Fall** zur Lösung von Interessenskonflikten aufstellt“ (17/70). Und § 38 Abs 2 Z 1 BWG ist eine solche Regel. Die Strafverfolgungsinteressen gehen dem Bankgeheimnis daher nur unter den dort vorgesehenen Voraussetzungen vor: Es muss bereits ein Strafverfahren geben, in dem die Bank von einer bestimmten Ermittlungsmaßnahme betroffen ist. Diese gesetzliche Abwägung hätte keinen Sinn, wenn sie unter Berufung auf Notstand umgangen werden könnte.

Zweitens wird in Österreich nach einhelliger Ansicht – anders als in Deutschland – der rechtfertigende Notstand auf **Individualrechtsgüter** beschränkt. Die Eintreibung von Steuern, die Durchführung von Strafverfahren und der Zugang der Medien zu Informationen stehen jedoch ausschließlich im **Interesse der Allgemeinheit**.

A ist **weder im Grundfall noch in der Fallvariante wegen Notstands gerechtfertigt**.

4. Gesamtergebnis

A ist sowohl im **Grundfall** als auch in der **Variante** wegen **Datenverwendung in Gewinn oder Schädigungsabsicht** (§ 101 Abs 1 BWG) strafbar.

5. Ausblick

Zurzeit arbeitet der „EU-Gesetzgeber“ (Rat und Parlament der EU) an einer **Richtlinie zum Schutz von Whistleblowern**. Wer Fehlverhalten, das von einem Unternehmen oder einer anderen mächtigen Institution geheim gehalten wird, anzeigt, soll keine strafrechtliche Verfolgung befürchten müssen. Diese Richtlinie wird auch in Österreich zum Ausbau der **Rechtfertigung für Geheimnisschutzverletzungen** führen. Dann wird die vorliegende Falllösung neu aufgelegt.