

Thomas Müller

Das Geheimnis um das Bankkundengeheimnis

Viele – um nicht zu sagen zu viele – machen gegenwärtig um das Bankkundengeheimnis ein Geheimnis. Dessen strafrechtlicher Schutz war im Jahre 1934 quasi ein «Nebenprodukt» der Einführung der Bankenaufsicht. Historisch wird das Bankkundengeheimnis erst in der jüngeren Schweizer Wirtschaftsgeschichte überhöht. Nachfolgend soll beleuchtet werden, ob wirklich ein Geheimnis um das Bankkundengeheimnis besteht.

Rechtsgebiet(e): Bankrecht

Zitiervorschlag: Thomas Müller, Das Geheimnis um das Bankkundengeheimnis, in: Jusletter 3. Mai 2010

Inhaltsübersicht

- 1 Einleitung
- 2 Entstehungsgeschichte des Bankkundengeheimnisses
 - 2.1 Erlass des Bankengesetzes per 1. März 1935
 - 2.2 Bericht des Bundesrates betreffend wirksame Bekämpfung der Steuerdefraudation von 1962
 - 2.3 Teilrevision des Bankengesetzes per 1. Juli 1971
 - 2.4 Bankeninitiative der SPS vom 8. Oktober 1979
 - 2.5 Historische Mystifizierung des Bankkundengeheimnisses
 - 2.5.1 Bankkundengeheimnis als Schutz für «Nazi-Flüchtlinge»
 - 2.5.2 Wirtschaftliche Bedeutung des Bankkundengeheimnisses
 - 2.6 Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 5. Januar 2010 betr. Herausgabe von Kundendaten bei der UBS AG an die amerikanischen Behörden
- 3 Rechtliche Grundlagen des Bankkundengeheimnisses
- 4 Zivilrechtliche Grundlagen des Bankkundengeheimnisses
 - 4.1 Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 28 ZGB
 - 4.2 Treuepflichten gemäss Art. 394 i.V. mit Art. 398 Abs. 2 OR
 - 4.3 Vom Bankkundengeheimnis geschützte Informationen
- 5 Strafrechtliche Grundlagen des Bankkundengeheimnisses
 - 5.1 Allgemeines
 - 5.2 (unvollständige) Übersicht über die Strafandrohungen bei der Verletzung von Berufsgeheimnissen
 - 5.3 Verletzung des Berufsgeheimnisses gemäss Art. 321 StGB
 - 5.4 Verletzung des Bankkundengeheimnisses gemäss Art. 47 BankG
 - 5.5 Vorbehalt der Zeugnis- und Auskunftspflicht gemäss Art. 47 Abs. 5 BankG
- 6 Aufsichtsrechtliche Konsequenzen der Verletzung des Bankkundengeheimnisses
- 7 Schlussfolgerungen

1 Einleitung

«Das Bankgeheimnis, das im Ausland immer wieder auf Kritik stiess, ist in jüngster Zeit erneut Gegenstand heftiger Angriffe massgebender Stellen der USA gegen die Schweiz geworden. Diese Kritiken rühren meist daher, dass unser Bankgeheimnis falsch aufgefasst wird. Es muss hier gleich mit allem Nachdruck betont werden, dass das Bankgeheimnis nicht unbeschränkt gilt und keinen Deckmantel für Delikte darstellt.» (BBI 1970 I 1161)

[Rz 1] Das vorstehende Zitat stammt nicht aus einer Publikation der vergangenen Monate sondern aus der Botschaft des Bundesrates an die eidgenössischen Räte vom 13. Mai 1970¹ betreffend der ersten umfassenden Teilrevision des Bankengesetzes (BankG)². Bereits in der Fassung von 1935 enthielt das aBankG in Art. 24 eine Strafbestimmung betreffend der Verletzung des Berufsgeheimnisses durch einen Bankier resp. dessen Angestellten. Damals wie heute steht unter anderem die Frage im Fokus, wie weit sich der Geheimnisschutz des Berufsgeheimnisses ausdehnen soll. Mittels eines Postulates vom 16. Dezember 1968 (!) ersuchte Nationalrat Helmut Hubacher den Bundesrat abzuklären, «ob sich aus staatspolitischen Gründen eine gesetzliche Änderung

aufdränge, ob Missbräuche in einem Ausmass nötig seien, um Schwierigkeiten mit einzelnen Ländern zu beseitigen.»³ Die bereits damals angesprochenen «Missbräuche» einzelner Potentaten führten dann in den 80er und 90er Jahren zur Einführung von Sorgfaltspflichten⁴ für die Banken und zur Geldwäschereigesetzgebung⁵. Auffallend an dieser Gesetz- und Normgebung war, dass immer eine strenge Trennung zwischen der Bekämpfung des Missbrauches des Finanzplatzes Schweiz zur Begehung von Verbrechen⁶ einerseits und «übriger» Machenschaften minderer Gemeingefährlichkeit andererseits gemacht wurde und noch heute gemacht wird. Im Nachfolgenden soll dem Geheimnis um das Bankkundengeheimnis⁷ nachgegangen werden und überprüft werden, ob das Bankkundengeheimnis wirklich tot ist oder nur tot geredet wird.

2 Entstehungsgeschichte des Bankkundengeheimnisses

2.1 Erlass des Bankengesetzes per 1. März 1935

[Rz 2] Die Botschaft des Bundesrates an die eidgenössischen Räte vom 2. Februar 1934 zum Erlass eines eidgenössischen Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen⁸ wird mit einem bemerkenswerten Satz eingeleitet: «Der unbeschränkte Einfluss derer, die den Geldmarkt beherrschen und den Kredit verteilen, ist unbestreitbar einer der grossen Machtfaktoren der Gegenwart. Bei diesen Verhältnissen ist die **Bankentätigkeit eine Art öffentlicher Dienst** [Hervorhebung durch den Verfasser] geworden.»⁹ Trotz der Banken-

¹ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision des Bankengesetzes vom 13. Mai 1970; BBI 1970 I 1144 ff.

² Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG), SR 952

³ BBI 1970 I 1146

⁴ Siehe zum Beispiel: Vereinbarung zwischen den in der Schweiz domizilierten Banken und der Schweizerischen Bankiervereinigung einerseits und der Schweizerischen Nationalbank andererseits über die Sorgfaltspflichten bei der Entgegennahme von Geldern und die Handhabung des Bankgeheimnisses (VSB 1977)

⁵ Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG), SR 955

⁶ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB), SR 311

⁷ Mit der Bezeichnung «Bankkundengeheimnis» wird klarer zum Ausdruck gebracht, was Objekt respektive Subjekt des Geheimnisschutzes ist, nämlich die Kundendaten respektive deren Verfügungsberechtigten, eben die Bankkunden. Nachfolgend wird der Begriff «Bankgeheimnis» dann verwendet, wenn er in den zitierten Quellen so verwendet worden ist. Ansonsten wird der Begriff Bankkundengeheimnis verwendet. Siehe zur Thematik: Adriano Margiotta, Das Bankgeheimnis: Rechtliche Schranken eines bankkonzerninternen Informationsflusses?, Zürich 2002

⁸ Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG), SR 952

⁹ Botschaft des Bundesrates an die eidgenössischen Räte vom 2.2.1934 betr. Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, BBI 1934 I 171

pleiten in den USA, in Osteuropa sowie in der Schweiz¹⁰ fiel es dem Bundesrat ausserordentlich schwer, eine nationale Bankenregulierung einzurichten, wenn er fortfährt: «Die Tätigkeit der Banken ist so schwierig und vielgestaltig, dass man nicht an eine staatliche Kontrolle denken kann. (...) Die Bankkundschaft, die dem Bankgeheimnis grosse Bedeutung beimisst, würde (durch eine amtliche Kontrolle) beunruhigt.»¹¹ Der Bundesrat bejahte zwar eine Bankenregulierung, entschied sich jedoch für das noch heute bekannte dualistische Aufsichtssystem¹². Er befürchtete, dass mittels staatlicher Kontrollen durch das Bankkundengeheimnis geschützte Daten in unberechtigte, unbefugte Hände gelangen könnten. Zudem trat das eidgenössische Strafrecht bekanntlich erst per 1. Januar 1942 in Kraft¹³, so dass Anfang der 30er Jahre noch die verschiedenen kantonalen Bestimmungen betreffend des Amts- und des Berufsgeheimnisses galten. Das Bundesstrafrecht von 1853 enthielt noch keine Bestimmungen über die Berufsgeheimnisse¹⁴. Nur vor diesem historischen Hintergrund kann heute Art. 24 aBankG verstanden werden, der damals wie folgt lautete:

1. Wer vorsätzlich

als Revisor oder Revisionsgehilfe die ihm bei Durchführung einer Revision oder bei Abfassung oder Erstattung des Revisionsberichtes obliegenden Pflichten gröblich verletzt, die vorgeschriebene Aufforderung an die revidierte Bank zur Durchführung entsprechender Massnahmen unterlässt oder die vorgeschriebenen Berichte an die Bankenkommission nicht erstattet;

als Organ, Beamter, Angestellter einer Bank, als Revisor oder Revisionsgehilfe, als Mitglied der Bankenkommission, Beamter oder Angestellter ihres Sekretariates, die Schweigepflicht oder das Berufsgeheimnis verletzt, wer hierzu verleitet oder zu verleiten sucht;

wird mit Busse bis zu zwanzigtausend Franken oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft. Die beiden Strafen können verbunden werden.

2. Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Busse bis zu zehntausend Franken.¹⁵

[Rz 3] Durch das Bankkundengeheimnis geschützte Daten

sollten nicht wegen der Aufsichtstätigkeit in unbefugte Hände gelangen. Die wegen der neuen Regulierung notwendigen Kontrollen durften nicht dazu führen, dass der Staat quasi «auf Umwegen» zu Informationen gelangte, was die Bankkundschaft beunruhigen könnte¹⁶. Aus den zur Verfügung stehenden und geprüften Materialien ist nichts ersichtlich, was auf einen Zusammenhang mit der heute geführten Diskussion der Herausgabe von Bankkundendaten zur korrekten Durchführung der Steuergesetzgebung hindeuten würde. Interessant ist hingegen die Tatsache, dass Art. 24 aBankG kein Vorbehalt zur Datenherausgabe im Rahmen von Gerichtsverfahren vorsieht.

2.2 Bericht des Bundesrates betreffend wirksame Bekämpfung der Steuerdefraudation von 1962

[Rz 4] In einem Bericht betreffend wirksame Bekämpfung der Steuerdefraudation¹⁷ formulierte der Bundesrat einen Satz, der später immer wieder zitiert werden sollte: «Ohne Zweifel wird die Steuerdefraudation durch das Bankgeheimnis wesentlich begünstigt, und die Aufhebung dieses Geheimnisses könnte an sich eines der Mittel darstellen, um das Übel [der Steuerhinterziehung] an seiner Wurzel zu fassen.»¹⁸ Der Bundesrat sah aber von einem derartigen Antrag ab, da das Bankkundengeheimnis auch seine positiven Seiten gezeigt hätte: «Es hat beispielsweise die Wahrung legitimer Interessen gegenüber der Allmacht totalitärer Staaten in Zeiten ermöglicht, wo diese Interessen sonst durch diktatoriale oder andere Willkür in einer für unsere öffentliche Ordnung kaum tragbaren Weise verletzt worden wären.» Eine Ausdehnung der Amtshilfe zur Vermeidung der sogenannten Steuerflucht sei abzulehnen, weil die fiskalpolitische Würdigung eines bestimmten Verhaltens als Steuerflucht nicht nur von Land zu Land, sondern im Laufe der Zeit auch innerhalb eines bestimmten Landes Wandlungen unterworfen sei¹⁹. Diese bemerkenswerten Ausführungen des Bundesrates blieben ohne Folgen für die Ausgestaltung des Bankkundengeheimnisses.

2.3 Teilrevision des Bankengesetzes per 1. Juli 1971

[Rz 5] Der ersten grossen Teilrevision des Bankengesetzes gingen intensive Diskussionen über den Bankenplatz Schweiz voran. Einerseits entstand auf Grund von Bankenpleiten²⁰ und dem anhaltenden Zugang von ausländischen Banken in die Schweiz ein Revisionsbedarf. Andererseits

¹⁰ Hervorragende Zusammenfassung der bankenwirtschaftlichen Ereignisse nach dem Börsencrash von 1929 in: Tobias Straumann, Als das Bankensystem zusammenbrach, Tages-Anzeiger vom 1. April 2008

¹¹ BBI 1934 I 179 f.

¹² Im dualistischen Aufsichtssystem wird die Aufsicht von anerkannten und vom Beaufichtigten beauftragten und bezahlten Prüfgesellschaften in Kombination mit behördlicher Aufsicht durch die FINMA sichergestellt. Siehe: Andreas Bohrer et al., Finanzmarktrecht, Bern 2009, Seiten 18 f.

¹³ AS 54 757, Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB), SR 311

¹⁴ Bundesgesetz vom 4. Februar 1853 über das Bundesstrafrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft, AS III 404 ff.

¹⁵ BBI 1934 I 200

¹⁶ BBI 1934 I 179 f.

¹⁷ BBI 1962 I 1057 ff.

¹⁸ BBI 1962 I 1078

¹⁹ BBI 1962 I 1085

²⁰ Zusammenbruch der Schweizerischen Spar- und Kreditbank und der Banque Genevoise de Commerce et de Crédit, BBI 1970 I 1145

bedurfte der Funktionsschutz des Finanzplatzes auf Grund der einsetzenden Globalisierung einer Verstärkung durch verschärfte Organisationsbestimmungen und der Einführung der Gewährspflicht gem. Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG.

[Rz 6] Auf Grund des Postulates von Nationalrat Helmut Hubacher vom 16. Dezember 1968²¹ wurde offenbar bereits Ende der 60er Jahre eine Diskussion um den wirtschaftlichen Zweck des Bankkundengeheimnisses geführt. Dazu äusserte sich der Bundesrat in der Botschaft an die eidgenössischen Räte nicht eindeutig. Weiter werden die zivilrechtlichen Grundlagen des Bankkundengeheimnisses wieder gegeben. Der schweizerische Gesetzgeber wollte den Schutz der Persönlichkeit gegen Massnahmen verstärken, die unsere öffentliche Ordnung verletzen.²² Der Bundesrat strich weiter hervor, dass das Bankkundengeheimnis nicht unbeschränkt gelte und keinen Deckmantel für Delikte darstelle. Sowohl das Bankkundengeheimnis gemäss dem neu gefassten Art. 47 BankG als auch die Berufsgeheimnisse gemäss Art. 321 StGB würden durch die Zeugnispflicht und die Auskunftspflicht auf Grund der kantonalen und eidgenössischen Prozessbestimmungen eingeschränkt²³. Im Folgenden erläutert der Bundesrat – die heute noch geltenden – Auskunfts-, Zeugnis- und Editionspflichten von Bankiers. Dabei interessieren vor allem die Bestimmungen über die Rechts- und die Amtshilfe: Bei sogenannt gemeinrechtlichen Delikten, die innerschweizerisch als Verbrechen oder Vergehen geahndet werden, seien die Banken bei Amts- oder Rechtshilfeverfahren auskunftspflichtig²⁴. Trotz staatsvertraglicher Regelungen würden bei einem Informationsaustausch zwischen den zuständigen Behörden die verschiedenen Berufsgeheimnisse ausdrücklich gewahrt²⁵. Damit umging es der Bundesrat, zur Frage der unterschiedlichen Behandlung der Amts- und Rechtshilfe bei Steuerbetrug (geahndet als Verbrechen oder Vergehen) und bei Steuerhinterziehung (geahndet als Übertretung) explizit Stellung zu beziehen, obwohl diese Frage auf Grund von Andeutungen in der Botschaft vom 13. Mai 1970 bereits damals virulent gewesen sein musste.

2.4 Bankeninitiative der SPS vom 8. Oktober 1979

[Rz 7] Am 8. Oktober 1979 reichte die Sozialdemokratische Partei der Schweiz SPS die eidgenössische Volksinitiative «gegen den Missbrauch des Bankgeheimnisses und der Bankenmacht» (nachfolgend Bankeninitiative) ein²⁶. Die Bundesverfassung sollte mit einem neuen Art. 31^{quater} Abs. 3 – 6 ergänzt werden, der folgende Postulate umfasste:

- Weitestgehende Aufhebung des Bankkundengeheimnisses, wenn Steuerbehörden bei Banken Auskünfte über Steuerpflichtige einholen möchten.
- Die Schweizerische Gesetzgebung sollte derart angepasst werden, dass Strafverfahren im Ausland – auch bei Steuer- und Währungsdelikten – durch die Schweiz unterstützt würden.
- Die Banken und Finanzgesellschaften sollten neben ihren ordentlichen Bilanzen auch konsolidierte Jahresrechnungen veröffentlichen, wobei sie sämtliche Bewertungen offen legen, die zur Bildung oder Auflösung von Reserven führen. Dabei sollten sie ihre aktiven und passiven Beteiligungen, den Wert der verwalteten und hinterlegten Kunden- und Treuhandvermögen veröffentlichen.
- Zudem sollten die Banken einer Versicherungspflicht für Einlagen unterliegen, soweit keine Staatsgarantie besteht.

[Rz 8] Die Auskunftspflicht der Banken gegenüber inländischen Steuerbehörden lehnte der Bundesrat wegen möglicher Umgehungen ab. Er befürchtete, dass ein Steuerpflichtiger sein Vermögen treuhänderisch einem Notar oder Anwalt anvertrauen könnte, der gegenüber der Bank in seinem eigenen Namen aber auf Rechnung des Steuerpflichtigen auftritt. Der Bank würde auf diese Weise der Name des Steuerpflichtigen nicht bekannt gegeben, da sich der Anwalt oder Notar auf das Berufsgeheimnis gem. Art. 321 StGB berufen könnte.

[Rz 9] Die Auskunftspflicht der Banken gegenüber ausländischen Steuerbehörden empfahl der Bundesrat im Wesentlichen mit folgenden Argumenten zur Ablehnung: Im Rahmen der Beratungen des Rechtshilfegesetzes (IRSG)²⁷ (Inkrafttreten per 1. März 1983) hätte es das Parlament ausdrücklich abgelehnt, die Rechtshilfe auf Straftaten betr. Verkürzung fiskalischer Abgaben auszudehnen²⁸. Da mit dem IRSG die Rechtshilfe betreffend Abgabebetrug eingeführt worden sei, würde man den Initianten weitestgehend entgegengekommen. Zudem könne es nicht angehen, bei Steuerhinterziehung im inländischen Verhältnis die Amtshilfe gestützt auf das Berufsgeheimnis zu verweigern und diese Amtshilfe gleichzeitig im Verkehr mit Behörden von anderen Staaten zu gestatten²⁹. Und schliesslich würde es der Bundesrat begrüssen, wenn die Banken selber Massnahmen ergreifen würden, um Kapitalflucht vom Ausland in die Schweiz zu unterbinden. Ein erster Schritt dazu sei mit dem Abschluss der «Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht bei der Entgegennahme von Geldern und die Handhabung des Bankgeheimnisses» im Jahre 1977 (VSB 1977) bereits getan worden. Als

²¹ BBI 1970 I 1146

²² BBI 1970 I 1161

²³ BBI 1970 I 1161

²⁴ BBI 1970 I 1163

²⁵ BBI 1970 I 1164

²⁶ BBI 1982 II 1201 ff.

²⁷ Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz, IRSG), SR 351.1

²⁸ BBI 1982 II 1220 f.

²⁹ BBI 1982 II 1207

unzulässig erkläre Art. 2 VSB 1977 ausdrücklich die aktive Beihilfe zur Kapitalflucht, Steuerhinterziehung und dergleichen. In seiner Gesamtwürdigung unterstützte der Bundesrat eine wirksame Bekämpfung der Steuerhinterziehung. Er erachtete jedoch die teilweise Aufhebung des Bankkündengeheimnisses sowie eine Erweiterung der von der Schweiz geleisteten internationalen Rechtshilfe als unzweckmässig und empfahl die Volksinitiative zur Ablehnung³⁰. Die parlamentarischen Beratungen brachten keine neuen Argumente³¹, ausser dass in mehreren Voten zugegeben wurde, dass mittels Bankkündengeheimnis die Steuerhinterziehung verheimlicht werden kann³². Die Bankeninitiative wurde am 20. Mai 1984 von Volk und Ständen verworfen³³. Bereits im Jahre 2001 schrieb die Aktion Finanzplatz Schweiz: «Wäre die SP-Bankeninitiative im Mai 1984 angenommen worden, dann hätte die Schweiz heute etliche Probleme weniger mit den internationalen Debatten zur Steuerhinterziehung.»³⁴

2.5 Historische Mystifizierung des Bankkündengeheimnisses

[Rz 10] Gerade in jüngster Zeit wurden verschiedene – oft untaugliche – Versuche unternommen, das Bankkündengeheimnis historisch zu überhöhen. Einerseits wurde und wird die Schaffung des Bankkündengeheimnisses in einen Zusammenhang zum Schutz von «Nazi-Flüchtlingen» gebracht. Andererseits wurde und wird noch immer behauptet, der Anteil der Finanzindustrie von knapp 11 % am BIP im Jahre 2008³⁵ sei im wesentlichen auf das Bankkündengeheimnis zurück zu führen. Beide – falschen – Behauptungen werden durch deren Wiederholungen nicht wahrer.

2.5.1 Bankkündengeheimnis als Schutz für «Nazi-Flüchtlinge»

[Rz 11] Die These «Schaffung des Bankkündengeheimnisses wegen verfolgter «Nazi-Flüchtlingen»» lässt sich trotz ihrer mehrfachen Wiedergabe während der letzten 20 Jahre weder auf Grund der Gesetzgebungsmaterialien noch auf Grund von historischen Quellen erhärten. In der Botschaft des Bundesrates vom 2. Februar 1934³⁶ wird vielmehr auf die Sicherheitslage und die sogenannte Bankenspionage Bezug genommen. In der Botschaft des Bundesrates vom 13. Mai 1970³⁷ bezog sich der Bundesrat wiederum auf

die «ausländische Spionage» zu Beginn der 30er Jahre als einen unter mehreren Gründen für die Schaffung des Bankkündengeheimnisses.

[Rz 12] Mit der Entwicklung des Finanzplatzes Schweiz zu Beginn der 30er Jahre beschäftigten sich die Historikerinnen und Historiker der unabhängigen Expertenkommission «Schweiz – Zweiter Weltkrieg» (nachfolgend «Bergier-Kommission») sehr eingehend: «In den Jahren nach dem ersten Weltkrieg erschien das Land [die Schweiz] mit seinem harten Franken als Insel der Stabilität inmitten eines ungestümen Ozeans der Geldentwertung. [...] Als Reaktion auf politische, wirtschaftliche und militärische Krisenerscheinungen kam es in den zwanziger und vor allem in den dreissiger Jahren zu erheblichen internationalen Kapitalbewegungen, wobei kurzfristiges Anlagekapital zu spekulativen Zwecken, sogenanntes *hot money*, ein neuartiges Phänomen darstellte. Aufgrund des gut entwickelten Finanzplatzes war es unvermeidlich, dass die Schweiz im Zentrum zahlreicher Transaktionen, das heisst Zu- und Abflüssen derartiger Gelder stand.»³⁸ Die Bergier-Kommission weist nach, dass die Zu- und Abflüsse an Kapital während dieser turbulenten Zeiten in einem direkten Zusammenhang zur jeweiligen wirtschaftlichen und vor allem rechtlichen Situation im Herkunftsland der Gelder gestanden haben³⁹. Richtigerweise stellt die Bergier-Kommission den Erlass des Bankengesetzes im Jahre 1934 im Zusammenhang mit der Bankenkrise in der Schweiz dar. Damit verfolgten die Banken vor allem das Ziel, ihren Ruf als sichere und diskrete Vermögensverwalter neu zu bestärken. Es sei ihnen mit dem Bankengesetz gelungen, eine staatliche Einmischung in ihre Geschäftspolitik und ihre Kundenbeziehungen durch die Schaffung des Bankkündengeheimnisses zu verhindern⁴⁰. Die Bergier-Kommission fährt fort, dass es dem Bundesrat und dem Parlament im Jahre 1934 vor allem darum gegangen sei, der helvetischen Vermögensverwaltung optimale rechtliche Rahmenbedingungen zu verschaffen und die grassierende ausländische Bankenspionage in Schranken zu weisen «und **nicht** – wie später bisweilen behauptet wurde – **um den Schutz der Vermögen jüdischer Kunden** vor dem Zugriff durch das NS-Regime zu verstärken.»⁴¹

[Rz 13] Robert U. Vogler fasst unter dem Begriff «Bankenspionage» treffend die Analogie zusammen⁴², einerseits zwischen der politischen Wühlarbeit durch Agenten vor allem

³⁰ BBl 1982 II 1238 f.

³¹ Amtliches Bulletin der Bundesversammlung 1983 II 400 (Nationalrat) und 1983 III 169 (Ständetrat)

³² In diesem Sinne etwa Nationalrat Landoli, Amtliches Bulletin 1983 II 413

³³ BBl 1984 II 989

³⁴ Mascha Madörin, Steuerparadies Schweiz, Finanzplatz Information Nr. 2/2001, Aktion Finanzplatz Schweiz, Basel

³⁵ SwissBanking, Der Finanzplatz Schweiz und seine Bedeutung, November 2009, Seite 1

³⁶ BBl 1934 I 171 ff.

³⁷ BBl 1970 I 1161

³⁸ Unabhängige Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg (Bergier-Kommission), Die Schweiz, der Nationalsozialismus und der Zweite Weltkrieg, Zürich 2002, Seiten 263 f.

³⁹ Bergier-Kommission, a.a.O., Kapitel 4.6 Bankensystem und Finanzdienstleistungen, Seiten 261 ff. . Barbara Bonhage, Hanspeter Lussy, Marc Perrenoud, Nachrichtenlose Vermögen bei Schweizer Banken (Band 15 des Bergier-Kommissionsberichtes), Zürich 2001, Kapitel 2.2 Zuflüsse und Abflüsse zur Zeit des Nationalsozialismus, Seiten 63 ff.

⁴⁰ Bergier-Kommission, a.a.O., Seite 266

⁴¹ Bergier-Kommission, a.a.O., Seite 267

⁴² Robert U. Vogler, Das Schweizer Bankgeheimnis: Entstehung, Bedeutung, Mythos, Verein für Finanzgeschichte Zürich 2005, Heft 7, Seiten 18 ff.

aus Frankreich und Deutschland in der Schweiz, andererseits führten die exorbitant hohen Kriegssteuern in einzelnen europäischen Ländern zu einer Kapitalflucht in die Schweiz. Diese Länder sandten eigene Beamte oder Beauftragte in die Schweiz aus um herauszufinden, ob Steuerpflichtige mittels Kapitalverlagerung in die Schweiz ihrer Steuerpflicht im Heimatland entgehen wollten. Vogler führt Quellen auf, die derartige Vorkommnisse bereits in den Jahren 1931 und 1932 – also vor der Machtergreifung der NSDAP in Berlin – belegen. Selbstverständlich diente später das Bankkundengeheimnis auch den Menschen jüdischer Glaubensrichtung, die ihre Vermögenswerte im Schweizer Finanzplatz vor dem Zugriff der Nazis schützen wollten. Nur trat dieser Effekt erst **nach** Inkrafttreten des Bankengesetzes am 1. März 1935 und nicht im Vorfeld des Erlasses des Gesetzes zutage. Entgegen der Ausführungen des Bundesrates in BBl 1982 II 1222 war die Verfolgung der Juden und ihrer Vermögen nicht der Anlass zur Schaffung des Bankkundengeheimnisses.

2.5.2 Wirtschaftliche Bedeutung des Bankkundengeheimnisses

[Rz 14] Ende 2008 wurden in der Schweiz Vermögenswerte in der Höhe von 5'400 Mrd. Franken verwaltet. Davon stammten 45 % oder 2'400 Mrd. von inländischen und 55 % oder 3'000 Mrd. von ausländischen Kunden⁴³. Verständlicherweise existieren keine statistischen Angaben darüber, aus welchen Gründen die ausländischen Kunden sich gerade für den Finanzplatz Schweiz entschieden haben. Sorgfältig und unter Quellenangaben begründet Vogler, dass folgende Faktoren für den Erfolg des Schweizerischen Finanzplatzes ausschlaggebend gewesen sein könnten⁴⁴:

- politische Stabilität,
- Stabilität von Wirtschaft und Währung,
- Stabilität des Bankensystems,
- freie Konvertibilität der Währung,
- Globalisierung der Wirtschaft und der Banken,
- Professionalität der Dienstleistungen,
- Bankgeheimnis.

[Rz 15] Erst an letzter Stelle nennt Vogler das Bankkundengeheimnis als ein Faktor für den Erfolg des Finanzplatzes Schweiz während der vergangenen Jahre. Das Bankkundengeheimnis hatte demzufolge für die Schweiz nicht die gleiche Relevanz wie etwa andere typische «Swiss made» Symbole⁴⁵. Die gleiche Schlussfolgerung zog der Bundesrat im Jahre 1982, wenn er ausführt: «Im weiteren ist darauf hin-

zuweisen, dass [...] das Bankgeheimnis der Schweiz nur Teile der vorteilhaften Rahmenbedingungen sind, welche einen Ausländer zur Anlage seines Vermögens in der Schweiz veranlassen.»⁴⁶

2.6 Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 5. Januar 2010 betr. Herausgabe von Kundendaten bei der UBS AG an die amerikanischen Behörden

[Rz 16] Mit Urteil vom 5. Januar 2010 hatte das Bundesverwaltungsgericht folgenden Sachverhalt zu beurteilen⁴⁷:

[Rz 17] Am 18. Februar 2009 erliess die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA gegenüber der UBS AG eine Verfügung, wonach letztere angewiesen wird, Kundendaten von 285 UBS-Kunden an die amerikanischen Behörden auszuhandigen. Die FINMA begründete ihre Verfügung u.a. damit, dass die amerikanischen Behörden gedroht hätten, die UBS AG in den USA in Strafverfahren zu verwickeln. Ein Strafverfahren gegen die UBS AG hätte zu einem massiven Vertrauensverlust der Bankkundschaft geführt, so dass sie ihre Vermögenswerte von der Bank abgezogen hätte. Dies wiederum hätte bei der UBS AG Liquiditätsprobleme hervorrufen können. Weiter hätte die UBS AG auf Grund des mangelnden Vertrauens auch auf dem Markt keine zusätzliche Liquidität beschaffen können. Deshalb stützte die FINMA ihre Verfügung vom 18. Februar 2009 im Wesentlichen auf Art. 25 und 26 BankG (Massnahmen bei Insolvenzgefahr). Im konkreten Fall seien die öffentlichen Interessen der Schweiz den privaten Interessen der betroffenen Bankkunden vorgegangen, weshalb das Geheimhaltungsinteresse der Bankkunden zurücktreten müsste.

[Rz 18] Im ausführlich begründeten Urteil gelangte das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass weder die von der FINMA geltend gemachte Notstandssituation noch ein Verhalten gestützt auf Art. 25 f. BankG gerechtfertigt gewesen seien, um mittels Herausgabe der Bankkundendaten an die amerikanischen Behörden in das Grundrecht der Privatsphäre einzugreifen und somit im konkreten Fall das Bankkundengeheimnis aufzuheben. Das Bundesverwaltungsgericht stellte fest, dass die Verfügung der FINMA vom 18. Februar 2009 und die Herausgabe von Bankkundendaten durch die UBS AG rechtswidrig seien.

3 Rechtliche Grundlagen des Bankkundengeheimnisses

[Rz 19] Es kann nicht stark genug betont werden, dass weder Art. 47 BankG, noch Strafbestimmungen des Schweizer-

⁴³ SwissBanking, Der Finanzplatz Schweiz und seine Bedeutung, November 2009, Seite 3

⁴⁴ Vogler, a.a.O., Seiten 32 ff.

⁴⁵ Peter V. Kunz, Mythos schweizerisches «Bankgeheimnis», Jusletter vom 17. November 2008

⁴⁶ BBl 1982 II 1222

⁴⁷ BVGE vom 5.1.2010 B-1092/2009

rischen Strafgesetzbuches StGB⁴⁸ als Begründung für das Bankkündengeheimnis herangezogen werden können. In aller Regel begründet das meist zivilrechtliche Verhältnis zwischen dem Geheimnisherrn (vorliegend dem Bankkunden) und dem Geheimnisträger (vorliegend der Bank) das Berufsgeheimnis. Am häufigsten dürften dabei die auftragsrechtlichen Normen zur Anwendung kommen. «Das schweizerische Bankgeheimnis beruht einerseits auf der vom Bankier vertraglich gegenüber seinem Kunden übernommenen Pflicht, über die ihm bekanntgewordenen persönlichen Verhältnisse Verschwiegenheit zu bewahren. Andererseits besteht diese Pflicht auch ohne ausdrückliche Nennung im Vertrag. Die Vermögens- und Einkommensverhältnisse jedes einzelnen gehören nach schweizerischer Auffassung in den Bereich der Persönlichkeitssphäre, deren Schutz allgemein – auch ausserhalb vertraglicher Beziehungen – anerkannt wird (Art. 28 ZGB⁴⁹).»⁵⁰

4 Zivilrechtliche Grundlagen des Bankkündengeheimnisses

4.1 Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 28 ZGB

[Rz 20] Art. 28 ZGB schützt die Verletzung der «Persönlichkeit». Im Schrifttum werden im Zusammenhang mit dem Persönlichkeitsschutz drei verschiedene Teilgebiete des menschlichen Lebensbereichs unterschieden, nämlich der Geheim-, der Privat- und der Gemeinbereich⁵¹. Die Persönlichkeit wird in der Regel umschrieben als Gesamtheit des Individuellen, das der Persönlichkeitsträger nur mit einem von ihm bestimmten Kreis von Aussenstehenden teilen will oder geheim halten will⁵². Es handelt sich um eine Generalklausel, die in eine nicht abschliessende Anzahl Teilbereiche aufgeteilt ist⁵³. In einer konstanten Rechtsprechung unterteilte das Bundesgericht den Persönlichkeitsschutz in drei Gruppen⁵⁴:

- Rechte der physischen Persönlichkeit;
- Rechte der affektiven Persönlichkeit;
- Rechte der sozialen Persönlichkeit.

[Rz 21] Buntschu zählt das Recht auf Wirtschaftsfreiheit zum Recht der sozialen Persönlichkeit⁵⁵. Landesüblich gel-

ten Einkommensdaten oder Daten über die finanziellen Verhältnisse und deren Anlage in der Schweiz als Informationen, die entweder nur einem ganz kleinen Kreis oder gar keinem Aussenstehenden bekannt sein sollen. Somit gehören diese Informationen üblicherweise zum Geheimbereich einer Person. Nach überwiegender Meinung in Lehre und Rechtsprechung bilden die Teilaspekte des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes auch eine Rechtsgrundlage für das Bankkündengeheimnis⁵⁶. Der Bundesrat zählte die Einkommens- und Vermögensverhältnisse jedes einzelnen zu der gemäss Art. 28 ZGB geschützten Persönlichkeitssphäre⁵⁷. Zusammenfassend kann deshalb festgehalten werden, dass Informationen über die finanziellen Verhältnisse zum Bereich des in Art. 28 ZGB geschützten Persönlichkeitsrechts gehören und somit auch Bankkündendaten von diesem Schutzbereich erfasst sind.

4.2 Treuepflichten gemäss Art. 394 i.V. mit Art. 398 Abs. 2 OR

[Rz 22] Unabhängig von der rechtlichen Einordnung der Rechtsbeziehung zwischen dem Bankkunden und der Bank bildet die Geheimhaltung eine Nebenpflicht dieser Rechtsbeziehung. Das Auftragsrecht, das auf die Mehrheit der Bankbeziehungen Anwendung findet, verlangt eine getreue Ausführung⁵⁸ des dem Beauftragten übertragenen Geschäftes. Da der Auftrag die Wahrung fremder Interessen⁵⁹ beinhaltet, erhält der Beauftragte unter Umständen Kenntnisse über den Auftraggeber, die dieser überhaupt nicht oder nur einem kleinen Kreis von Drittpersonen offenbaren will. Die Pflicht zur Geheimhaltung dieser Informationen fliesst aus der Treuepflicht, die der Beauftragte dem Auftraggeber schuldet⁶⁰.

[Rz 23] Betreffend des Sorgfaltspflichtenmasstabes verweist Art. 398 Abs. 1 OR⁶¹ auf die Sorgfaltspflichten im Arbeitsverhältnis. Deshalb sind die Treuepflichten des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber auf Grund von Art. 321a OR zusätzlich heranzuziehen. Als Ausfluss dieser Treuepflicht sieht Art. 321a Abs. 4 OR die Verschwiegenheits- und Geheimhaltungspflicht vor. Bezüglich des Umfangs der Geheimhaltungsverpflichtung nimmt Art. 321a Abs. 4 OR folgende Unterscheidung vor: Absolute Geheimhaltungsverpflichtung während der Dauer des Arbeitsverhältnisses. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht die Geheimhaltungsverpflichtung nur noch insoweit, als der Arbeitgeber daran ein schutzwürdiges Interesse geltend machen kann⁶².

⁴⁸ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB), SR 311

⁴⁹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB), SR 210

⁵⁰ BBl 1982 II 1223

⁵¹ BGE 97 II 100

⁵² Henri Deschenaux, Paul-Henri Steinauer, *Personne physique et tutelle*, Berne 2001, Seite 180

⁵³ Marc Buntschu, BSK Datenschutzgesetz, Basel 1994, N 28 zu Art. 1

⁵⁴ Buntschu, a.a.O., N 28 zu Art. 1

⁵⁵ Buntschu, a.a.O., N 28 zu Art. 1

⁵⁶ Urs Zulauf, Bankgeheimnis und historische Forschung, ZSR 1994 I, Seite 109

⁵⁷ BBl 1982 II 1223

⁵⁸ Urs Zulauf, a.a.O., Seite 110

⁵⁹ Rolf H. Weber, BSK Obligationenrecht I, N 2 zu OR 394

⁶⁰ Rolf H. Weber, a.a.O., N 10 zu OR 398

⁶¹ Obligationenrecht vom 30. März 1911 (OR), SR 220

⁶² Manfred Rehbinder, BSK Obligationenrecht I, N 7 zu OR 321 a

4.3 Vom Bankkundengeheimnis geschützte Informationen

[Rz 24] Der Geheimhaltung unterliegt alles, was die Bank, resp. dessen Angestellte/Organe im Rahmen ihrer Berufsausübung in persönlicher und sachlicher Hinsicht über den Kunden erfahren⁶³. Insofern deckt sich beim Bankkundengeheimnis der zivilrechtliche Geheimhaltungsbereich mit dem strafrechtlichen Geheimhaltungsbereich. Art. 47 Abs. 1 BankG umschreibt den Geheimhaltungsbereich des Bankkundengeheimnisses wie folgt: Der Geheimhaltung unterstehen alle Informationen, die dem Täter mit der gesetzlich umschriebenen Sondereigenschaft anvertraut worden sind, oder die er im Rahmen seiner Berufsausübung wahrnimmt. Damit unterscheidet sich der Geheimhaltungsbereich des Bankkundengeheimnisses deutlich von jenem des Anwaltsgeheimnisses. Gem. Art. 321 StGB und auf Grund der konstanten Rechtsprechung unterstehen zum Beispiel dem strafrechtlich geschützten Anwaltsgeheimnis nur jene Tatsachen, die dem Anwalt im Rahmen seiner Kerndienstleistung (anwaltliche Interessenvertretung) gegenüber Dritten und Behörden anvertraut worden sind. Falls der Anwalt oder Notar als Vermögensverwalter tätig ist und somit vertrauliche Tatsachen nicht im Rahmen seiner berufsspezifischen Tätigkeit erfahren hat, stehen insoweit das Berufsgeheimnis und das damit korrespondierende Zeugnisverweigerungsrecht einer Auskunftserteilung nicht entgegen⁶⁴. Demgegenüber unterstehen dem zivilrechtlich und strafrechtlich geschützten Bankkundengeheimnis sämtliche Informationen und Unterlagen/Dokumente, die der Bankkunde der Bank anvertraut oder übergibt, und woran der Kunde mutmasslicherweise ein Geheimhaltungsinteresse hat. Richtigerweise hebt Zulauf hervor, dass das Geheimhaltungsinteresse des Bankkunden grundsätzlich zu vermuten ist⁶⁵. Der Geheimhaltungspflicht unterstehen auch Daten und Informationen, die der Bank ausserhalb der Bankkundenbeziehung zukommen, sofern deren Offenbarung ein Bekanntgeben der Bankkundenbeziehung bestätigen oder verneinen würde⁶⁶.

5 Strafrechtliche Grundlagen des Bankkundengeheimnisses

5.1 Allgemeines

[Rz 25] Dem Geheimnisherrn steht gegebenenfalls ein zivilrechtlich begründeter Schadenersatzanspruch zu, sofern der Geheimnisträger seine vertraglichen Treuepflichten verletzt

hat⁶⁷. Demgegenüber stellt der strafrechtliche Schutz einzig eine Verstärkung des Schutzes dieser Berufsgeheimnisse dar. Dieser strafrechtliche Schutz begründet – grundsätzlich – keine weitergehenden zivilrechtlichen Treuepflichten. Nicht das Bankkundengeheimnis selbst, jedoch die Sanktionen seiner Verletzung sind in Art. 47 BankG verankert⁶⁸.

5.2 (unvollständige) Übersicht über die Strafandrohungen bei der Verletzung von Berufsgeheimnissen

[Tabelle siehe Anhang]

5.3 Verletzung des Berufsgeheimnisses gemäss Art. 321 StGB

[Rz 26] Hervorzuheben ist, dass nur der Täter, der eine der im Gesetz abschliessend⁶⁹ aufgezählten Sondereigenschaften aufweist, gemäss Art. 321 StGB bestraft werden kann. Berufsgeheimnisse im Sinne dieser Bestimmung sind Informationen, «die dem Berufsangehörigen im Zusammenhang mit der Ausführung eines Auftrages anvertraut worden sind.»⁷⁰ Bezüglich der Dauer des Geheimnisschutzes ist der Geheimnisträger gemäss Art. 321 Ziff. 1 Abs. 3 StGB auch dann strafbar, wenn er das Berufsgeheimnis nach Beendigung der Vertragsbeziehung und/oder der Berufsausübung verletzt. Mit anderen Worten bindet das Berufsgeheimnis den Geheimnisträger bis zu dessen Tod⁷¹.

5.4 Verletzung des Bankkundengeheimnisses gemäss Art. 47 BankG

[Rz 27] Auch die Verletzung des Bankkundengeheimnisses bedingt, dass der Täter die im Gesetz aufgezählten Sondereigenschaften aufweist. Tatobjekt können alle Informationen/Daten sein, die der Täter in seiner Sondereigenschaft gemäss Art. 47 BankG im Rahmen seiner Berufsausübung erfährt. Somit unterliegen dem Bankkundengeheimnis gemäss Art. 47 BankG «alle Kenntnisse, die sich aus der geschäftlichen Beziehung der Bank zum Kunden, namentlich aus den Bankverträgen ergeben, darüber hinaus aber auch Anfragen und Angebote für weitere Bankgeschäfte.»⁷² Dabei handelt es sich um eine absolute Pflicht, keine Daten an

⁶³ Rolf H. Weber, a.a.O., N 12 zu Art. 398

⁶⁴ BGE 112 Ib 608

⁶⁵ Zulauf, a.a.O., Seite 113

⁶⁶ Beat Kleiner/Renate Schwob/Christoph Winzeler, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zürich 2009, N 8 zu Art. 47

⁶⁷ Marc Bauen, Nicolas Roullier, Schweizerisches Bankkundengeschäft, Zürich 2010, Seiten 427 ff.

⁶⁸ Annette Althaus Stämpfli, Personendaten von Bankkunden, Bern 2004, Seite 47

⁶⁹ Stefan Trechsel et. al., Praxiskommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Zürich 2008, N 3 zu Art. 321

⁷⁰ Günther Strathenwerth, Wolfgang Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Bern 2007, N 3 zu StGB 321

⁷¹ Trechsel, a.a.O., N 19 zu Art. 321. Das Amtsgeheimnis gem. Art. 320 StGB besteht bis zum Tod des Geheimnisträgers. Siehe BGE 123 IV 77.

⁷² Kleiner/Schwob/Winzeler, a.a.O., N 8 zu Art. 47

Dritte herauszugeben. Diese Pflicht kann im Voraus oder während der Dauer der Geschäftsbeziehung durch den Geheimnisherrn verändert werden⁷³.

[Rz 28] Bezüglich der Dauer des Geheimnisschutzes unterscheidet sich der zivilrechtliche Geheimnisschutz vom bankengesetzlichen Geheimnisschutz. Zivilrechtlich dauert der Geheimnisschutz solange, als der Geheimnisherr daran ein Interesse hat⁷⁴. Der Geheimnisschutz gemäss Art. 47 Abs. 4 BankG dehnt sich (wohl) unbeschränkt über die Beendigung des dienstlichen Verhältnisses oder der Berufsausübung aus. Somit steht die Verletzung des Bankkundengeheimnisses unabhängig davon unter Strafe, ob die Verletzung während oder nach Beendigung des dienstlichen Verhältnisses oder der Berufsausübung begangen worden ist. Eine Begrenzung nach einer allenfalls begangenen Bankkundengeheimnisverletzung findet sich einzig in Anwendung von Art. 97 Abs. 1 lit. c StGB, wonach die Strafverfolgungsverjährung innert sieben Jahren seit der Tatbegehung eintritt.

5.5 Vorbehalt der Zeugnis- und Auskunftspflicht gemäss Art. 47 Abs. 5 BankG

[Rz 29] Der Vorbehalt von Art. 47 Abs. 5 BankG enthält einen Rechtfertigungsgrund, der bei einer allfälligen Weitergabe von bankkundengeheimnisgeschützten Daten zur Straflosigkeit führt. In Anlehnung an den Gesetzeswortlaut sprechen verschiedene Autoren von einer Pflicht, bei Vorliegen der gesetzlichen Grundlagen die verlangten Daten herauszugeben⁷⁵. Bezüglich der internationalen Rechtshilfe ist diesbezüglich einerseits das IRSG massgebend. Andererseits sind der Umfang und der Anlass der Datenherausgabepflicht in bilateralen oder multilateralen Abkommen geregelt. Und genau darüber und nur darüber wird sowohl national als auch international debattiert, auch wenn Minister ausländischer Staaten wortreich die Aufhebung des Bankkundengeheimnisses fordern. Bei all diesen Diskussionen geht es nie um die Aufhebung dieses Berufsgeheimnisses, sondern nur – aber immerhin – um den Umfang und den Anlass, wann bankkundengeheimnisgeschützte Daten an aussenstehende Dritte wie ausländische Behörden übergeben werden müssen.

6 Aufsichtsrechtliche Konsequenzen der Verletzung des Bankkundengeheimnisses

[Rz 30] Die Verletzung des Bankkundengeheimnisses stellt eine Gesetzesverletzung dar und kann zu aufsichts-

rechtlichen Massnahmen führen⁷⁶. Eine Verletzung des Bankkundengeheimnisses kann die Gewähr für das einwandfreie Funktionieren der Bank respektive der obersten Führungsorgane im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG in Frage stellen und letztendlich die Existenz der Bank gefährden. Im Rahmen des Enforcements kann die FINMA im Falle einer Bankkundengeheimnisverletzung eine Prüfung in Anwendung von Art. 24 FINMAG⁷⁷ entweder selber durchführen oder durch einen beigezogenen Dritten oder durch die vom Beaufichtigten beauftragte Prüfgesellschaft durchführen lassen. Als Aufsichtsinstrumente stehen ihr die Mittel gem. Art. 31 bis 37 FINMAG zur Verfügung: Erlass einer Verfügung auf Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes, Feststellungsverfügung, Berufsverbot, Entzug der zur Ausübung der Geschäftstätigkeit notwendigen Bewilligung. Der Entzug der Bewilligung für den Bankbetrieb hat gemäss Art. 23quinquies BankG die Liquidation⁷⁸ der Bank zur Folge.

7 Schlussfolgerungen

[Rz 31] In der europäischen Geschichte geht die berufliche Verschwiegenheitspflicht möglicherweise auf den hippokratischen Eid zurück: «Was ich bei der Behandlung sehe oder höre (...), so werde ich von dem, was niemals ausgeplaudert werden soll, schweigen, indem ich alles Derartige als solches betrachte, das nicht ausgesprochen werden darf.»⁷⁹ Das Bankkundengeheimnis als Ausfluss der Treuepflicht und des Persönlichkeitsschutzes und als zivilrechtliche Pflicht zwischen dem Bankkunden und der Bank existiert nicht nur in der Schweiz sondern in vielen kontinental-europäischen Jurisdiktionen. Das Bankkundengeheimnis schweizerischer Ausprägung zeichnet sich einzig durch dessen strafrechtlichen Schutz mit eingeschränkten Auskunftspflichten aus.

[Rz 32] Die Überschrift eines Artikels der NZZ-Online vom 17. März 2010 war irreführend wenn nicht sogar sachlich unkorrekt: «Auch der Ständerat weicht das Bankgeheimnis auf»⁸⁰. Bei näherer Prüfung des Artikels befasste sich der Ständerat nur – aber immerhin – mit fünf neu verhandelten Doppelbesteuerungsabkommen, die betreffend der Amtshilfe für Steuerverkürzung den sogenannten Art. 26 des OECD-Musterabkommens umsetzen. Der Kommissionssprecher, Herr Ständerat Eugen David, bezog sich auch nur auf Art. 47 Abs. 5 BankG, der die Auskunftspflicht an Behörden gemäss eidgenössischem und kantonalem Recht beinhaltet⁸¹. Da die internationale Amtshilfe dem eidgenössischen Recht

⁷³ Kleiner/Schwob/Winzeler, a.a.O., N 10 zu Art. 47

⁷⁴ Manfred Rehbinder, a.a.O., N 7 zu Art. 321 a OR

⁷⁵ Günther Stratenwerth, BSK Bankengesetz, Basel 2005, N 33 ff. zu Art. 47; Kleiner/Schwob/Winzeler, a.a.O., N 61 ff. zu Art. 47

⁷⁶ Kleiner/Schwob/Winzeler, a.a.O., N 390 zu Art. 47

⁷⁷ Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG), SR 956.1

⁷⁸ Bohrer et al., a.a.O., Seite 24

⁷⁹ Karl Deichgräber, Der hippokratische Eid, Stuttgart 1983

⁸⁰ NZZ Online aufgerufen am 17. März 2010 um 16.05 Uhr

⁸¹ Amtliches Bulletin – Die Wortprotokolle von Nationalrat und Ständerat, Ständerat – Frühjahrssession 2010 – Elfte Sitzung – 17. März 2010.

zu zuordnen ist, war diese rechtliche Bezugnahme völlig korrekt.

[Rz 33] Mit anderen Worten wird heute diskutiert, unter welchen Voraussetzungen welche Informationen im Lichte von Art. 47 Abs. 5 BankG an staatliche (in- oder ausländische) Behörden herausgegeben werden sollen und/oder müssen. Der zivilrechtliche Inhalt des Bankkündengeheimnisses oder die strafrechtliche Sanktion von Geheimnisverletzungen wurde nie – auch von ausländischen Exponenten nicht – in Frage gestellt. Das Geheimnis des Bankkündengeheimnisses liegt möglicherweise darin, dass die gegenwärtige Debatte ihren effektiven Gegenstand zu verheimlichen sucht⁸².

Thomas Müller ist Rechtsanwalt, Compliance Experte, Fachhochschul-Dozent und Inhaber von www.prolege.ch sowie Autor des Buches «Compliance Management, Dargestellt am Beispiel der Versicherungswirtschaft».

* * *

⁸² Thomas Müller, Steuerumgehung und Bankkündengeheimnis, Handelszeitung Nr. 13, 25. März 2009

Anhang: Tabelle

| Gesetzesbestimmung | Strafnorm | Strafrahmen |
|---------------------------|---|--|
| Art. 162 StGB | Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses | - Antragsdelikt - Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe |
| Art. 321 StGB | Verletzung des Berufsgeheimnisses | - Antragsdelikt - Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe |
| Art. 47 BankG | Verletzung des Bankkundegeheimnisses | - Offizialdelikt - Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe |
| Art. 35 DSG | Verletzung der beruflichen Schweigepflicht | - Antragsdelikt - Busse bis zu 10'000 Franken |