

Institut für Bankrecht, Universität Bern
SBT 2009 – Schweizerische Bankrechtstagung 2009

Cross-Border Banking

herausgegeben von Susan Emmenegger

mit Beiträgen von
Peter Honegger / Andreas Kolb
Martin Hess
Philipp Abegg
Markus Affolter
Daniel Senn
Günter Heine
Susan Emmenegger / Andrea Zbinden

Helbing Lichtenhahn Verlag

Vorwort

«[L]'UBS est une grande banque suisse dont le nom est associé de près, sur le plan international, à l'image des banques suisses dans leur ensemble; il s'en suit qu'en permettant l'accès des douanes françaises aux programmes d'ordinateur [de l'UBS], C. a mis en danger non seulement des secrets d'affaires privés de l'UBS mais aussi, dans une large mesure, les intérêts économiques de la Suisse.» Diese Erwägungen stammen aus einem Bundesgerichtsentcheid aus dem Jahr 1985 (BGE 111 IV 80). Sie haben, wie wir zur Zeit eindrücklich erfahren, an Aktualität nichts eingebüsst, mögen auch die Sachumstände diesmal andere – für die UBS und den Finanzplatz weit bedrohlichere – sein. Für die spätere Leserschaft sei hier als Zwischenstand festgehalten: Die Schweiz ist in Neuverhandlungen über ihre Doppelbesteuerungsabkommen eingetreten. Die Beschränkung der Amtshilfe in Steuersachen auf Fälle des Steuerbetrugs wird fallengelassen, neu ist auch die Steuerhinterziehung amtshilfefähig. Die Ratifizierung durch das Parlament steht noch aus. Die UBS hat per Ende Juni 2009 alle nicht saldierten Konten von US Persons eingefroren. Sie vollzieht damit den Ausstieg aus dem Offshore-Geschäft mit amerikanischen Kunden. Die Klage der amerikanischen Steuerbehörde (IRS) gegen die UBS auf Herausgabe von rund 52'000 Kundendaten vor dem District Court in Miami ist noch hängig.

Die Autorinnen und Autoren haben den Entwicklungen nach Möglichkeit Rechnung getragen. Drei Tagungsbeiträge beschäftigen sich mit Fragen, die sich auch im Umfeld des UBS-Debakels wiederfinden: PETER HONEGGER und ROBERT KOLB schreiben über die aktuellen Fragen in der Amts- und Rechtshilfe, GÜNTER HEINE untersucht die neuen Strafbarkeitsrisiken der Banken, SUSAN EMMENEGGER und ANDREA ZBINDEN widmen sich der Frage nach den Standards zur Aufhebung des Bankgeheimnisses. Nicht in den Schlagzeilen, für das Tagesgeschäft der Banken aber ausserordentlich bedeutungsvoll sind die grenzüberschreitenden Zahlungen. Von ihnen handeln die Beiträge von MARTIN HESS und PHILIPP ABEGG. Schliesslich geben uns die Beiträge von MARKUS AFFOLTER und DANIEL SENN einen Einblick in die besonderen Probleme von international tätigen Finanzkonglomeraten.

Mit der Schweizerischen Bankrechtstagung verfolgt das Institut für Bankrecht der Universität Bern das Ziel, den Dialog zwischen Anwaltschaft, Bankpraxis, Finanzmarktaufsicht und Wissenschaft zu fördern. Dass dies gelang, ist den Referierenden zu verdanken. Dank gebührt auch den Mitarbeitenden des Instituts, insbesondere Frau EVA FRIEDL, die für die Organisa-

tion der Tagung verantwortlich war und die auch für den Tagungsband verantwortlich zeichnet.

Bern, im Juli 2009

Susan Emmenegger

Inhaltsübersicht

Amts- und Rechtshilfe: 10 aktuelle Fragen.....	1
Dr. PETER HONEGGER Rechtsanwalt, Niederer Kraft & Frey AG, Zürich	
ANDREAS KOLB Rechtsanwalt, Niederer Kraft & Frey AG, Zürich	
Euro-Zahlungen gemäss den SEPA-Rulebooks, insbesondere die Haftung der Banken.....	47
Dr. MARTIN HESS Rechtsanwalt, Wenger & Vieli, Zürich	
Rechtliche Risiken im grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr	105
PHILIPP ABEGG Entris Banking AG, Bern	
Aufsicht über international tätige Finanzgruppen: Konsequenzen für die Bank.....	131
Dr. MARKUS AFFOLTER Bank Sarasin, Basel	
Praktische Fragen der Vor-Ort-Kontrolle.....	149
DANIEL SENN KPMG, Zürich	
Die Verletzung des Bankgeheimnisses: neue Strafbarkeitsrisiken der Bank bei grenzüberschreitenden Sachverhalten.....	159
Prof. Dr. GÜNTER HEINE Professor an der Universität Bern	
Die Standards zur Aufhebung des Bankgeheimnisses.....	193
Prof. Dr. SUSAN EMMENEGGER Professorin an der Universität Bern	
ANDREA ZBINDEN, Rechtsanwältin Wissenschaftliche Assistentin an der Universität Bern	

Amts- und Rechtshilfe: 10 aktuelle Fragen

Peter Honegger und Andreas Kolb, Zürich

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	2
Literaturverzeichnis	3
Materialien.....	6
Einleitung.....	7
I. Amts- oder Rechtshilfe.....	8
1. Exkurs zu den Bilateralen II, OECD und neuen DBA.....	11
II. Fishing Expeditions.....	17
III. «Vorhilfe».....	20
IV. Unbeteiligte Dritte.....	22
V. Die Bank im Clinch.....	24
VI. Wer kann sich wehren (Legitimation).....	29
VII. Beschwerdegründe (Abgabebetrug versus Steuerhinterziehung).....	31
VIII. Spontane Amts- und Rechtshilfe	35
IX. Bedeutung von Art. 271 StGB	38
X. Bedeutung von Art. 273 StGB	40
Schlussbemerkung.....	45

Abkürzungsverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 15. April 2009.

AS	Amtliche Sammlung
BankG	Bankengesetz (SR 952.0)
BankV	Bankverordnung (SR 952.02)
BB1	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGG	Bundesgerichtsgesetz (SR 173.110)
BG-RVUS	Bundesgesetz zum Rechtshilfevertrag Schweiz – USA (SR 351.93)
BEHG	Börsengesetz (SR 954.1)
BEHV-FINMA	Börsenverordnung-FINMA (SR 954.193)
BJ	Bundesamt für Justiz < http://www.bj.admin.ch/bj/de/home.html >
BVGE	Bundesverwaltungsgerichtsentscheid
CR	Commentaire Rommand
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
DBA-D	Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz – Deutschland (SR 0.672.913.62)
DBA-US	Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz – USA (SR 0.672.933.61)
DOJ	(US) Department of Justice < http://www.usdoj.gov/ >
E.	Erwägung
EBK	Eidg. Bankenkommission < http://www.ebk.admin.ch/d/ >
EFD	Eidg. Finanzdepartement < http://www.efd.admin.ch/ >
EIMP	Siehe IRSG
EstV	Eidg. Steuerverwaltung < http://www.estv.admin.ch/d/index.php >
EU	Europäische Union < http://europa.eu/index_de.htm >
EUeR	Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.1)
FINMA	Eidg. Finanzmarktaufsicht < http://www.finma.ch/d/ >
FINMAG	Finanzmarktaufsichtsgesetz (SR 956.1)
Fn.	Fussnote
GwG	Geldwäschereigesetz (SR 955.0)
IRS	(US) Internal Revenue Service < http://www.irs.gov/ >
IRSG	Rechtshilfegesetz (SR 351.1)
ISRV	Rechtshilfeverordnung (SR 351.11)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development < http://www.oecd.org >
Pra.	Praxis des Bundesgerichts

QI	Qualified Intermediary
RVUS	Rechtshilfevertrag Schweiz – USA (SR 0.351.933.6)
SBVg	Schweiz. Bankiervereinigung < http://www.swissbanking.org/ >
SEC	(US) Securities Exchange Commission < http://www.sec.gov/ >
SJIR	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
STA	Staatsanwaltschaft, z. B STA I des Kt. ZH < http://www.staatsanwaltschaften.zh.ch/Amtsstellen/StAI.shtml >
StGB	Strafgesetzbuch (SR 311.0)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
TEJUS	Siehe RVUS
VwVG	Verwaltungsverfahrensgesetz (SR 172.021)
VO DBA-US	Verordnung zum Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz – USA (SR 672.933.61)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VStrR	Verwaltungsstrafrechtsgesetz (SR 313.0)
wB	Wirtschaftlich Berechtigter
ZBstG	Bundesgesetz zum Zinsbesteuerungsabkommen mit der Europäischen Gemeinschaft, Zinsbesteuerungsgesetz (SR 641.91)

Literaturverzeichnis

- ALTHAUS ANNETTE, Internationale Amtshilfe als Ersatz für die internationale Rechtshilfe bei Insiderverfahren, AJP 8/99, 929-946.
- B EGLINGER FRIDOLIN, Rechtshilfeverfahren: Anwesenheit, spontane Übermittlung und Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen, AJP 7/2007, 916-927.
- BEHNISCH URS, Amtshilfe in Steuersachen an die USA: Zur Bedeutung der QI-Normen, in: Jusletter vom 26. Januar 2009.
- BERNASCONI PAOLO, Bankgeheimnis und internationale Rechtshilfe in Strafsachen zwischen Datenschutz und Tatenschutz: Quadratur des Zirkels, in: Nobel Peter (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 3, Bern 1995, 92-104.
- Droits et devoirs de la banque et de ses clients dans la procédure d'entraide judiciaire internationale en matière pénale, in: von Graffenried Rudolf (Hrsg.), Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Bern 1987, 343-410.

- Internationale Amts- und Rechtshilfe bei Einziehung, organisiertem Verbrechen und Geldwäscherei, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Bd. 2, Zürich 2002, 143-518.
- BREITENMOSE STEPHAN, Amts- und Rechtshilfe im Rahmen der «Bilateralen II»-Verträge, AJP 8/2005, 929-940.
- BUTTLIGER MARCEL, Schweigepflicht der Bank im Strafverfahren, in: SJZ 90 (1994), 377-381.
- CAFLISCH LUCIUS CONRAD, La pratique suisse en matière de droit international public 1983, SJIR 40 (1984), 115 ff., 162 ff.
- DE CAPITANI WERNER, Internationale Rechtshilfe. Eine Standortbestimmung, in: ZSR 100 II (1981), 365ff.
- CASSANI URSULA, «Pretrial discovery» sur sol suisse et protection pénale de la souveraineté territoriale, SZW 64 (1992), 10 ff.
- DONATSCH ANDREAS/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV. Delikte gegen die Allgemeinheit, 3. Aufl., Zürich 2004
- FREI LIONEL, Der Rechtshilfevertrag mit den USA und die Aufhebung geschützter Geheimnisse, in: SJK 67, resp. SJK 67a, 53-88.
- Discovery, secrecy and international mutual assistance in civil matters, in: Zäch Roger (Hrsg.), Litigation of Business Matters in the United States and International Legal Assistance, Bern 1984.
- Schweizerische Unternehmen in den USA als Diener zweier Herren: Amerikanische Verfahrenspflichten und schweizerische Geheimhaltung, in: SJZ 82 (1986), 73-80.
- FREY BEAT, Aktuelle Praxis des Bundesamtes für Justiz in Amts- und Rechtshilfefällen, in: Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe. Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Bd. 33, St. Gallen 2005, 157-173.
- GERBER RUDOLF, Einige Probleme des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes, ZStrR 93 (1977), 257-307.
- GULDENER/MILLER, in: Smit Hans (Hrsg.), International Cooperation in Litigation: Europe, The Hague 1965.
- HAFFTER ANDREAS, Internationale Zusammenarbeit in Strafsachen im Spannungsfeld zwischen Denunziation und Verbrechensbekämpfung: Zur Problematik der spontanen Rechtshilfe (Art. 67a IRSG), AJP 1/1999, 116-121.
- HARARI MAURICE, Dix ans de pratique de l'EIMP: Un état de lieux, in: Thévenoz Luc (Hrsg.), Journée 1994 de droit bancaire et financier, vol. 1, Berne 1994, 81-127.
- HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD/HARTMANN KARL, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005.
- HOLENSTEIN DANIEL, Schweizerische Bankauskünfte an den ausländischen Fiskus, in: AJP 9/2003, 1045-1052.
- HONEGGER PETER C., Amerikanische Offenlegungspflichten in Konflikt mit schweizerischen Geheimhaltungspflichten (Diss. Zürich), Zürich 1986.

- HOPF THOMAS, Vor Art. 271-274, Art. 271-274 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht II. Art. 111-292 StGB, 2. Aufl., Basel 2007.
- KLEINER BEAT/SCHWOB RENATE/WINZELER CHRISTOPH, Art. 47 BankG, in: Bodmer Daniel/Kleiner Beat/Lutz Benno (Begründer), Zobl Dieter et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 17. Aufl., Zürich 2006.
- LOCHER KURT ET AL., Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz - Deutschland 1971 und 1978, 36. Aufl., Therwil 2008.
- MARKEES CURT, Die Vornahme von Prozesshandlungen auf schweizerischem Gebiet zuhanden eines ausländischen Verfahrens im Lichte des Art. 271 StGB, in: SJZ 65 (1969), 33-36.
- MOREILLON LAURENT ET AL., in: Moreillon Laurent (Hrsg.), Commentaire Romand, Entraide internationale en matière pénale. EIMP/TEJUS/LTEJUS/TEXUS, Bâle 2004.
- NOBEL PETER, Schweizerisches Finanzmarktrecht: Einführung und Überblick, 2. Aufl., Bern 2004.
- PETER CHRISTOPH, Zielkonflikte zwischen Rechtsschutz und Effizienz im Recht der internationalen Amts- und Rechtshilfe, in: Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe. Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Bd. 33, St. Gallen 2005, 189-207.
- POPP PETER, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2001.
- SCHAAD HANS-PETER, Art. 37-38a BEHG, in: Watter Rolf/Vogt Nedim Peter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Börsengesetz, Basel 2007.
- SCHMID NIKLAUS, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004.
- SCHRAMM DOROTHEE, Entwicklung bei der Strafbarkeit von privaten Zeugenbefragungen in der Schweiz durch Anwälte für ausländische Verfahren, AJP 4/2006, 491-500.
- SCHUPP PIERRE-DOMINIQUE, Devoirs de discretion suisses et obligation de produire des pièces en procédure pénale américaine: Etude d'un conflit à la lumière des principes généraux de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale (Diss. Lausanne), Lausanne 1987.
- SCHWEIZER RAINER J., Steuerbehörden benutzen UBS als Untersuchungsgehilfin, in: Jusletter vom 9. Februar 2009.
- SCHWOB RENATE, Ausbau der Amts- und Rechtshilfe in der Schweiz. Sauberer Finanzplatz auf Kosten Einschränkung rechtsstaatlicher Grundsätze, SJZ 97 (2001), 169-176.
- STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil II. Straftaten gegen Gemeininteressen, 6. Aufl., Bern 2008.
- STRATENWERTH GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG, Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar, Bern 2007.
- TRECHSEL STEFAN/VEST HANS, Art. 2-9, 110 Abs. 3, 240-250, 258-302, 312-314, 318-321^{bis} StGB, in: Trechsel Stefan et al. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxis-kommentar, Zürich/St. Gallen 2008.

- WALDBURGER ROBERT, Heutige und zukünftige Praxis der internationalen Amts- und Rechtshilfe im Steuerbereich, in: Nobel Peter (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 11, Bern 2004, 421-443.
- ZIMMERMANN ROBERT, Communication d'informations et de renseignements pour les besoins de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale: Un paradigme perdu?, AJP 1/2007, 62-69.
- La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 2^e éd., Berne 2004.
- ZULAUF URS, Internationale Amtshilfe der Eidg. Bankenkommission (EBK), Folie 11, Referat an der Tagung der Universität St. Gallen «Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe» vom 7. November 2008.
- Kooperation mit dem Ausland: Verrat an der Schweiz? Gedanken zu den Schweizer Verbotsgesetzen («Blocking Statutes») von Art. 271 und 273 StGB und Art. 47 BankG, in: Waldburger Robert et al. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, 1075-1094.
- ZULAUF URS/BURCKHARDT FABIAN, Nachbesserung durch den Gesetzgeber nötig: Internationale Amtshilfe der Eidgenössischen Bankenkommission für ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden unter dem Börsengesetz, in: Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 11, Bern 2004, 365-420.

Materialien

- Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über Regelungen, die den in der Richtlinie 2003/48/EG des Rates im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen festgelegten Regelungen gleichwertig sind (mit Anhängen und Memorandum), BBl 2004, 6541-6560.
- Botschaft betreffend die Änderung des Rechtshilfegesetzes und des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen sowie den Bundesbeschluss über einen Vorbehalt zum europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen, BBl 1995 III, 1-66.
- Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG), BBl 2006, 2829-2916.
- Botschaft zur Änderung der Bestimmung über die internationale Amtshilfe im Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 10. November 2004, BBl 2004, 6747-6769.
- Botschaft zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen («Bilaterale II»), BBl 2004, 5965-6300.
- Bundesbeschluss über die Genehmigung des bilateralen Abkommens zwischen der Schweiz einerseits und der EG und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Betrugsbekämpfung, BBl 2004, 7183-7184.

EBK-Bulletin, Bände 51/2008, 50/2007, 49/2006, 42/2002 und 37/1999, abrufbar unter:
<<http://www.finma.ch/archiv/ebk/d/publik/bulletin/index.html>>.

Wegleitung des Bundesamtes für Justiz betreffend internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 8. Aufl., 1998.

Einleitung

Die Autoren gehen 10 aktuellen Fragen der Amts- und Rechtshilfe nach. Es geht dabei um die – politisch und medial stark beachtete – *Auskunftserteilung über Bankkunden*, welche im Rahmen der Amts- und Rechtshilfe den Schutz des schweizerischen Bankgeheimnisses verlieren.¹ Ausgangspunkt sind neuere bzw. die jüngsten Auskunftersuchen von amerikanischen Behörden, namentlich des IRS und der SEC, an schweizerische Behörden (EStV, FINMA, BJ, STA). Darüber hinaus wird in einem Exkurs aufgezeigt, welche neuen Rechtsgrundlagen der steuerlichen Amtshilfe in den vergangenen Jahren geschaffen wurden bzw. geplant sind.

Die Amtshilfe in Steuersachen ist nur bruchstückhaft geregelt,² und auch eine diesbezügliche Praxis beschränkte sich bis vor kurzem auf wenige Fälle pro Jahr.³ Demgegenüber wurden in den vergangenen Jahren hunderte von Rechtshilfeersuchen⁴ sowie Amtshilfeersuchen in Börsensachen⁵ an die

¹ Bei der Amtshilfe in Börsensachen spricht man vom sog. «Kundenverfahren», Botschaft zur Änderung der Bestimmung über die internationale Amtshilfe im Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 10. November 2004, 6748, 6749, 6752, 6759, 6763, 6766, 6769, bzw. vom «Kundenschutzverfahren», SCHAAD, Basler Kommentar, N 11, 57, 73, 111, 125-127 zu Art. 38 BEHG.

Bei der Rechtshilfe spricht man von sog. «akzessorischer» oder «kleiner Rechtshilfe», Wegleitung BJ, 6; POPP, Grundzüge, 58-59.

² Grundlage der Amtshilfe gegenüber den USA sind Art. 26 DBA-US und Art. 20c-20k VO DBA-US.

³ In den vergangenen Jahren ca. fünf Ersuchen pro Jahr, vgl. WALDBURGER, Praxis, 430. Dies hat sich allerdings schlagartig geändert, als der IRS im Sommer 2008 ein Amtshilfeersuchen an die EStV betreffend 255 UBS-Kunden sandte. NZZ Nr. 63, vom 17. März 2009, 19; NZZ Nr. 13, vom 17./18. Januar 2009, 1, 27; NZZ am Sonntag vom 20. Juli 2008, 27.

⁴ Vgl. dazu Statistik Internationale Rechtshilfe 2007, <<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/rechtshilfe.Par.0082.File.tmp/irh-statistik-07-d.pdf>>.

⁵ Von 1997 bis Oktober 2008 erfolgten 742 Amtshilfeersuchen an die EBK (heute FINMA), davon 89 im Jahre 2008. ZULAUF, Internationale Amtshilfe, Folie 11.

Schweiz gerichtet, um Bankauskünfte aus der Schweiz erhältlich zu machen. Nachfolgend wird – in dieser Form wohl erstmalig – der Versuch gewagt, die Lücken durch Beizug der Praxis zur Rechtshilfe (RVUS, ISRG^{6,7}) sinngemäss zu schliessen.⁸ Die Lückenfüllung in Analogie zur Rechtshilfe scheint gerechtfertigt, nachdem sich die Amts- und Rechtshilfe in den vergangenen Jahren immer mehr angenähert haben.⁹ Mit gewissen Vorbehalten ist auch der Beizug der Praxis zur Amtshilfe in Börsensachen (BEHG¹⁰) möglich.

Die amerikanischen Behörden sind bekanntlich nicht von Pappe. Dauert der Weg der Amts- und Rechtshilfe zu lange, so verlangen sie die gewünschten Informationen direkt von den schweizerischen Banken,¹¹ oft unter Androhung von drakonischen Sanktionen.¹² In diesem Fall sind die schweizerischen «Blocking Statutes»¹³ zu beachten.

I. Amts- oder Rechtshilfe

Im Bereich des Börsenrechts ist gesetzlich sichergestellt, dass die dichter normierten Vorschriften der Rechtshilfe nicht auf dem Weg der Amtshilfe

⁶ Die Beurteilung von Rechtshilfeersuchen aus den USA richtet sich nach dem RVUS und dem BG-RVUS. Soweit der Staatsvertrag und das dazugehörige Spezialgesetz keine Regelung für die Lösung eines konkreten Problems bieten, finden subsidiär die Regeln des IRSG und der IRSV Anwendung, BGer 1A.60/2000 vom 22. Juni 2000, E. 1b; BGE 124 II 124 S. 126 mit Hinweisen.

⁷ Das Rechtshilfeverfahren unter dem RVUS unterscheidet sich vom IRSG namentlich dadurch, dass das BJ (Zentralstelle) und nicht die STA Verfügungen erlässt, die mittels Beschwerde vor Bundesstrafgericht angefochten werden können, Art. 17 BG-RVUS.

⁸ Dazu Kapitel I-VIII.

⁹ BERNASCONI, Kommentar, 156, 343-344; BREITENMOSER, AJP, 930; FREY, Praxis, 170; POPP, Grundzüge, 71-73.

¹⁰ Die Amtshilfe in Börsensachen wird seit 1. Januar 2009 (Inkrafttreten des FINMAG) von der FINMA geleistet. In Art. 42 FINMAG wird die Amtshilfe allgemein geregelt, Art. 38 BEHG geht als *lex specialis* vor, Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG), 2887 bzw. 2848; SCHAAD, Basler Kommentar, N5 zu Art. 38 BEHG.

¹¹ Jüngstes Beispiel ist die Medienberichterstattung zum «Fall UBS», wonach der Amtshilfeweg für die amerikanischen Behörden zu langsam (und zu unsicher) sei, weshalb nach anderen und schnelleren Lösungen (Eskalation) gesucht werde. Vgl. NZZ am Sonntag vom 21. Dezember 2008, 8; NZZ Nr. 13, vom 17./18. Januar 2009, 27.

¹² Dazu Fn. 177-178.

¹³ Dazu Kapitel IX-X.

ausgeholt werden dürfen.¹⁴ Amtshilfe ist unzulässig, falls damit einzig die schnellere Informationsbeschaffung für ein ausländisches Strafverfahren beabsichtigt wird.¹⁵ Ist im ausländischen Staat (hier USA) bereits ein Strafverfahren wegen Finanzmarktdelikten im Gang, so geht es nicht an, dass die amerikanische Strafuntersuchungsbehörde (US Attorney oder DOJ) die SEC bittet, über die Amtshilfekanäle Informationen aus der Schweiz zu beschaffen, um diese für das Strafverfahren zugänglich zu machen.¹⁶ Die SEC muss ein eigenes aufsichtsrechtliches Interesse an den Informationen haben und darf nicht als «Durchlauferhitzer» für Strafuntersuchungsbehörden herhalten.

Jedoch steht es der SEC frei, bei Verdacht auf Insidertransaktionen oder Marktmanipulation entweder den Weg der Amts- oder der Rechtshilfe zu wählen.¹⁷ Gemäss Bundesgericht sind Untersuchungen der SEC unter dem RVUS rechtshilfefähig, weil deren (Administrativ-)Untersuchungen ein Strafverfahren auslösen können.¹⁸ Nach dem berühmten *Elsag Bailey* Entscheidung des Bundesgerichts im Jahre 2000,¹⁹ der die Amtshilfe an die SEC während Jahren blockierte, verlangte die SEC Informationen auf dem Weg der Rechtshilfe.²⁰ In der Folge wurde das BEHG im Jahre 2006 revidiert,²¹ sodass die Amtshilfe an die SEC wieder offen steht.²²

Im Bereich des Steuerrechts sieht die Rechtslage anders aus: Eine gesetzliche Grundlage über das Verhältnis von Amts- und Rechtshilfe fehlt. Eine strikte Trennung von Marktaufsicht und Strafverfolgungsbehörden wie im Börsenrecht ist nicht möglich. Häufig sind ausländische Steuerveranlagungsbehörden auch für die Strafsteuerverfahren zuständig. Die DBA mit erweiterter Amtshilfebestimmung²³ ermöglichen es regelmässig, dass die beschafften Informationen nicht nur von den Steuerveranlagungsbehörden

¹⁴ Art. 38 Abs. 6 BEHG. SCHAAD, Basler Kommentar, N 148 zu Art. 38 BEHG; allgemein: BREITENMOSER, AJP, 929 ff.

¹⁵ ALTHAUS, AJP, 944.

¹⁶ ALTHAUS, AJP, 944.

¹⁷ BGE 126 II 126 S. 136-137

¹⁸ BGE 120 Ib 251 S. 253; 109 Ib 47 S. 51.

¹⁹ BGE 126 II 126 S. 126-143.

²⁰ BGer 1A.12/2005 vom 9. März 2006.

²¹ AS 2006 197, 198; Botschaft zur Änderung der Bestimmung über die internationale Amtshilfe im Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 10. November 2004, 6747.

²² BGer 2A.13/2007 vom 3. September 2007; vgl. EBK-Bulletin 50/2007, 91-103.

²³ Vgl. Exkurs zu den Bilateralen II, OECD und neuen DBA.

verwendet werden dürfen, sondern auch Personen zugänglich sind, welche mit der Strafverfolgung oder mit der Entscheidung von Rechtsmitteln befasst sind. Es steht dem IRS deshalb frei, ob er den Weg der Amts- oder Rechtshilfe beschreiten will, um Informationen aus der Schweiz zu beschaffen. In der Regel wird es für den IRS vorteilhafter sein, den Amtshilfeweg zu beschreiten. Da im Amtshilfeweg keine Beschwerde an das Bundesgericht möglich ist,²⁴ dürfte das Verfahren schneller sein. Zudem ist der Spezialitätsvorbehalt nach dem IRSG enger gefasst, indem die Informationen nur für das Strafverfahren, nicht aber für das Veranlagungsverfahren verwendet werden dürfen.

Die Informationsbeschaffung ist beide Male – im Falle der Amts- und Rechtshilfe – grundsätzlich nur möglich, wenn ein Steuer- oder Abgabebetrug untersucht wird. Damit ist auch gesagt, dass eine Steuerhinterziehung i. d. R. nicht ausreicht, damit Amts- und Rechtshilfe gewährt werden kann.²⁵ Im Verhältnis zu den USA stellt sich immerhin die Frage, ob der Begriff des Abgabebetrugs im Sinne des IRSG²⁶ mit demjenigen des Betrugsdeliktes und dergleichen nach dem DBA-US bzw. der Verständigungsvereinbarung vom 23. Januar 2003²⁷ deckungsgleich ist. Sollte das DBA-US bzw. die erwähnte Verständigungsvereinbarung Amtshilfe auch in Fällen zulassen, welche nicht als Abgabebetrug zu qualifizieren sind,²⁸ so dürfte der Beschreitung des Amtshilfeweges aus Sicht des IRS auch aus diesem Grund der Vorzug gegeben werden. Auf der anderen Seite werden im Amtshilfeweg nur Informationen ausgetauscht, während im Rechtshilfeverfahren weitergehende Massnahmen vorgesehen sind.²⁹

²⁴ Art. 83 lit. h BGG. Bei der Rechtshilfe ist der Gang ans Bundesgericht nur – aber immerhin – in wichtigen Fällen möglich (Art. 84 BGG).

²⁵ Art. 26 DBA-US, Art. 3 Abs. 3 IRSG und DBA mit erweiterter Amtshilfe, vgl. Fn. 49. Im schweizerischen Steuerrecht unterscheidet sich die Steuerhinterziehung vom Steuerbetrug bzw. vom Abgabebetrug dadurch, dass ein Steuerbetrug dann vorliegt, wenn die Hinterziehung entweder mittels Urkundenfälschung oder arglistigem Vorgehen begangen wurde. Im Unterschied zum Steuer- oder Abgabebetrug wird die Hinterziehung «nur» mit Busse, nicht aber mit einer Freiheitsstrafe sanktioniert.

²⁶ D. h. Abgabebetrug nach Art. 14 Abs. 2 VStrR, vgl. Art. 24 Abs. 1 IRSV.

²⁷ Swiss-U.S. Income Tax Treaty, Update 2004, Swiss-American Chamber of Commerce, 316.

²⁸ Dazu Fn. 31.

²⁹ Z. B. die Herausgabe von Vermögenswerten (Art. 63 Abs. 2 Bst. d IRSG), dazu BERNASCONI, Kommentar, 348, oder die Anwesenheit ausländischer Beamter bei Rechtshilfehandlungen (Art. 65a IRSG).

1. Exkurs zu den Bilateralen II, OECD und neuen DBA

Die Rechtsgrundlagen der steuerlichen Amts- und Rechtshilfe erfuhren in der jüngsten Vergangenheit eine erhebliche Ausweitung. Während sich die Rechtshilfe in Steuersachen bislang im Wesentlichen auf das IRSG, das EUeR sowie die bilateralen Rechtshilfeabkommen abstützte, beruhte die steuerliche Amtshilfe im Wesentlichen auf den von der Schweiz abgeschlossenen DBA. Amtshilfe aufgrund von DBA hat die Schweiz bis vor wenigen Jahren nur geleistet, wenn die Informationen für die Durchführung der Abkommensbestimmungen, nicht aber für die Zwecke der Durchsetzung des innerstaatlichen Rechts des anderen Vertragsstaates benötigt wurden.³⁰ Eine Ausnahme war von Anbeginn im DBA mit den USA vorgesehen.³¹ Im Zuge der Bilateralen II mit der EU kamen drei Abkommen hinzu, die eine wesentliche Ausweitung der Amts- und Rechtshilfe mit sich bringen. Eine erhebliche Erweiterung der Amtshilfe erfolgte im Weiteren durch den Abschluss neuer und die Revision bestehender DBA. Dabei wurde die schweizerische Amtshilfepraxis auch massgeblich von den Entwicklungen in der OECD geprägt.

Das *Abkommen über die Betrugsbekämpfung*³² ermöglicht die Amts- und Rechtshilfe einschliesslich Zwangsmassnahmen im Bereich der indirekten

³⁰ Sog. kleine Auskunftsklausel.

³¹ Das DBA-US von 1951 enthielt eine Amtshilfebestimmung für «*Betrugsdelikte und dergleichen*». Diese Bestimmung wurde im revidierten Abkommen von 1996 übernommen und ausgebaut. Das Protokoll zum revidierten DBA-US umschreibt den Begriff «Betrugsdelikte und dergleichen» im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum IRSG. In einer separaten Vereinbarung vom 23. Januar 2003 hielten die zuständigen Behörden anhand von 14 Fallbeispielen fest, was sie unter «Betrugsdelikten und dergleichen» verstehen. Der Sachverhalt des in der Verständigungsvereinbarung aufgeführten Fallbeispiels 12 ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht zwangsläufig als Abgabebetrug zu qualifizieren, vgl. dazu Fn. 134. Zu weiteren Aspekten vgl. auch HOLENSTEIN, AJP, 1049.

³² Nachfolgend Betrugsabkommen genannt (Abkommen vom 26. Oktober 2004 über die Zusammenarbeit zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits zur Bekämpfung von Betrug und sonstigen rechtswidrigen Handlungen, die ihre finanziellen Interessen beeinträchtigen [mit Schlussakte] vom 26. Oktober 2004; SR 0.351.926.81). Vom Parlament am 17. Dezember 2004 genehmigt, Bundesbeschluss über die Genehmigung des bilateralen Abkommens zwischen der Schweiz einerseits und der EG und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Betrugsbekämpfung, 7183. Das Abkommen wurde bisher durch 9 Mitgliedstaaten ratifiziert, für welche das Inkrafttreten im April 2009 erfolgt ist.

Steuern,³³ Subventionen und Delikte im öffentlichen Beschaffungswesen. Neu ist, dass eine Steuerhinterziehung ausreicht, um Amts- und Rechtshilfe zu leisten. Zwangsmassnahmen³⁴ werden unter den gleichen Voraussetzungen gewährt wie nach schweizerischem Recht in einem nationalen Verfahren, sofern ein entsprechender Durchsuchungsbefehl der zuständigen Behörde des ersuchenden Staates bzw. ein Rechtshilfeersuchen vorliegt. Allerdings können Zwangsmassnahmen abgelehnt werden, wenn der hinterzogene Betrag EUR 25'000 nicht übersteigt.³⁵ Die direkten Steuern sind nicht Gegenstand des Abkommens. Das Spezialitätsprinzip sorgt dafür, dass die im Rahmen der Rechtshilfe ans Ausland übermittelten Informationen nicht für Verfahren im Bereich der direkten Steuern verwendet werden können.³⁶

Nach dem *Schengener Assoziierungsabkommen*³⁷ wird bei Fiskaldelikten Rechtshilfe (nicht aber Amtshilfe) gewährt, ohne dass zwischen Abgabenhinterziehung und Abgabebetrug unterschieden würde. Neu ist auch, dass beim Abgabebetrug im Bereich der Verbrauchsteuern, der Mehrwertsteuern und des Zolls die Auslieferung möglich ist.³⁸ Im Unterschied zu den Amts- bzw. Rechtshilfebestimmungen im Abkommen über die Betrugsbekämpfung³⁹ bzw. in den DBA⁴⁰ wird einem Rechtshilfeersuchen und damit auch

³³ Zollabgaben, Mehrwertsteuern, besondere Verbrauchssteuern auf Alkohol, Tabak, Mineralöl usw.

³⁴ D. h. Hausdurchsuchungen, Zeugeneinvernahmen oder die Einsicht in Bankkonten.

³⁵ Die Bagatellgrenze ist dann nicht zu beachten, wenn die Tat wegen ihrer Art oder wegen der Person des Verdächtigen von der ersuchenden Vertragspartei als sehr schwerwiegend betrachtet wird (Art. 3 Abs. 1 Betrugsabkommen).

³⁶ Es ist allerdings nicht zu verkennen, dass es in der Praxis sehr schwierig sein dürfte, einen Verstoß gegen das Spezialitätsprinzip nachzuweisen. Zweifel an der Einhaltung des Spezialitätsprinzips durch die deutschen Behörden bringt die EStV in einer Verlautbarung vom 6. Februar 2004 an, vgl. LOCHER ET AL., DBA, B Anhang III Nr. 36.

³⁷ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands vom 26. Oktober 2004, in Kraft formell seit 1. März 2008 und operationell seit 12. Dezember 2008; SR 0.360.268.1.

³⁸ Unter dem IRSG ist eine Auslieferung bei Abgabebetrug nicht möglich. In der neuen Rechtsprechung besteht aber die Tendenz, Fiskalvergehen als gemeinrechtlichen Betrug zu qualifizieren, wodurch die Auslieferung ermöglicht wird, vgl. BGer 1A.297/2005 vom 13. Januar 2008.

³⁹ Das Betrugsabkommen gilt nach Art. 46 für Ersuchen wegen Straftaten, die mindestens sechs Monate nach seiner Unterzeichnung begangen wurden.

einem Auslieferungsbegehren selbst dann Folge gegeben, wenn es sich um zurückliegende Tatbestände handelt.

Amtshilfe leistet die Schweiz auch aufgrund des *Zinsbesteuerungsabkommens*.⁴¹ Dieses Abkommen sieht vor, dass die zuständigen Behörden der Schweiz⁴² und der Mitgliedstaaten für die unter das Abkommen fallenden Erträge Informationen über Handlungen austauschen, welche nach den Rechtsvorschriften des ersuchten Staates als Steuerbetrug gelten oder ein ähnliches Delikt darstellen.⁴³ Als «ähnlich» gelten ausschliesslich Delikte, die nach den Rechtsvorschriften des ersuchten Staates denselben Unrechtsgehalt wie Steuerbetrug aufweisen. Das Verfahren richtet sich nach dem in den DBA mit den Mitgliedstaaten festgelegten Verfahren. Die Amtshilfebestimmung des Zinsbesteuerungsabkommens hat bis heute keine praktischen Auswirkungen gezeitigt. Von erheblicher Bedeutung ist demgegenüber das Einverständliche Memorandum zum Zinsbesteuerungsabkommen.⁴⁴ Darin verpflichtet sich die Schweiz, in ihre DBA mit EU-Staaten eine Amtshilfebestimmung aufzunehmen, welche den Informationsaustausch hinsichtlich der von den jeweiligen DBA erfassten Einkünfte vorsieht. Vorausgesetzt wird, dass ein «Steuerbetrug oder ähnliches Delikt» vorliegt.⁴⁵

⁴⁰ Mit Ausnahme des DBA-US wird nach den DBA Amtshilfe nur geleistet, wenn die Betrugsdelikte nach der Unterzeichnung des DBA bzw. des Änderungsprotokolls oder später begangen wurden.

⁴¹ SR 0.641.926.81.

⁴² Zuständige Behörde der Schweiz ist der Direktor der Eidgenössischen Steuerverwaltung. Seitens der Mitgliedstaaten ist die zuständige Behörde i. d. R. der Finanzminister oder ein Beauftragter.

⁴³ Art. 10 Abs. 1 Zinsbesteuerungsabkommen.

⁴⁴ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über Regelungen, die den in der Richtlinie 2003/48/EG des Rates im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen festgelegten Regelungen gleichwertig sind (mit Anhängen und Memorandum), 6559.

⁴⁵ Nummer 2 des Einverständlichen Memorandums. Der Begriff «Steuerbetrug» und «ähnliches Delikt» ist in Art. 10 Abs. 1 Zinsbesteuerungsabkommen enthalten. Als «ähnlich» gelten danach ausschliesslich Delikte, die nach dem Recht des ersuchten Staates denselben Unrechtsrechtsgehalt wie Steuerbetrug aufweisen. Nach der hier vertretenen Auffassung weist eine Tathandlung, welche nicht als Steuerbetrug qualifiziert werden kann, nicht denselben Unrechtsgehalt wie ein Steuerbetrug auf. Dies ergibt sich daraus, dass der schweizerische Gesetzgeber auch einer schweren Steuerhinterziehung nicht denselben Unrechtsrechtsgehalt wie einem Steuerbetrug beimisst und demzufolge unterschiedliche Sanktionen vorsieht (Busse für Steuerhinterziehung, Busse und Gefängnis für Steuerbetrug). Dadurch, dass Amtshilfe auch für ein «ähnliches

Einen wesentlichen Anstoss zur Ausweitung der schweizerischen Amtshilfe in Steuersachen gab auch die *OECD*. Im Rahmen der Arbeiten zu den sogenannten «schädlichen Steuerpraktiken» und im Bankgeheimnisbericht erklärte sich die Schweiz bereit, bei Holdinggesellschaften und Steuerbetrug Amtshilfe auch zum Zwecke der Durchsetzung des innerstaatlichen Rechts des anderen Vertragsstaates zu leisten.⁴⁶ Die *OECD* hat seither eine revidierte Fassung des Art. 26 über die Amtshilfe in ihr Musterabkommen aufgenommen. Diese Bestimmung wird häufig als sogenannter «*OECD*-Standard» bezeichnet, um diejenigen Staaten, welche diesen Standard in ihrer Amtshilfepraxis nicht übernommen haben,⁴⁷ zu massregeln.⁴⁸

Delikt» gewährt wird, erscheint der in der Botschaft zu den Bilateralen II enthaltene Hinweis auf die beidseitige Strafbarkeit fraglich (vgl. Botschaft zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen [«Bilaterale II»], 6212). Denn die Strafbarkeit eines «ähnlichen Delikts» ist nach schweizerischem Recht im Bereich der direkten Steuern eben gerade nicht vorgesehen. Es ist allerdings festzuhalten, dass die praktischen Auswirkungen bisher in Grenzen gehalten werden konnten. Eine nähere Betrachtung derjenigen DBA, welche im Zuge des Zinsbesteuerungsabkommens revidiert wurden und Fallkategorien von «ähnlichen Delikten» enthalten (Fn. 49 und 50), führt zum Schluss, dass sich diese Fallkategorien deutlich von den «klassischen» Hinterziehungsfällen unterscheiden.

⁴⁶ Improving Access to Bank Information for Tax Purposes, *OECD*, Paris 2000 (Amtshilfe bei Steuerbetrug), The *OECD*'s Project on Harmful Tax Practices, The 2004 Progress Report, *OECD*, Paris 2004 (Amtshilfe bei Holdinggesellschaften). In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass im Falle von Steuerbetrug, nicht aber bei Holdinggesellschaften, auch bankgeheimnisgeschützte Informationen ausgetauscht werden.

⁴⁷ Belgien, Luxemburg, Österreich und die Schweiz haben gegen Absatz 5 dieser Bestimmung einen Vorbehalt eingelegt, vgl. aber Fn. 51.

⁴⁸ Der deutsche Finanzminister Peer Steinbrück benutzte in diesem Zusammenhang den bildhaften Ausdruck «Zuckerbrot und Peitsche». In der Diskussion um den sog. *OECD*-Standard wird geflissentlich übersehen, dass die *OECD* in allen Bestimmungen des Musterabkommens «Standards» setzt, diese aber nicht zwingend sind. Ein Staat, welcher mit einer Bestimmung des *OECD*-Musterabkommens nicht einverstanden ist, kann dies mit einem Vorbehalt kundtun, ohne dadurch zur «*persona non grata*» zu werden. Bei der Amtshilfe scheinen andere Regeln zu gelten. An einem Treffen von rund der Hälfte der *OECD*-Mitgliedstaaten (ohne Teilnahme der USA und der Schweiz) vom 21. Oktober 2008 in Paris wurde von den Teilnehmern unverhohlen gefordert, dass sämtliche *OECD*-Staaten bei der Amtshilfe den sog. «*OECD*-Standard» übernehmen müssen und andernfalls drastische Massnahmen gegen nicht willige Staaten zu ergreifen seien. Deutschland hat solche Massnahmen zwischenzeitlich in einem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Finanzen vom 13. Januar 2009 konkretisiert, vgl. NZZ Nr. 14 vom 19. Januar 2009, 11. Darin ist u. a. Folgendes vorgesehen:

Aufgrund der gegenüber der EU und der OECD eingegangenen Verpflichtungen hat die Schweiz inzwischen eine Reihe von DBA mit OECD- sowie EU-Staaten revidiert bzw. neue DBA abgeschlossen, welche eine entsprechende erweiterte Amtshilfebestimmung enthalten.⁴⁹ Es soll hier darauf hingewiesen werden, dass diese Amtshilfebestimmungen weitgehend gleich oder ähnlich sind, zum Teil aber dennoch Unterschiede aufweisen, die praktische Auswirkungen haben können.⁵⁰ Über die Aufnahme von Amtshilfebe-

Zahlungen, welche ein deutsches Unternehmen an Personen in Staaten, welche gegenüber Deutschland keine dem Art. 26 des OECD-Musterabkommens in der Fassung von 2005 entsprechende Amtshilfe leisten, sollen nicht oder nur unter gewissen Voraussetzungen zum Abzug zugelassen werden; die volle oder teilweise Steuerentlastung von der Kapitalertragsteuer auf Dividenden soll den Anteilseignern in solchen Staaten nicht mehr gewährt werden; deutsche Unternehmen sollen das Schachtelprivileg für Dividenden aus solchen Staaten nicht mehr geltend machen können. Der Gesetzesvorschlag wurde inzwischen zwar gemildert, doch würde dessen Umsetzung für Länder, welche auf die «Schwarze Liste» gesetzt werden, nach wie vor erhebliche Nachteile bringen. Sollte die Gesetzesvorlage verabschiedet und die Schweiz auf die vorgesehene «schwarze Liste» gesetzt werden, so würde Deutschland damit klar gegen den in der OECD in langwierigen Verhandlungen getroffenen Kompromiss verstossen, der dazu geführt hat, dass die Schweiz nicht auf der Liste der Länder mit schädlichen Steuerpraktiken aufgeführt ist.

⁴⁹ Deutschland, Finnland, Frankreich (noch nicht in Kraft), Grossbritannien, Malta (noch nicht in Kraft), Niederlande (noch nicht in Kraft), Norwegen, Österreich, Spanien, Türkei (noch nicht in Kraft).

Eine neue Tendenz ist darin zu sehen, dass ähnliche Amtshilfebestimmungen auch in DBA mit Staaten ausserhalb der OECD und der EU aufgenommen wurden: Chile (noch nicht in Kraft), Costa Rica, Kolumbien (noch nicht in Kraft), Südafrika (noch nicht in Kraft), Taiwan (noch nicht in Kraft).

⁵⁰ Sämtlichen Amtshilfebestimmungen (Ausnahme DBA-US) ist gemeinsam, dass der Informationsaustausch in jedem Fall einen direkten Zusammenhang zwischen dem betrügerischen Verhalten und dem Begehren um Amtshilfe voraussetzt. Demnach wird zwischen der sogenannten Ersttat und der Zweittat unterschieden. Während die Ersttat das eigentliche Betrugsdelikt darstellt, handelt es sich bei der Zweittat um die Anlage der aus dem Betrugsdelikt stammenden Mittel. Informationen dürfen nur ausgetauscht werden, wenn sich das Amtshilfeersuchen auf die Ersttat bezieht. Ein buchführungspflichtiger Unternehmer etwa, der Zahlungen von Kunden nicht verbucht und diese Mittel privat verwendet, begeht einen Steuerbetrug (Ersttat). Legt er diese – zu Unrecht ins Privatvermögen übergeführten – Mittel nun bei einer Bank an, ohne sie zu deklarieren, so handelt es sich dabei um eine Zweittat, für welche grundsätzlich keine Amtshilfe geleistet wird. Denn die Nichtversteuerung von Mitteln des Privatvermögens stellt i. d. R. keinen Steuerbetrug dar.

Unterschiede bestehen in den DBA bei der Umschreibung des amtshilfefähigen Delikts. In den meisten DBA wird ein «Betrugsdelikt» bzw. ein «Steuerbetrug», in einzel-

stimmungen in die schweizerischen DBA sowie über deren Ausgestaltung bestehen politisch seit eh und je unterschiedliche Auffassungen, denen die schweizerische Verhandlungsführung nebst den Forderungen der internationalen Gremien Rechnung zu tragen hat.⁵¹

nen DBA mit EU-Staaten dagegen bloss ein «Betrugsdelikt und ähnliche Delikte» verlangt. Der Unterscheidung zwischen «Betrugsdelikt» und «Steuerbetrug» einerseits und «ähnlichen Delikten» andererseits kommt deshalb Gewicht zu, weil die beidseitige Strafbarkeit bei «ähnlichen Delikten» regelmässig nicht vorausgesetzt wird. Grundsätzlich ist es daher möglich, dass als «ähnliche Delikte» auch Tatbestände erfasst werden, die nach schweizerischem Recht kein Steuervergehen darstellen (aber z. B. einen ähnlichen Unrechtsgehalt aufweisen), vgl. Fn. 45.

Es stellt sich im Weiteren die Frage, welche schweizerische Rechtsnorm dem Begriff «Betrugsdelikt» bzw. «Steuerbetrug» entspricht. In der Botschaft zur Revision des DBA mit Österreich wird dazu ausgeführt, dass als Betrugsdelikt ein betrügerisches Verhalten anzusehen ist, welches nach dem Recht beider Staaten als Steuervergehen gilt und mit Freiheitsstrafe bedroht ist. Aufgrund des Grundsatzes der beidseitigen Strafbarkeit komme Amtshilfe demzufolge nur in Betracht, wenn eine Tat, wäre sie in der Schweiz begangen worden, einen Steuerbetrug nach schweizerischem Recht darstellt. Ein Steuerbetrug nach schweizerischem Recht setzt eine Steuerhinterziehung, verbunden mit einer Urkundenfälschung voraus (Art. 186 DBG). Es ist aber nicht zu verkennen, dass neben dem DBA-US auch andere DBA einen weiteren Begriff des «Steuerbetrugs» bzw. «Betrugsdelikts» verwenden und damit auch den Abgabebetrug einschliessen. Nach Ziff. 5 des Schlussprotokolls zu Art. 25^{bis} des DBA mit Spanien wird ein betrügerisches Verhalten u. a. dann angenommen, wenn sich ein Steuerpflichtiger zur Täuschung der Steuerbehörden eines Lügengebäudes bedient oder zu bedienen beabsichtigt.

⁵¹ Aus der jüngsten Zeit zu erwähnen ist die Motion der SVP Fraktion vom 12. Juni 2008 (08.3355), mit welcher der Bundesrat beauftragt wird, nur OECD-Mitgliedstaaten eine erweiterte Amtshilfe zu gewähren. Demgegenüber vertritt die SP Fraktion in ihrem Postulat vom 26. Mai 2008 (08.3244) die Auffassung, dass «die den USA gewährte weite Interpretation von Steuerbetrug als generelle Praxis in der Rechts- und Amtshilfe gegenüber allen Staaten zur Anwendung» gebracht wird.

Die kürzlichen Ereignisse zeigen, dass der Bundesrat das Heft für die Amtshilfepolitik nicht allein in der Hand hält. Zu erwähnen sind insbesondere die Bestrebungen der EU-Kommission, gegen «unkooperative Jurisdiktionen» vorzugehen, vgl. NZZ Nr. 53, vom 5. März 2009, 21. Weiteres Ungemach droht von Seiten der G-20-Staaten, welche im Hinblick auf ihr Treffen vom 2. April 2009 ebenfalls drohten, eine «schwarze Liste» zu erstellen und gegen die darin aufgeführten Staaten Sanktionen zu verhängen. Exponenten der G-20-Staaten stellten u. a. auch der Schweiz in Aussicht, auf die ominöse Liste gesetzt zu werden, falls sie nicht bereit sei, den sog. OECD-Standard (vgl. Fn. 48) zu übernehmen. Im Gleichschritt mit Luxemburg, Österreich und anderen Staaten beilegte sich der Bundesrat darauf, am 13. März 2009 eine Erklärung abzugeben. In seiner eher diffusen Erklärung teilte der Bundesrat mit, «dass die Schweiz den OECD-Standard bei der Amtshilfe in Steuersachen gemäss Art. 26 des OECD-Musterabkommens

II. Fishing Expeditions

Was eine unzulässige Fishing Expedition (*enquête à la pêche*, Beweisausforschung) ist, schien lange Zeit klar. Ein Ersuchen muss einfach ausgedrückt das militärische Meldewesen «wer, wann, wo, was» erfüllen. Eine Suche aufs Geratewohl ist unzulässig.⁵² Aufgrund der Praxis der Amtshilfe in Börsensachen, welche Ersuchen aufgrund eines sog. Anfangsverdachts zulässt,⁵³ stellt sich die Frage, ob der Einwand der unzulässigen Fishing Expedition überhaupt noch zulässig ist.⁵⁴

Im Bereich der Rechtshilfe scheint die gesetzliche Regelung soweit klar: Ein Ersuchen muss gemäss IRSG und RVUS den Gegenstand und Grund des Ersuchens, die rechtliche Bezeichnung der Tat und Angaben über die Person des Angeschuldigten beinhalten.⁵⁵ Das Bundesgericht hat kürzlich entschieden, dass ein Ersuchen aus Brasilien, das lediglich behauptet, die Angeschuldigten besäßen Geld in der Schweiz, ohne dass ein Konnex mit der

übernehmen will. Das erlaubt, den Informationsaustausch im Einzelfall auf konkrete und begründete Anfrage mit anderen Ländern auszubauen.» <<http://www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=de&msg-id=25863>>.

Präziser war die Erklärung des österreichischen Finanzministeriums. In der Mitteilung des österreichischen Finanzministeriums vom 13. März 2009 wird festgehalten, dass entsprechend der mit der OECD getroffenen Klarstellung ein konkreter Verdacht auf ein Steuervergehen vorliegen muss, damit Informationen weitergeleitet werden. <<https://www.bmf.gv.at/Presse/Mrz/9458.htm>>. Die Erklärung des Bundesrats scheint bewirkt zu haben, dass die Schweiz vorderhand nicht auf einer «schwarzen Liste» erscheinen wird, NZZ Nr. 67, vom 21./22. März 2009, 21. Es wird nun abzuwarten sein, welche Ergebnisse die schweizerische Verhandlungsdelegation in den bevorstehenden Revisionverhandlungen mit Staaten, welche eine Neuregelung des Art. 26 wünschen, erzielen wird. Sollte danach die Amtshilfe zu weit gehen, ohne diese mit Konzessionen des anderen Staates zu verknüpfen, so wäre damit zu rechnen, dass das Parlament einem solchen Abkommen die Zustimmung versagen könnte oder das fakultative Referendum ergriffen würde. Dies würde bedeuten, dass das Schweizer Volk über die Genehmigung des Abkommens abstimmen könnte. Der Bundesrat und die schweizerische Verhandlungsdelegation dürften daher gut beraten sein, nur zu einer Lösung Hand zu bieten, welche auch Chancen hat, umgesetzt zu werden. Dazu gehört ein ausgewogenes Verhandlungsergebnis, d. h. schweizerischen Gegenforderungen muss ebenfalls Rechnung getragen werden.

⁵² BERNASCONI, *Quadratur des Zirkels*, 101-103.

⁵³ Neuerdings etwa: Bundesverwaltungsgericht B-1589/2008 vom 2. Juni 2008; vgl. EBK-Bulletin 51/2008, 191-200.

⁵⁴ Vgl. auch den Leading Case BGE 125 II 65.

⁵⁵ Art. 28 IRSG, Art. 29 RVUS.

(angeblichen) Straftat behauptet wird, nicht rechtshilfefähig ist.⁵⁶ Demgegenüber kann ein Rechtshilfeersuchen, das sich über den Namen der untersuchten Person nicht äussert, ausnahmsweise rechtshilfefähig sein,⁵⁷ gemäss Wegleitung des BJ etwa bei unbekannter Täterschaft.⁵⁸ In diesem Zusammenhang ist zu fordern, dass die übrigen Umstände im Ersuchen umso konkreter beschrieben sind, um Fishing Expeditions einen Riegel zu schieben.

Anders verhält es sich im Bereich der Amtshilfe in Börsensachen: Da die SEC eine Marktaufsichtsfunktion wahrnimmt, muss sie nur einen Anfangsverdacht betreffend Insidertransaktionen geltend machen. Dafür genügt, dass im Vorfeld einer Ad-hoc-Mitteilung Transaktionen getätigt wurden.⁵⁹ Die SEC muss in diesem Fall keine Namen der mutmasslichen Insider nennen. Das Bundesverwaltungsgericht hat kürzlich bestätigt, dass die an den kritischen Transaktionen Beteiligten den Anfangsverdacht klarerweise und entscheidend entkräften müssen, ansonsten die Amtshilfe zu gewähren ist.⁶⁰

Anderes gilt auch für Amtshilfeersuchen in Steuersachen: Die DBA mit erweiterter Amtshilfe⁶¹ enthalten regelmässig Bestimmungen zu den inhaltlichen Anforderungen des Amtshilfeersuchens. Dabei wird ausdrücklich festgehalten, dass die Amtshilfe keine Massnahmen einschliesst, die der blossen Beweisforschung dienen.⁶² Demgegenüber fehlt im DBA-US eine entsprechende Bestimmung. Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem viel beachteten Urteil kürzlich entschieden, dass ein amerikanisches Ersuchen ohne Namensnennung amtshilfefähig sei.⁶³ Der Umstand, so das Urteil, ob einem Einzelnen oder einer Vielzahl von Steuerpflichtigen ein Abgabebe-

⁵⁶ BGer 1A.125/2003 vom 15. Juli 2003.

⁵⁷ ZIMMERMANN, *Coopération*, 167.

⁵⁸ Wegleitung BJ, 28.

⁵⁹ ZULAUF/BURCKHARDT, *Nachbesserung*, 377-378.

⁶⁰ Bundesverwaltungsgericht B-7195/2008 vom 27. Januar 2009, E. 5.

⁶¹ Vgl. Fn. 49.

⁶² Vgl. u. a. Bst. a des Protokolls zu Art. 27 DBA-D. Im Bericht der Expertenkommission für ein Bundesgesetz über Steuerstrafrecht und internationale Amtshilfe in Steuersachen wird ausgeführt, dass der Amtshilfebestimmung im DBA-D Modellcharakter für die Verhandlungen mit anderen DBA-Staaten zukommt (36, <<http://www.estv.admin.ch/d/dokumentation/publikationen/dok/steuerstrafrecht/bericht.pdf>>). Dazu auch WALDBURGER, *Praxis*, 434.

⁶³ Bundesverwaltungsgericht A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5. März 2009, E. 4.5 (S. 28-30).

trug vorgeworfen werde, spiele keine Rolle.⁶⁴ Der Entscheid überzeugt kaum. Wie bei der Rechtshilfe ist auch bei der Amtshilfe im (Ausnahme-) Fall eines Verfahrens gegen unbekannt zu verlangen, dass die Anforderungen an die Sachverhaltsdarstellung umso konkreter sein müssen, um unzulässige Fishing Expeditions zu verhindern. Das gilt insbesondere, falls ein Fischzug gegen eine grosse Anzahl von Bankkunden gemacht wird. Es kann daher nicht ausreichen, wenn das Amtshilfeersuchen als Gegenstand der Untersuchung lediglich in allgemeiner Form sämtliche US-Klienten einer bestimmten Bank und mit ihnen verbundene Scheingesellschaften bezeichnet.⁶⁵ Nach der hier vertretenen Auffassung erscheint es daher problematisch, einem Amtshilfeersuchen, das lediglich eine Tathandlung beschreibt, welche von einer Vielzahl von Personen begangen worden sein kann und damit sozusagen flächendeckend Informationen zu beliebigen Personen einholt, stattzugeben.⁶⁶

Auch das im Dezember 2008 zwischen den USA und Liechtenstein geschlossene Abkommen über die Zusammenarbeit in Steuersachen und den diesbezüglichen Informationsaustausch hält fest, dass das Ersuchen die Identität des untersuchten Steuerzahlers nennen muss.⁶⁷ Damit ist auch ge-

⁶⁴ Bundesverwaltungsgericht A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5. März 2009, E. 4.5 (S. 30).

⁶⁵ Bezeichnenderweise verlangt der IRS trotz der Herausgabe von 255 Kundendossiers der UBS zusätzlich weitere 52'000 Kundendossiers, NZZ am Sonntag vom 22. Februar 2009, 29. Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5. März 2009 ist geeignet den IRS geradezu einzuladen, ein Ersuchen bezüglich den weiteren 52'000 Kundendossiers nachzureichen, da Ersuchen ohne Namensnennung eine beliebige Anzahl Personen erfassen können.

⁶⁶ BERNASCONI, Quadratur des Zirkels, 101, zitiert ein Urteil der Beschwerdekammer des Tessiner Kantonsgerichts vom 3. September 1992, dem insoweit ein vergleichbarer Sachverhalt zugrunde lag, als die Namen der 42 Angeklagten zwar bekannt waren, jedoch die Tathandlung nicht spezifiziert war. Aus diesem Grunde wurde die Aktenherausgabe über die Bankkonten verwehrt. BERNASCONI, Kommentar, 267, hebt die besonders hohe Gefahr der Beweisausforschung hervor, wenn es um die Verfolgung von Steuerdelikten geht, bei denen ein hinreichender Verdacht auf Steuer- bzw. Abgabebezug vorliegen muss. Kritisch zur «Amtshilfe ohne Namensnennung» auch NZZ Nr. 66, vom 20. März 2009, 13.

⁶⁷ «Article 5: Exchange of Information Upon Request. [...] 2. Any request for information made by a party shall be framed with the greatest degree of specificity possible. In all cases, such requests shall specify in writing the following: (a) the identity of the taxpayer whose tax or criminal liability is at issue» <<http://www.treas.gov/press/releases/reports/us%20liechtenstein%20tiea.pdf>>.

sagt, dass einem US-Amtshilfeersuchen, welches im Rahmen des QI-Verfahrens gestellt wird und keine Namen der betroffenen Steuerpflichtigen enthält, von den Liechtensteinischen Behörden grundsätzlich nicht stattzugeben wäre. Des ungeachtet halten die US-Behörden in diesem Zusammenhang fest, dass Liechtenstein aufgrund dieses Abkommens bzw. dessen Umsetzung weiterhin als «eligible QI jurisdiction» qualifiziert werde.⁶⁸

III. «Vorhilfe»

Es ist eine Selbstverständlichkeit, dass ausländische und schweizerische Behörden sich auf generell-abstrakter Basis austauschen, namentlich um bestehende «Amts- und Rechtshilfekanäle» zu verbessern. So ist es durchaus wünschenswert und erlaubt, dass das BJ eine Checkliste für Rechtshilfeersuchen publiziert⁶⁹ bzw. ausländischen Behörden zur Verfügung stellt.

Eine andere Frage ist, ob es wünschenswert und erlaubt ist, wenn schweizerische Behörden in einem konkreten Fall ausländischen Behörden aktive Beratung anbieten und leisten. Die Unterstützung kann etwa in folgenden Handlungen bestehen:

- generelle Unterhaltungen über einen konkreten Fall per Telefon oder vor Ort, bei der ausländischen oder schweizerischen Behörde⁷⁰

⁶⁸ «As part of the signing of the TIEA, the United States is extending Liechtenstein's treatment as an eligible Qualified Intermediary (QI) jurisdiction until December 31, 2009. This one-year extension is intended to provide Liechtenstein with time to enact the legislation necessary for full implementation of the TIEA. If Liechtenstein fully implements the TIEA by the end of 2009, Liechtenstein's QI status will be renewed for the standard six-year term. The QI program generally allows financial institutions that are located in an eligible QI jurisdiction to enter into an agreement with the IRS in which the foreign financial institution assumes certain documentation and withholding responsibilities in exchange for simplified information reporting for its non-U.S. account holders.» <<http://www.treas.gov/press/releases/hp1320.htm>>.

⁶⁹ Wegleitung BJ, 49-50.

⁷⁰ So berichtete die NZZ im Sommer 2008 unter der Überschrift «Eine Schweizer Delegation will in Washington UBS-Probleme klären» unter anderem Folgendes: «Soweit zurzeit bekannt ist, gehören der Delegation offizielle Vertreter des Bundesamtes für Justiz, des Eidgenössischen Finanzdepartements und der Eidgenössischen Bankenkommision an. Der Zweck der Reise ist nicht auf Anhieb klar, besteht doch sowohl in Bezug auf die Amts- wie auch auf die Rechtshilfe zwischen den beiden Staaten ein reichhaltiges Regelwerk», NZZ Nr. 143, vom 21./22. Juni 2008, 19.

- Vorprüfung des Entwurfs des Ersuchens: Hinweise auf Mängel des Ersuchens wie fehlende Präzisierungen betr. Gegenstand und Grund des Ersuchens, rechtliche Bezeichnung der Tat (doppelte Strafbarkeit), Angaben über die untersuchten Personen oder betr. Sachverhalt; oder auch Hinweise auf offensichtliche Widersprüche und Lücken

Obwohl es ab und zu ein offenes Geheimnis ist, dass «Vorhilfe» im vorgenannten Sinn geleistet wurde, gibt es keine Lehrmeinung zur Thematik. Unzulässig erschiene in jedem Falle eine «Vorhilfe» in folgendem Sinne:

- Vorprüfung des Entwurfs des Ersuchens. Hinweise zur Optimierung des Ersuchens wie Frage nach den Namen der wirtschaftlich Berechtigten sowie Zeichnungsbevollmächtigten; Einfügen einer Catch-all Klausel, wonach die Bank alles edieren soll, was für die ausländische Untersuchung relevant sein könnte;⁷¹ oder auch Ergänzung, wonach der Bank eine Schweigepflicht auferlegt werden soll
- vollständiges oder weitgehendes «Diktat» des Ersuchens durch die schweizerische Behörde
- offene oder versteckte Aufforderung, den Sachverhalt unzutreffenderweise derart darzustellen, dass er amts- und rechtshilfefähig wird (z. B. als Betrug bzw. Steuerbetrug) mit dem Hinweis, dass die Sachverhaltsdarstellung von schweizerischen Behörden und Gerichten nicht überprüft wird⁷²

Bei einer Vorhilfe im konkreten Fall ist der Bankkunde betroffen. Es stellt sich deshalb die Frage nach der Dokumentationspflicht und der Dossierführung. Im Sinne der Rechtsstaatlichkeit müsste der betroffene Bankkunde mittels Akteneinsicht nachvollziehen können, ob und in welchem Ausmass Vorhilfe geleistet wurde (keine «Schattendossiers»).

⁷¹ Dazu Fn. 109.

⁷² BGE 115 Ib 68 S. 78-81.

⁷³ Dies ergibt sich auch daraus, dass Informationen erst dann an die ersuchende Behörde weitergeleitet werden dürfen, wenn Rechtsmittel, welche gegen eine entsprechende Schlussverfügung eingelegt wurden, rechtskräftig erledigt sind. Andernfalls würde die aufschiebende Wirkung nach Art. 80I IRSG unterlaufen. Dasselbe gilt unter der VO DBA-US: Art. 20k Abs. 3 sieht ebenfalls die aufschiebende Wirkung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vor. Das Einverständliche Memorandum zum DBA-US sieht zwar unter Ziff. 1 vor, «dass die Anstrengungen zur Anwendung und Durchsetzung des

IV. Unbeteiligte Dritte

Nachdem der «unbeteiligte Dritte» («tiers non-impliqué») anlässlich der Revision des IRSG im Jahre 1996 aus dem Gesetz gestrichen worden ist, stellt sich die Frage, ob es den unbeteiligten Dritten überhaupt (noch) gibt, bzw. ob und inwiefern er geschützt wird.

Die Frage, wer unbeteiligter Dritter ist, ist so alt wie die Rechtshilfe. Sie stellte sich zum ersten Mal unter dem RVUS aus dem Jahre 1973.⁷⁴ Es entwickelte sich die Praxis, wonach der Dritte durch die Bank oder den Bankkunden zu informieren ist und der Dritte der STA Beweise zu seiner Entlastung vorlegen und so den Alibi- bzw. Entlastungsbeweis erbringen konnte.⁷⁵ LIONEL FREI, der «Ziehvater» der Rechtshilfe, hält dazu fest: «Gilt ein Dritter als unbeteiligt, werden sein Name und die ihn betreffenden Angaben aus den Unterlagen entfernt, bevor sie dem amerikanischen Justizdepartement übermittelt werden.»⁷⁶ Ähnlich äussert sich SCHAAD im Bereich der Amtshilfe: «[...] es handelt sich um einen unbeteiligten Dritten. Übermittelt die EBK trotzdem Informationen, welche Namen unbeteiligter Dritter enthalten, ist der Text zu anonymisieren und [sind] die betreffenden Namen abzudecken.»⁷⁷

Im IRSG aus dem Jahre 1981⁷⁸ wurde die Stellung und das Verfahren mit unbeteiligten Dritten weiter entwickelt. Der Begriff des unbeteiligten Dritten ist nicht etwa eine Schuldfrage. Insbesondere ist es nicht so, dass nur der Name der untersuchten Person an die ausländischen Behörden weitergeleitet werden dürfte. Wer eine besondere sachliche Beziehung zur Tat hat, scheidet als unbeteiligter Dritter aus.⁷⁹ Umgekehrt sind Namen von Personen, welche mit der Tat offensichtlich nichts zu tun haben, aus den Akten zu entfernen und nicht an die ausländische Behörde weiterzuleiten.⁸⁰ Bei der Revision des IRSG im Jahre 1996 wurde der entsprechende Art. 10 allerdings

Steuerrechts beider Vertragsstaaten in grösstmöglicher Weise unterstützt werden.» Diese Unterstützung muss sich aber selbstverständlich im erwähnten rechtlichen Rahmen halten.

⁷⁴ Art. 10 Abs. 2 RVUS. Dazu MOREILLON ET AL., *Commentaire Romand Entraide*, N 6-12 zu art. 10 TEJUS.

⁷⁵ FREI, SJK 67, 43-44.

⁷⁶ FREI, SJK 67, 46.

⁷⁷ SCHAAD, *Basler Kommentar*, N 72 zu Art. 38 BEHG.

⁷⁸ Art. 10 IRSG.

⁷⁹ BGE 120 Ib 251 S. 254 f.; 112 Ib 462 S. 464; 105 Ib 418.

⁸⁰ BERNASCONI, *Droits et devoirs*, 365-367.

ersatzlos gestrichen. Die Botschaft äussert sich zur Streichung nicht, da diese initial nicht vorgesehen war.⁸¹ Interessant ist, dass das BG-RVUS, das im Jahre 1996 ebenfalls revidiert und an das IRSG angepasst wurde, mehrfach auf den unbeteiligten Dritten Bezug nimmt.⁸² Die Existenz bzw. der Schutz des unbeteiligten Dritten ergibt sich im Übrigen – auch nach Revision des IRSG – aus dem Grundsatz, dass die schweizerische Vollzugsbehörde nur jene Unterlagen ins Ausland weiterleiten soll, welche mit dem Rechtshilfeersuchen etwas zu tun haben.⁸³

Das Börsengesetz aus dem Jahre 1995 sieht den Schutz des «unverwickelten» Dritten explizit vor.⁸⁴ Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung des Begriffs an der Rechtsprechung zum unbeteiligten Dritten unter dem IRSG inspiriert⁸⁵. Als unverwickelter Dritter im Zusammenhang mit Insiderdelikten kommt nur in Frage, wer einen klaren und unzweideutigen (schriftlichen) Vermögensverwaltungsauftrag erteilt hat und auch sonst keine Umstände darauf hinweisen, dass der Bankkunde in irgendeiner Form an der verdächtigen Transaktion beteiligt ist.⁸⁶ Auch anlässlich der Revision des Börsengesetzes im Jahre 2005 wurde der explizite Schutz von unverwickelten Dritten erneut bzw. weiterhin gesetzlich verankert.⁸⁷ Gemäss neueren Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichts bleibt für den unbeteiligten Dritten allerdings wenig Raum.⁸⁸

Im Bereich der Amtshilfe in Steuersachen wird der unbeteiligte Dritte nicht erwähnt.⁸⁹ Insbesondere äussert sich die VO DBA-US nicht zu dieser

⁸¹ Botschaft betreffend die Änderung des Rechtshilfegesetzes und des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen sowie den Bundesbeschluss über einen Vorbehalt zum europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen, 1 ff. Dazu SCHWOB, SJZ, 169-171.

⁸² Art. 12 Abs. 2 sowie Art. 15a Abs. 2 BG-RVUS.

⁸³ BERNASCONI, Droits et devoirs, 366.

⁸⁴ Art. 38 Abs. 3 alt BEHG.

⁸⁵ BGer 2A.347/2001 vom 2. Oktober 2001, E. 5.

⁸⁶ BGer 2A.350/2000 vom 9. März 2001; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 7 N 259-261. SCHAAD, Basler Kommentar, N 127 zu Art. 38 BEHG; ZULAUF/BURCKHARDT, Nachbesserung, 385.

⁸⁷ Art. 38 Abs. 4 Satz 3 BEHG. Dazu SCHAAD, Basler Kommentar, N 72 zu Art. 38 BEHG.

⁸⁸ Bundesverwaltungsgericht B-2921/2008 vom 17. Juli 2008 (vgl. dazu EBK-Bulletin 51/2008, 201-208); Bundesverwaltungsgericht B-168/2008 vom 26. März 2008, E. 6.1; Bundesverwaltungsgericht B-2537/2008 vom 10. Juli 2008, E. 7.

⁸⁹ Das Zinsbesteuerungsgesetz enthält in Art. 10 Abs. 3 zwar eine Bestimmung, wonach Feststellungen über Dritte, die anlässlich einer Prüfung bei einer Zahlstelle gemacht werden, nur für die Durchführung des Steuerrückhalts und der freiwilligen Offenle-

Thematik und auch die Literatur, sowie die (ohnehin spärliche) Rechtsprechung, erwähnen den unbeteiligten Dritten nicht. Auch nicht in dem Sinne, dass es ihn nicht gibt. Nachdem sowohl der RVUS, das BG-RVUS und das BEHG den unbeteiligten Dritten explizit erwähnen und das Bundesgericht insbesondere den RVUS zur Auslegung der Amtshilfebestimmung im DBA-US heranzieht,⁹⁰ erscheint es als sachgerecht, auch im Bereich der Amtshilfe in Steuersachen Namen von Dritten, die offensichtlich nichts mit den vorgeworfenen Handlungen zu tun haben, nicht an den IRS zu übermitteln. Dabei ist derselbe (strenge) Massstab wie bei der Rechtshilfe und der Amtshilfe in Börsensachen anzusetzen.

V. Die Bank im Clinch

Die Bank, welche von der schweizerischen Vollzugsbehörde (EStV, FINMA, STA) mittels (Zwischen-)Verfügung über ein Amts- oder Rechtshilfeersuchen orientiert wird, kann selbst unter Druck geraten. Sie muss als obrigkeitlich konzessioniertes Institut bei der Edition gegenüber der Behörde das in sie gesetzte Vertrauen unter Beweis stellen. Gleichzeitig muss die Bank dem Kunden, dem sie qua Auftragsrecht verpflichtet ist, gerecht werden.⁹¹

Grundsätzlich hat die Bank die Pflicht, die (Zwischen-)Verfügung samt Ersuchen an den Kunden weiterzuleiten.⁹² Bei der *Orientierung des Kunden*⁹³ sollte die Bank auf folgende Punkte achten:

gung verwendet werden. Diese Bestimmung betrifft aber nicht die eigentliche Amtshilfe, sondern den Steuerrückbehalt und die freiwillige Offenlegung.

⁹⁰ Vgl. Kapitel II.

⁹¹ Das Bankgeheimnis ist im Umfang der Verfügung der Vollzugsbehörde selbstverständlich aufgehoben, diesbezüglich ist die Bank nicht im Clinch. BGE 125 II 83 (Amtshilfe); BGer 1A.234/2005 vom 31. Januar 2006 (Rechtshilfe).

⁹² Zirkular 740d der SBVg vom 30. Juni 1986, dazu BERNASCONI, *Droits et devoirs*, 380-381. Korrelat zur auftragsrechtlichen Pflicht ist das Recht der Bank, den Kunden gemäss Art. 80n IRSG zu orientieren, dazu MOREILLON ET AL., *Commentaire Romand Entraide*, N 3 zu art. 80n EIMP i. V. m. N 3-4 zu art. 80m EIMP. Bei der steuerlichen Amtshilfe ersucht die EStV die Bank, den Kunden aufzufordern, in der Schweiz einen Zustellungsbevollmächtigten zu bezeichnen (vgl. Art. 20c Abs. 4 VO DBA-US). Die EStV stellt die Zwischenverfügung sowie eine Kopie des Amtshilfeersuchens auch dem Kunden, der einen Zustellungsbevollmächtigten bezeichnet hat, zu (vgl. Art. 20e Abs. 1 VO DBA-US). Enthält das Amtshilfeverfahren – entgegen dem Grundsatz der unzulässigen Beweisausforschung – keine Namen von Beschuldigten, so kann die Aufforderung erst erfolgen, wenn die EStV aufgrund der Angaben der Bank festgestellt

- Bekanntgabe des Inhalts der Eintretensverfügung – bei deutschsprachigen Kunden kann die Verfügung beigelegt werden, bei fremdsprachigen Kunden sollte zudem deren Inhalt zusammengefasst werden.
- Hinweis, dass erst später – gegen die Schlussverfügung – Rechtsmittel ergriffen werden können und dass die Bank keine Rechtsmittel erheben wird. Aufforderung an den Kunden, einen lokalen Anwalt beizuziehen.⁹⁴ Bei der Orientierung ausländischer Bankkunden kann es vorteilhaft sein (Zeitgewinn, klare Verhältnisse), den Beizug eines lokalen Anwalts, mit dem Bankkunden telefonisch vorzubesprechen und anschliessend den Anwalt direkt (für den Kunden) zu orientieren.
- Zustellung durch eingeschriebene Sendung, Beilage eines Rückscheins. Besondere Probleme ergeben sich für die Bank bei der Orientierung, wenn die Korrespondenz des Kunden banklagernd gehalten wird.⁹⁵ Denkbar ist hier die telefonische Kontaktierung des Kunden mit der Bitte um Rückruf. Problematisch ist etwa auch der Fall, wenn die Kundenbeziehung bereits seit längerer Zeit abgebrochen und die aktuelle Kundenadresse unbekannt ist. Das Problem akzentuiert sich, wenn es sich beim Bankkunden um eine inzwischen liquidierte Gesellschaft handelt. Hier ist die Kontaktierung des wirtschaftlich Berechtigten zu prüfen.⁹⁶

Ohne Zweifel die unangenehmste Konstellation für Bank und Bankkunde ist die folgende: Die Vollzugsbehörde (EStV, FINMA, STA) auferlegt der Bank – aufgrund eines entsprechenden Begehrens im Amts- bzw. Rechtshilfeersuchen – eine *Schweigepflicht*.⁹⁷ Naturgemäss kann sich der Kunde nicht zur

hat, in welchen Fällen sich der Verdacht auf das Vorliegen eines Abgabebetrugs erhärtet hat.

⁹³ Dazu auch SCHAAD, Basler Kommentar, N 115 zu Art. 38 BEHG.

⁹⁴ BERNASCONI, Droits et devoirs, 380-381.

⁹⁵ BERNASCONI, Droits et devoirs, 377.

⁹⁶ Der wirtschaftlich Berechtigte kann, wenn die Gesellschaft liquidiert ist, zur Ergreifung von Rechtsmitteln legitimiert sein, Kapitel VII.

⁹⁷ BGE 131 I 425; BERNASCONI, Droits et devoirs, 378-380; BERNASCONI, Quadratur des Zirkels, S. 95-96; BUTTLIGER, SJZ, 377 ff. Kritisch SCHAAD, Basler Kommentar, N 115 zu Art. 38 BEHG. Art. 20e Abs. 1 VO DBA-US sieht vor, dass die EStV der «betroffenen Person», d. h. dem Bankkunden, keine Kenntnis von der Zwischenverfügung gibt, wenn im amerikanischen Amtshilfeersuchen ausdrücklich die Geheimhaltung verlangt

Wehr setzen, da er zufolge Schweigepflicht nichts erfährt, und die Legitimation der Bank zur Ergreifung von Rechtsmitteln wurde in den vergangenen Jahren radikal gekürzt.⁹⁸ Diese Massnahme (Schweigepflicht) darf nur bei schwerwiegenden Straftaten (organisiertes Verbrechen, internationaler Drogenhandel, erpresserische Freiheitsberaubung und Entführung etc.) getroffen werden und nur, wenn Flucht- oder Kollusionsgefahr besteht.⁹⁹ Die Schweigepflicht ist sobald wie möglich wieder aufzuheben, damit der betroffene Bankkunde Rechtsmittel ergreifen kann.¹⁰⁰ Kürzlich hat das Bundesgericht entschieden, dass die Weiterdauer der Informationssperre nach knapp einem Jahr unverhältnismässig sei.¹⁰¹

Über die Praxis der bei der *Edition von Bankunterlagen* an die Vollzugsbehörde besteht keine Rechtsprechung und keine gefestigte Lehre. Die Bank muss auch hier einen eleganten Kurs segeln, um im gesetzlich vorprogrammierten Loyalitätskonflikt zwischen Behörde und Kunde bestehen zu können. Falls der Bank keine Schweigepflicht auferlegt worden ist, sollte sie, um Auseinandersetzungen mit Vollzugsbehörden oder Kunden zu vermeiden, auf folgende Punkte achten:

- Eine Herausgabe der Bankunterlagen an die Vollzugsbehörde sollte erst erfolgen, nachdem der Kunde über die Verfügung und das Amts- bzw. Rechtshilfeersuchen orientiert wurde. Der Kunde ist auf Verlangen zu orientieren, welche Unterlagen an die Vollzugsbehörden ediert werden bzw. wurden.

wird. Entsprechende Bestimmungen enthalten auch Art. 18 Abs. 1 ZBstG sowie die Verordnungen zu den DBA mit erweiterter Amtshilfe. Die EStV scheint daraus abzuleiten, dass sie der Bank eine Schweigepflicht auferlegen kann.

⁹⁸ Bei der Rechtshilfe und der Amtshilfe in Börsensachen wurde die Legitimation der Bank grundsätzlich aufgehoben, bei Fn. 122-124. Bei der steuerlichen Amtshilfe fehlt der Bank die Möglichkeit, eine mittels Zwischenverfügung auferlegte Schweigepflicht anzufechten. Jede der Schlussverfügung vorangehende Verfügung ist sofort vollstreckbar und kann nur zusammen mit der Schlussverfügung angefochten werden (Art. 20k Abs. 4 VO DBA-US). Ob die EStV der Bank eine solche Schweigepflicht auferlegen kann, lässt sich weder aus den DBA noch aus den entsprechenden Verordnungen herleiten.

⁹⁹ FREI, SJK 67a, 63-64.

¹⁰⁰ FREI, SJK 67a, 64.

¹⁰¹ BGE 131 I 425 S. 435-436. Das Bundesgericht dazu wörtlich: «Eine unbefristete strafbewehrte Informationssperre wäre auch als schwerer Eingriff in die Wirtschafts- und Kommunikationsfreiheit der betroffenen Bank anzusehen, der einer ausdrücklichen formellgesetzlichen Grundlage bedürfte».

- Die Bank soll jene Dokumente an die Vollzugsbehörde herausgeben, welche explizit in der Verfügung bezeichnet werden, diesbezüglich hat die Bank keinen Spielraum.¹⁰² Grundsätzlich darf die Bank aber auch nicht überschüssend Auskunft erteilen und Dokumente edieren, nach welchen nicht gefragt wurde (keine anderen Konti/Depots, kein grösserer Zeitabschnitt, kein wirtschaftlich Berechtigter oder Zeichnungsbevollmächtigter, falls nur nach dem Kontoinhaber gefragt wird). Scharfsinnige ausländische Behörden fügen deshalb rechtlich fragwürdige Catch-all Klauseln in ihre Ersuchen und fordern die Bank auf alles zu edieren, was für die ersuchende Behörde von Interesse sein kann. Solche Auffangtatbestände sind je nachdem unzulässige Fishing Expeditions.¹⁰³
- Bei besonders delikaten Fällen und in jenen Fällen, in welchen die Bankunterlagen qua Hausdurchsuchung¹⁰⁴ erhoben werden, empfiehlt sich je nachdem ein Siegelungsbegehren seitens der Bank.¹⁰⁵

Weiteres Ungemach droht der Bank, falls im Zusammenhang mit dem Amts- oder Rechtshilfeersuchen im Ausland nicht nur gegen Bankkunden, sondern auch gegen *Bankangestellte* oder -organe ermittelt wird. Dadurch können sich weitere Zielkonflikte ergeben. In der Regel ist es ratsam, den Bankangestellten möglichst frühzeitig durch einen eigenen Anwalt vertreten zu lassen. In der Praxis ist es üblich, dass die Gesellschaft die «Abwehrkosten» des Angestellten vorschiesst und – falls keine Verurteilung erfolgt – letztlich auch übernimmt.

Zudem hat sich in gewissen Fällen eine unheilvolle Paarung von ausländischen Rechtshilfeersuchen mit schweizerischen Geldwäschereiverfahren entwickelt. Dies etwa dann, wenn sich im Rahmen des Vollzugs herausstellt, dass ein Bankangestellter das Formular A falsch ausgefüllt oder anderweitig gegen das GwG bzw. gegen Art. 305^{ter} StGB verstossen hat (bei der Amtshil-

¹⁰² Dazu Fn. 97.

¹⁰³ Zu den sog. Fishing Expeditions Kapitel II.

¹⁰⁴ Obwohl die Amtshilfe in Steuersachen nur bruchstückhaft geregelt ist, wird die Durchsuchung von Räumen in der VO DBA-US (Art. 20g) explizit vorgesehen.

¹⁰⁵ Dazu BGE 126 II 495 S. 495-506; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht, 353; MOREILLON ET AL., Commentaire Romand Entraide, N 12-20 zu art. 9 EIMP; SCHMID, Strafprozessrecht, 271-272.

fe ist noch keine derartige Tendenz ersichtlich). Bei rechtshilfeweisen Einvernahmen von Bankangestellten ist in diesem Zusammenhang folgendes zu beachten:

- Die dem Bankangestellten in der Vorladung angesetzte Frist zum Erscheinen beträgt im Allgemeinen nur wenige Tage und ist zu kurz, um zu beurteilen, ob der Bankangestellte später möglicherweise in ein Geldwäschereiverfahren involviert werden könnte und vom Zeugen zur Auskunftsperson und später zum Beschuldigten mutiert.
- Sofern die ausländischen Behörden an der Zeugeneinvernahme teilnehmen,¹⁰⁶ ist darauf zu achten, dass bei der Vorlegung von Bankbelegen die ausländischen Behörden den Raum zu verlassen haben oder zumindest soweit zurückzutreten haben, dass sie die Belege nicht einsehen können (sogenannte «Freistoss-Szene»¹⁰⁷). Damit wird sichergestellt, dass die ausländischen Behörden nicht bankgeheimnisgeschützte Informationen erhalten, bevor eine rechtskräftige Schlussverfügung vorliegt.¹⁰⁸
- Stets ist darauf zu achten, dass der Staatsanwalt das Heft in der Hand hält¹⁰⁹ und dass die ausländischen Behörden keine Fragen direkt an den Zeugen richten dürfen; sie haben im Übrigen lediglich das Recht auf Ergänzungsfragen. Eigentliche Amtshandlungen von ausländischen Behörden, wie z. B. die direkte Befragung des Zeugen, selbstständige Protokollierung oder Aufzeichnung

¹⁰⁶ Art. 12 Abs. 3 RVUS; Art. 26 BG-RVUS; Art. 65a IRSG.

¹⁰⁷ Bei der Amtshilfe unter den DBA bzw. dem Zinsbesteuerungsabkommen ist eine Anwesenheit ausländischer Beamter bei Untersuchungsmassnahmen nicht vorgesehen und damit auch nicht zulässig. Eine derartig weitgehende Massnahme dürfte nicht in analoger Anwendung des IRSG bzw. des RVUS getroffen werden, sondern müsste auf einer eigenen gesetzlichen Grundlage beruhen. Demgegenüber erlaubt Art. 30 des Betrugsabkommens die Anwesenheit ausländischer Beamter. Diese haben Zugang zu allen Unterlagen. Die einzige Beschränkung liegt darin, dass sie diese erst dann als Beweise verwenden dürfen, wenn rechtskräftig über die Übermittlung der Unterlagen entschieden worden ist. Die ausländischen Beamten müssen also beim Verlassen der Schweiz die ihnen zugänglich gemachten Informationen quasi wieder vergessen.

¹⁰⁸ Art. 65a Abs. 3 IRSG.

¹⁰⁹ Wegleitung BJ, 36.

der Zeugeneinvernahme für die spätere Verwendung etwa vor US-Gerichten, verstossen gegen Art. 271 StGB.¹¹⁰

VI. Wer kann sich wehren (Legitimation)

Wer zur Ergreifung von Rechtsmitteln legitimiert ist, steht im Bereich der Rechtshilfe sowie der Amtshilfe in Börsen- und Steuersachen mehr oder weniger fest. Bei der Amtshilfe in Steuersachen besteht noch keine gefestigte Praxis oder herrschende Lehre.

Zur Beschwerde legitimiert ist stets der Bankkunde bzw. *Kontoinhaber*, dies gilt bei der Rechtshilfe, unter dem IRSG¹¹¹ und dem BG-RVUS,¹¹² sowie bei der Amtshilfe, in Börsensachen¹¹³ wie in Steuersachen.¹¹⁴

Nach Rechtsprechung und herrschender Lehre nicht legitimiert ist der *wirtschaftlich Berechtigte*, weder bei der Rechtshilfe¹¹⁵ noch bei der Amtshil-

¹¹⁰ BGE 106 Ib 260 S. 261 ff.; 103 Ia 206 S. 214 ff.; VPB 46 (1982) S. 366 ff. (Nr. 68) S. 381; BEGLINGER, AJP, 916, 918; DE CAPITANI, ZSR, 440-444. Zu Art. 271 StGB auch Kapitel IX.

¹¹¹ Art. 80h lit. b IRSG i.V.m. Art. 9a IRSV. Dazu PETER, Zielkonflikte, 198-199.

¹¹² Art. 17a BG-RVUS.

¹¹³ Art. 38 Abs. 5 BEHG. Dazu Botschaft zur Änderung der Bestimmung über die internationale Amtshilfe im Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 10. November 2004, 6767.

¹¹⁴ Beschwerdelegitimiert ist die «betroffene Person» (Art. 20j Abs. 2 VO DBA-US). Der Begriff «betroffene Person» ist in der VO DBA-US nicht umschrieben. Im Bericht der Expertenkommission für ein Bundesgesetz über Steuerstrafrecht und internationale Amtshilfe in Steuersachen (vgl. Fn. 62) handelt es sich bei der «betroffenen Person» um jede Person, deren Eigeninteressen von einer Rechtshilfemassnahme betroffen ist (84 f.). Solche Personen sind insbesondere (i) die Personen, gegen die ein ausländisches Strafverfahren eröffnet wurde, (ii) die Personen, gegen die zwar kein ausländisches Strafverfahren eröffnet wurde, die jedoch trotzdem betroffen sein können, weil z. B. im ausländischen Ersuchen geltend gemacht wird, die Kontoinhaberin habe für die im Ausland beschuldigte Person treuhänderisch gehandelt, (iii) das Institut, bei dem sich die fraglichen Dokumente befinden (Informationsinhaberin). Art. 20k Abs. 2 VO DBA-US erwähnt ausdrücklich das Beschwerderecht des Informationsinhabers, soweit er eigene Interessen geltend machen kann. Dazu ist anzumerken, dass es auch im Interesse des Informationsinhabers sein kann, wenn keine Beschwerde erhoben wird. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn eine Bank vom ersuchenden Staat unilateral in die Bedrouille genommen wird und vor der Wahl steht, Informationen unter Verletzung des Bankgeheimnisses zu leisten oder – im Nichtleistungsfall – Sanktionen dieses Staates auf sich zu ziehen.

¹¹⁵ Kritisch dazu PETER, Zielkonflikte, 198-199.

fe.¹¹⁶ Wer, so das Bundesgericht, eine juristische Person als Kontoinhaberin vorschiebt, muss auch die Nachteile dieses Vorgehens in Kauf nehmen.¹¹⁷ Bei der Rechtshilfe wird die Legitimation ausnahmsweise bejaht, wenn eine juristische Person als Kontoberechtigte aufgelöst wurde¹¹⁸ und die Auflösung nicht rechtsmissbräuchlich erfolgte.¹¹⁹ Auch bei der Amtshilfe in Börsensachen wird die Legitimation des wirtschaftlich Berechtigten in der Praxis abgelehnt.¹²⁰ Bei der Amtshilfe in Steuersachen gilt der wirtschaftlich Berechtigte dagegen i. d. R. als «betroffene Person» und ist daher beschwerdelegitimiert.¹²¹

Die Legitimation der *Bank* zur Beschwerdeführung wurde im Bereich der Rechtshilfe anlässlich der Revision des IRSG im Jahre 1996 abgeschafft.¹²² Die Legitimation der Bank ist wohl auch bei der Rechtshilfe gemäss RVUS abzulehnen.¹²³ Im Bereich der Amtshilfe in Börsensachen ist die Legitimation der Bank mit der Revision des BEHG im Jahre 2005 aufgehoben worden.¹²⁴ Bei der Amtshilfe in Steuersachen dagegen ist die Legitimation der Bank explizit gesetzlich verankert.¹²⁵ Bei der steuerlichen Amtshilfe muss die Bank eigene Interessen geltend machen, um beschwerdelegitimiert zu sein.¹²⁶

Personen, die in den Kontounterlagen erwähnt werden, mithin auch (unbeteiligte) *Dritte*, sind bei der Rechtshilfe unter dem RVUS zur Beschwerdeführung legitimiert,¹²⁷ nicht jedoch bei der Rechtshilfe gemäss

¹¹⁶ BGer 2A.352/2000 vom 9. März 2001, E. 3a; BGer 2A.595/1998 vom 10. März 1999, E. 1; BGer 2A.118/1998 vom 29. Oktober 1998; BGE 125 III 65. Dazu ZULAUF/BURCKHARDT, Nachbesserung, 386.

¹¹⁷ BGE 123 II 153 S. 157.

¹¹⁸ BGer 1A.60/2000 vom 22. Juni 2000, E. 2.c.

¹¹⁹ BGE 123 II 153 S. 157.

¹²⁰ BGer 2A.352/2000 vom 9. März 2001, E. 3a; BGer 2A.595/1998 vom 10. März 1999, E. 1; BGer 2A.118/1998 vom 29. Oktober 1998; BGE 125 III 65. Dazu ZULAUF/BURCKHARDT, Nachbesserung, 386.

¹²¹ Vgl. Fn. 114.

¹²² BGE 128 II 211. Kritisch PETER, Zielkonflikte, 199-200.

¹²³ Art. 17a BG-RVUS ist identisch mit Art. 80h lit. b IRSG.

¹²⁴ Art. 38 Abs. 5 BEHG, Botschaft zur Änderung der Bestimmung über die internationale Amtshilfe im Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 10. November 2004, 6763, 6767.

¹²⁵ Art. 20k Abs. 2 VO DBA-US.

¹²⁶ Art. 20k Abs. 2 VO DBA-US und entsprechende Bestimmungen in anderen Verordnungen zu DBA mit erweiterter Amtshilfeklausel, Art. 24 Abs. 2 ZBstG.

¹²⁷ Art. 12 Abs. 2 sowie Art. 15a Abs. 2 BG-RVUS.

IRSG.¹²⁸ Bei der Amtshilfe in Börsen- und Steuersachen besteht diesbezüglich keine Praxis oder Lehre.¹²⁹ Da die Existenz des unbeteiligten Dritten staatsvertraglich und gesetzlich nach wie vor anerkannt wird,¹³⁰ ist diesen Personen in Analogie zum BG-RVUS¹³¹ die Legitimation zur Beschwerdeführung zuzuerkennen.

VII. Beschwerdegründe (Abgabebetrug versus Steuerhinterziehung)

In den letzten Jahren hat sich der Grundsatz «in dubio pro Amts- und Rechtshilfe» immer mehr durchgesetzt. Es stellt sich die Frage, welche Beschwerdegründe heute erfolgreich vorgetragen werden können. Im Zusammenhang mit der Anfechtung der *Zulässigkeit der Amts- und Rechtshilfe* stehen folgende Beschwerdegründe im Vordergrund:

- Fehlen der sogenannt doppelten Strafbarkeit: Das im Ausland mutmasslich begangene Delikt wäre in der Schweiz, falls hier begangen, nicht strafbar.¹³² Dieser Grundsatz gilt primär bei der Rechtshilfe, ist jedoch auch bei der Amtshilfe relevant. Im Bereich des Steuerrechts geht es grundsätzlich darum, ob der im Ersuchen vorgetragene Sachverhalt als *Steuer- oder Abgabebetrug (und nicht als blosse Steuerhinterziehung)* qualifiziert wird.^{133,134} Im Be-

¹²⁸ Pra. 89/2000 Nr. 133 E. 1.e.

¹²⁹ Bei der Amtshilfe in Steuersachen wird der unbeteiligte Dritte zwar nicht erwähnt. Wenn aber ein bisher unbeteiligter Dritter Gefahr läuft, aufgrund der gewährten Amtshilfe selber Gegenstand eines Steuer- oder Strafverfahrens zu werden, müsste ihm als «betroffener Person» ein Beschwerderecht zuerkannt werden.

¹³⁰ Dazu Kapitel IV.

¹³¹ Art. 12 Abs. 2 sowie Art. 15a Abs. 2 BG-RVUS.

¹³² Ausführlich dazu POPP, Grundzüge, 133-167; vgl. auch Kasuistik bei ZIMMERMANN, Coopération, 405-421. Vgl. dazu aber auch bei Fn. 35.

¹³³ Dazu BGer 2A.233/2003 vom 22. Dezember 2003, sowie BGer 2A.250/2001 vom 6. Februar 2002. Bezüglich der Amtshilfebestimmung im DBA-US «Betrugsdelikte und dergleichen», vgl. bei Fn. 31. Vgl. aber auch die Ausführungen betreffend gewisse DBA, welche den Grundsatz der beidseitigen Strafbarkeit in Bezug auf «ähnliche Delikte» nicht enthalten, vgl. Fn. 49-50 sowie das Betrugsabkommen, welches Amtshilfe im Bereich der indirekten Steuern auch für Steuerhinterziehung vorsieht, vgl. bei Fn. 32-36.

¹³⁴ Im Zusammenhang mit den neuesten Vorkommnissen stellt sich insbesondere die Frage, wie das Verhalten von US-Steuerpflichtigen, welche im Zuge der Einführung des QI-Systems im Jahre 2001 ihre nicht deklarierten US-Wertschriften in Offshore-Gesell-

reich des Börsenrechts ist der Ausgangspunkt für Ersuchen regelmässig eine Abklärung wegen Insidertransaktionen oder Marktmanipulationen.¹³⁵

schaften einbrachten, zu qualifizieren ist, wenn diese Gesellschaften im Formular W-8BEN bestätigten, nutzungsberechtigte Empfänger der US-Erträge zu sein. Dazu ist anzumerken, dass nach der Rechtsprechung das Errichten einer Offshore-Gesellschaft, auch wenn sie einzig zum Zwecke hat, Vermögenswerte und daraus fliessende Erträge zu verstecken, nicht als Abgabebetrug zu qualifizieren ist (Bundesstrafgericht RR.2008.165 vom 28. Oktober 2008, rechtskräftig). Damit Arglist vorliegt, müssten weitere täuschende Elemente hinzukommen. In seinem Urteil vom 5. März 2009 bestätigt das Bundesverwaltungsgericht diesen Grundsatz (A-7342/2008 und A-7426/2008 E. 5.5.1, S. 39-42). Indem es im Wesentlichen die Argumentation der EStV übernimmt, kommt es in seinem Urteil aber zum Ergebnis, dass die Zwischenschaltung einer Offshore-Gesellschaft, verbunden mit dem QI-System, dann als arglistiges Verhalten zu qualifizieren ist, wenn der Anteilseigner die selbstständige rechtliche Identität der Offshore-Gesellschaft ignoriert und an deren Stelle agiert, obwohl er keinerlei formelle Organstellung innehat. Demgegenüber liege kein arglistiges Verhalten vor, wenn «das Spiel der juristischen Person gespielt wird», d. h. wenn der Anteilseigner eine Verletzung der Formalitäten und eine Vermischung der Rechtssphären vermeidet (E. 5.5.3.1-5.5.3.3, S. 54-57).

Ob das Verhalten derjenigen Anteilseigner, welche das «Spiel der juristischen Person» im Zusammenhang mit dem QI-System nicht spielen und das Konto der Offshore-Gesellschaft wie ihr eigenes Konto benützen, allgemein als arglistig zu qualifizieren ist, erscheint nach der hier vertretenen Auffassung fraglich. Denn um die US-Steuern zu verkürzen, muss das QI-Verfahren nicht in Anspruch genommen werden. Zu diesem Zwecke kann das Depot ohne weiteres bei einer Nicht-QI-Bank eröffnet werden. Diesfalls bleiben die Erträge dem US-Fiskus in gleicher Weise verborgen und es wäre ebenfalls die US Withholding Tax von 30 % einzubehalten. Bei beiden Gestaltungen könnte zwar geltend gemacht werden, dass die auf US-Persons anwendbare US Backup Withholding Tax und nicht die ordentliche Withholding Tax von 30 % hätte abgeführt werden müssen. Diese Argumentation dürfte aber nicht mehr greifen, seit der Steuersatz der US Backup Withholding Tax 28 % beträgt! Hinzu kommt, dass in dem Zeitraum, in welchem die US Backup Withholding Tax 31 % betrug, aufgrund der geringen Differenz von 1 % zur ohnehin abgeführten Withholding Tax in den meisten Fällen kein erheblicher Betrag vorliegen dürfte. Ein erheblicher Betrag ist aber Voraussetzung für die Gewährung der Amtshilfe (vgl. EStV vom 3. Mai 1990 in Bezug auf die Amtshilfe, LOCHER ET AL., DBA, a.a.O., B Anhang III Nr. 19). MARKEES vertritt die Auffassung, dass ein Betrag von weniger als CHF 20'000 hinterzogener Abgaben kaum als erheblich im Sinne von Artikel 14 Absatz 2 VStrR angesehen werden kann. Als Richtschnur kann auch ein Betrag von EUR 25'000 genommen werden (vgl. Art. 3 Abs. 1 Betrugsabkommen). Für weitergehende Überlegungen zu den Amtshilfefällen USA vgl. BEHNISCH, Jusletter, 1 ff. und SCHWEIZER, Jusletter, 1 ff.

¹³⁵ Die Strafbarkeit von Insidertransaktionen ist in Art. 161 StGB, jene von Marktmanipulationen in Art. 161^{bis} StGB geregelt.

- Das Ersuchen enthält offensichtliche Irrtümer, Widersprüche oder Lücken. Dieser Grundsatz wurde in der Rechtshilfepraxis vom Bundesgericht immer wieder bestätigt.¹³⁶ Er gilt zweifellos auch für die Amtshilfe in Steuer- und Börsensachen. Es gibt allerdings nur wenige Fälle, in welchen ein Ersuchen vom Bundesgericht im genannten Sinne als unzulässig bezeichnet wurde. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang ein Entscheid aus dem Jahre 1990, in welchem das Bundesgericht festhielt, dass im Falle von Abgabebetrug die ersuchende Behörde hinreichende Verdachtsmomente darlegen muss, damit ihrem Gesuch entsprochen werden kann. Zu denken sei an Indizien wie Zeugenaussagen und Urkunden, welche geeignet sind, die Angaben der ersuchenden Behörde wenigstens in dem Sinne objektiv zu erhärten, dass diese nicht völlig haltlos erscheinen.¹³⁷
- Vorliegen einer Fishing Expedition: Das Rechtshilfeersuchen ist nicht genügend spezifiziert oder lediglich auf Ausforschung gerichtet.¹³⁸ Der Einwand der Fishing Expedition wird vom Bundesverwaltungsgericht nicht zugelassen, wenn im Amtshilfeersuchen betreffend Abgabebetrug oder Insidervergehen konkrete Angaben über Beschuldigte und deren Konti fehlen.¹³⁹
- Bei der Amtshilfe in Börsensachen konnte bis zum Jahre 2007 geltend gemacht werden, die SEC erfülle das Vertraulichkeitsprinzip nicht, da die übermittelten Informationen als sog. Litigation Releases über das Internet weltweit jedermann zugänglich gemacht werden.¹⁴⁰ Aufgrund der Revision des BEHG ist der genannte Beschwerdegrund hinfällig, da im revidierten BEHG¹⁴¹ die Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren explizit vorbehalten bleiben und der Amtshilfe nicht entgegenstehen.¹⁴²

¹³⁶ BGE 125 II 250 E. 5b S. 257; 118 Ib 111 E. 5b S. 121 f.; 117 Ib 64 E. 5c S. 88.

¹³⁷ BGE 116 Ib 96 S. 102-105.

¹³⁸ POPP, Grundzüge, 72.

¹³⁹ Vgl. Kapitel II.

¹⁴⁰ BGE 126 II 126 S. 142.

¹⁴¹ Art. 38 Abs. 2 lit. b BEHG.

¹⁴² BGer 2A.13/2007 vom 3. September 2007, E. 4 (EBK-Bulletin 50/2007, 91, 102-103).

Im Zusammenhang mit der *Weiterleitung von Vollzugsakten* stehen folgende Beschwerdegründe im Vordergrund:

- Die Schlussverfügung ist gegenüber den im Ersuchen verlangten Auskünften überschüssend – sogenanntes «Übermassverbot». Das Bundesgericht hat in den vergangenen Jahren den Einwand des Übermasses stark eingeschränkt, die Vollzugsbehörde darf heute letztlich alles an die ausländische Behörde weiterleiten, was ihr nützlich erscheint.¹⁴³ Im Rahmen der Amtshilfe in Börsensachen lässt das Bundesgericht die Anrufung des Übermassverbotes kaum je gelten.¹⁴⁴ Zulässig ist insbesondere, dass die EBK der ausländischen Behörde im Rahmen der sog. spontanen Amtshilfe¹⁴⁵ zusätzliche, nicht verlangte Unterlagen – etwas über die Identität des wirtschaftlich Berechtigten – weiterleitet. Umgekehrt werden Informationen, welche nicht direkt im Zusammenhang mit den Transaktionen stehen, für welche die Information verlangt wurde – z. B. weitere Guthaben oder Wertschriftenpositionen – nicht übermittelt.¹⁴⁶ Bezüglich Amtshilfe in Steuersachen verlangt das Bundesgericht von der EStV, dass sie vor Übermittlung der Dokumente an den ersuchenden Staat prüft, ob diese zum Beweis des im Amtshilfegesuch geäusserten Verdachts geeignet sind. Eine Übermittlung ist nur zulässig, wenn die im Zeitpunkt des Entscheids über das Gesuch feststehenden Tatsachen den Verdacht auf Betrugsdelikte und dergleichen erhärten.¹⁴⁷ Dabei reicht es nach der Rechtsprechung aus, wenn die übermittelten Aktenstücke «potentiell erheblich» sind.¹⁴⁸

¹⁴³ BGE 122 II 370 E. 2; 121 II 241 S. 243. Anders noch BGE 118 1b 125 S. 128; 116 Ib 96 S. 105-106; 115 Ib 373; BERNASCONI, Droits et devoirs, 396-398; BERNASCONI, Quadratur des Zirkels, 103; POPP, Grundzüge, 274-276.

¹⁴⁴ BGE 126 II 409 S. 421; 125 II 65 S. 74-75; BERNASCONI, Quadratur des Zirkels, 103; HARARI, 122-123.

¹⁴⁵ Dazu Fn. 164.

¹⁴⁶ Botschaft zur Änderung der Bestimmung über die internationale Amtshilfe im Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 10. November 2004, 6751.

¹⁴⁷ BGer 2A.608/2005 vom 10. August 2006, E. 2.

¹⁴⁸ BGer 2A.352/2005 vom 6. Januar 2006, E. 3: Dem IRS sind alle Unterlagen zu übermitteln, die sich möglicherweise auf den im Amtshilfeersuchen dargestellten Sachverhalt beziehen können. Nach BGer 2A.185/2003 vom 27. Januar 2004 ist es nicht zulässig,

- In der Verfügung werden Informationen bezüglich unbeteiligten Dritten begehrt – diese können den «Alibibeweis» erbringen.¹⁴⁹ Im Rahmen der Amtshilfe lässt das Bundesgericht die Anrufung des Alibibeweises¹⁵⁰ grundsätzlich nicht gelten, möglich ist nur (aber immerhin) der Nachweis, dass der Kontoinhaber einen schriftlichen Vermögensverwaltungsauftrag erteilt und tatsächlich keinen Einfluss auf die Depotführung genommen hat.¹⁵¹ Bezüglich Amtshilfe in Steuersachen fehlt Rechtsprechung und Literatur.

VIII. Spontane Amts- und Rechtshilfe

Es stellt sich die Frage, ob schweizerische Vollzugsbehörden (EStV, FINMA, STA) bzw. die Zentralstelle (BJ) den ersuchenden Behörden (IRS, SEC, DOJ) ohne entsprechendes Ersuchen Auskünfte auf dem Weg der Amts- oder Rechtshilfe erteilen können bzw. dürfen. Dies im Zeichen des kürzlich im Rahmen der Bilateralen II manifestierten Bekenntnisses der Schweiz, bei der Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität aktiv mitzuwirken.¹⁵²

Die spontane Rechtshilfe ist in Art. 67a IRSG geregelt. Im Bereich der Amtshilfe in Börsensachen hat das Bundesgericht seit einem Leitentscheid im Jahre 1998¹⁵³ wiederholt entschieden, dass eine spontane Amtshilfe zulässig ist, da Art. 38 BEHG gerade nicht ein ausdrückliches Amtshilfeersuchen voraussetze. Bei der erweiterten Amtshilfe unter den DBA sowie unter dem

wenn die EStV in ihrer Verfügung vorsieht, dass der IRS berechtigt sei, jederzeit Detailbelege zu den aufgeführten Kontoauszügen zu verlangen. Eine solche Edition erfordere eine neue Verfügung (E. 9). Dagegen kann die Übermittlung von Bankunterlagen zu Jahren, die mit den untersuchten Steuerjahren nicht übereinstimmen, erlaubt sein. Dies zumindest dann, wenn diese Unterlagen Hinweise für die steuerliche bzw. strafrechtliche Beurteilung der untersuchten Steuerjahre enthalten (E. 7.3).

¹⁴⁹ BERNASCONI, Droits et devoirs, 394-395.

¹⁵⁰ BGE 125 II 65; EBK-Bulletin 37/1999, 19 f.

¹⁵¹ Dazu Fn. 85.

¹⁵² Dazu Wolfgang Wohlers, Betrugsbekämpfung, in: Bilaterale Verträge I & II Schweiz - EU, Handbuch, Zürich 2007, 985-1027.

¹⁵³ BGE 125 II 65 S. 74-75. Die Praxis des Bundesgerichts wurde erst kürzlich bestätigt: Bundesverwaltungsgericht B-2921/2008 vom 17. Juli 2008, E. 7; (EBK-Bulletin 51/2008, 201, 207-208); BGer 2A.170/2006 vom 8. Mai 2006, E. 2.3.1. (EBK-Bulletin 49/2006, 105, 111-112); BGE 126 II 409 S. 421; BGer 2A.162/2001 vom 10. Juli 2001, E. 4c (EBK-Bulletin 42/2002, 97, 104).

Zinsbesteuerungsabkommen¹⁵⁴ ist eine spontane Amtshilfe nicht vorgesehen. Die DBA setzen vielmehr durchwegs ein ausdrückliches Ersuchen der zuständigen Behörden des ersuchenden Staates voraus.¹⁵⁵ Anders beim Betrugsabkommen. Dieses sieht ausdrücklich die Amtshilfe ohne Ersuchen vor.¹⁵⁶

Die Kautelen für die spontane Übermittlung von bankgeheimnisgeschützten Informationen unter Art. 67a IRSG sind:

- Durch die spontane Übermittlung, die ohne Wissen des Betroffenen erfolgt und entsprechend nicht beschwerdefähig ist,¹⁵⁷ darf der Rechtsschutz der betroffenen Bankkunden nicht unterlaufen werden. Aus diesem Grund dürfen keine Beweismittel, sondern nur (nicht beweisfähige) Informationen übermittelt werden.¹⁵⁸
- Die Informationen dürfen nur übermittelt werden, damit die ausländische Behörde ein Ersuchen stellen kann.¹⁵⁹
- Es muss ein Protokoll über die spontane Übermittlung erstellt werden,¹⁶⁰ unzulässig ist eine informelle bzw. spurlose telefoni-

¹⁵⁴ Art. 10 Abs. 1 Zinsbesteuerungsabkommen.

¹⁵⁵ Art. 26 Abs. 1 DBA-US. Sämtliche DBA mit erweiterter Amtshilfe enthalten analoge Bestimmungen. Bei der sog. «kleinen» Amtshilfe zur Durchführung der Abkommensbestimmungen kann dagegen ein Informationsaustausch unter gewissen Voraussetzungen ausnahmsweise auch ohne vorgängiges Ersuchen stattfinden. Als Beispiel kann etwa erwähnt werden, dass die Schweiz im Rahmen des DBA-US die Anträge auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer, welche von Personen mit amerikanischer Ansässigkeit gestellt werden, unaufgefordert an den IRS sendet. Damit wird die amerikanische Steuerbehörde in die Lage versetzt, die schweizerischen Kapitaleinkünfte in die Besteuerung einzubeziehen.

¹⁵⁶ Art. 20 Abs. 1 Betrugsabkommen.

¹⁵⁷ BGE 125 II 238 S. 247, 249; HAFFTER, AJP, 116 bei Fn. 4 und 117 bei Fn. 9; kritisch POPP, Grundzüge, 354.

¹⁵⁸ BGE 130 II 236 S. 245; 129 II 544 S. 547-548; 125 II 356 S. 367-368. HAFFTER, AJP, 116, 119-120; MOREILLON ET AL., Commentaire Romand Entraide, N 14 zu art. 67a EIMP; POPP, Grundzüge, 287-288; SCHWOB, SJZ, 169, 172-173; ZIMMERMANN, Coopération, 263.

¹⁵⁹ Art. 67a Abs. 5 IRSG; BGE 125 II 238 S. 246; MOREILLON ET AL., Commentaire Romand Entraide, N 20 zu art. 67a EIMP; POPP, Grundzüge, 355-356.

¹⁶⁰ Art. 67a Abs. 6 IRSG; BGE 125 II 238 S. 248; MOREILLON ET AL., Commentaire Romand Entraide, N 34 zu art. 67a EIMP.

sche «Berichterstattung».¹⁶¹ Ob der Betroffene später – falls die spontane Informationsübermittlung ein Ersuchen auslöst – in das Protokoll Einsicht hat, ist nicht geregelt. Die Frage dürfte zu bejahen sein.¹⁶²

Das Bundesgericht unterscheidet in den jüngsten Entscheiden zwei Formen der spontanen Übermittlung von Informationen unter Art. 67a IRSG:¹⁶³

- Die antizipierte spontane Übermittlung («anticipé»), welche *ohne* ein vorgängiges Rechtshilfeersuchen erfolgt.
- Die ergänzende spontane Übermittlung («complémentaire»), welche *nach* Eingang eines Rechtshilfeersuchens erfolgt.

Die spontane Übermittlung von bankgeheimnisgeschützten Informationen nach Eingang des Rechtshilfeersuchens ist gemäss Bundesgericht unzulässig, da eine Übermittlung von (förmlichen) Beweisen und Informationen nur durch Schlussverfügung erfolgen kann.¹⁶⁴ Paradoxerweise erfolgte bei der Amtshilfe in Börsensachen die spontane Übermittlung von Informationen soweit ersichtlich nicht antizipiert,¹⁶⁵ sondern stets ergänzend, im Rahmen eines laufenden Amtshilfeverfahrens, allerdings regelmässig im Rahmen einer (anfechtbaren) Schlussverfügung, quasi nach dem «Metzger-Prinzip: darf es noch etwas mehr sein».¹⁶⁶

Das Bundesgericht hat offenbar in den nicht veröffentlichten Erwägungen eines Entscheides vom 19. November 1986¹⁶⁷ festgehalten, dass eine Behörde sich durch die Anwendung der Bestimmungen des IRSG nicht auf-

¹⁶¹ BGE 125 II 238 S. 247. Fragwürdig BGE 130 II 236 S. 246, der die Missachtung des gesetzlichen Erfordernisses der schriftlichen Protokollierung im konkreten Fall als «omission regrettable» bzw. «défaut mineur» bezeichnete.

¹⁶² Da Amts- und Rechtshilfeverfahren Verwaltungsverfahren sind, richtet sich die Akteneinsicht nach Art. 26 VwVG. Es bestehen jedoch spezialgesetzliche Regelungen: Art. 80b IRSG, Art. 20e Abs. 3 VO DBA-US.

¹⁶³ BGE 130 II 236 S. 245; 129 II 544 S. 546-547; 125 II 356 S. 366.

¹⁶⁴ BGE 130 II 236 S. 245; 129 II 544 S. 547. Dazu ZIMMERMANN, AJP, 62, 65-66 sowie BEGLINGER, AJP, 916, 918-920; vgl. auch ZIMMERMANN, Coopération, 262.

¹⁶⁵ Die Möglichkeit einer selbstständigen bzw. antizipierten spontanen Übermittlung von bankgeheimnisgeschützten Informationen wird abgelehnt von SCHAAD, Basler Kommentar, N 96 zu Art. 38 BEHG.

¹⁶⁶ Bundesverwaltungsgericht B-2921/2008 vom 17. Juli 2008, E. 7; (EBK-Bulletin 51/2008, 201, 207-208); BGer 2A.170/2006 vom 8. Mai 2006, E. 2.3.1. (EBK-Bulletin 49/2006, 105, 111-112); BGE 126 II 409 S. 421; BGer 2A.162/2001 vom 10. Juli 2001, E. 4c (EBK-Bulletin 42/2002, 97, 104); BGE 125 II 65 S. 74-75.

¹⁶⁷ BGE 112 Ib 339.

grund von Art. 271 StGB strafbar machen kann, selbst wenn das Bundesgericht nachträglich die Rechtshilfehandlung als zu weitgehend erklären sollte.¹⁶⁸

Unzulässig ist jedenfalls die sogenannte «*entraide sauvage*» bzw. informelle Amts- und Rechtshilfe. Dabei wird vorzeitig, d. h. vor rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens, den ausländischen Behörden Einblick in die Vollzugsakten gewährt,¹⁶⁹ oder es werden den ausländischen Behörden informell Fotokopien der Vollzugsakten mitgegeben, bevor die Schlussverfügung rechtskräftig ist. Die vorzeitige bzw. informelle Rechtshilfe verstösst nicht nur gegen das Amtsgeheimnis, sondern auch gegen Art. 271 bzw. 273 StGB.¹⁷⁰

IX. Bedeutung von Art. 271 StGB

Ist Amts- oder Rechtshilfe nicht möglich oder wird diese bedeutend (aus Sicht der Bankkunden und deren Anwälte erfolgreich) verzögert, so hat dies nicht immer sein Bewenden. Nach Möglichkeit üben die amerikanischen Behörden Druck auf die schweizerische Bank und deren Angestellte bzw. Organe aus, um die gewünschten Informationen unilateral, d. h. ohne Hilfe der schweizerischen Behörden, zu beschaffen. So können Beugebussen, der Entzug der Lizenz zur Ausübung der Geschäftstätigkeit oder auch die Verhaftung von Angestellten und Organen angedroht werden.¹⁷¹

Bei der Beweisbeschaffung ausserhalb der Amts- und Rechtshilfekanäle sind die schweizerischen «Blocking Statutes»¹⁷² zu beachten, namentlich das Verbot selbstständiger Amtshandlungen. Nach Art. 271 Ziff. 1 StGB macht sich strafbar, wer in der Schweiz ohne Bewilligung Beweiserhebungen oder Zustellungen¹⁷³ für ein ausländisches Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren vornimmt.

¹⁶⁸ Wegleitung BJ, 11 Fn. 50; HAFFTER, AJP, 116 ff., 117 Fn. 9.

¹⁶⁹ POPP, Grundzüge, 59-60, 285-286.

¹⁷⁰ Zu Art. 271 und 273 StGB Kapitel IX-X.

¹⁷¹ Dazu Fn. 177.

¹⁷² Dazu ZULAUF, Blocking Statutes, 1075-1094. ZULAUF erwähnt in diesem Zusammenhang Art. 271 und 273 StGB sowie Art. 47 BankG.

¹⁷³ Notifikationen mit prozessualen Rechtsfolgen zum Nachteil des Briefempfängers sind Handlungen im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 StGB, welche nur schweizerischen Behörden und Beamten zukommen. Wer bei der direkten postalischen Zustellung in die Schweiz

Nach schweizerischer Rechtsauffassung ist die Beweisaufnahme eine amtliche Handlung.¹⁷⁴ Amerikanische Behörden und deren Anwälte, die in der Schweiz für ein US-Verfahren Parteien oder Zeugen einvernehmen, Geschäftsdokumente einsehen und andere Beweisaufnahmen tätigen, machen sich deshalb nach Art. 271 Ziff. 1 StGB strafbar.¹⁷⁵

Es kommt immer wieder vor, dass amerikanische Behörden und Gerichte von schweizerischen Gesellschaften – trotz des Verbots fremder Amtshandlungen unter Art. 271 StGB – Informationen verlangen.¹⁷⁶ Beruhigend ist in diesem Zusammenhang, dass die schweizerische Gesellschaft Unterlagen, die in ihrem direkten Besitz stehen, für das amerikanische Verfahren zusammenstellen darf. Art. 271 StGB wird nur verletzt, wenn zusätzlich eine Informationsbeschaffung bei Dritten erfolgt.¹⁷⁷

Zulässig ist zudem die Informationsbeschaffung im Sinne einer Prozessvorbereitung. Dies ist eine Handlung, die auch in der Schweiz von Privaten vorgenommen wird. Dies gilt namentlich für das Einholen von Informationen, um die Prozesschancen abzuwägen und um eine spätere Rechtsschrift genügend substantiieren zu können. Allerdings fällt eine solche Informationsbeschaffung nur dann nicht unter das Verbot von Art. 271 Ziff. 1 StGB, sofern die gewonnenen Informationen nicht später amerikanischen Behörden oder Gerichten als Beweismittel vorgelegt werden.¹⁷⁸

Möglich ist zudem, die *Bewilligung zur selbstständigen Beweisaufnahme* für das US-Verfahren beim BJ zu beantragen. Diese wird allerdings nur bei Vorliegen von triftigen Gründen bewilligt, z. B. wenn für das amerikanische Verfahren ein wichtiger Beweis erhoben werden soll, der auf dem Weg der Rechtshilfe nur mit unverhältnismässigen Schwierigkeiten und Umtrieben

mitwirkt, macht sich nach Art. 271 Ziff. 1 StGB strafbar, HOPF, Basler Kommentar, N 15 zu Art. 271 StGB; ZULAUF, Blocking Statutes, 1085-1086.

¹⁷⁴ MARKEES, SJZ, 34.

¹⁷⁵ VPB 49 (1985) S. 78 ff. (Nr. 16), S. 90; VPB 46 (1982) S. 366 ff. (Nr. 68), S. 382. Zur privaten Zeugenbefragung in der Schweiz für ausländische Verfahren, vgl. SCHRAMM, AJP, 491-500.

¹⁷⁶ So gelangten die kanadischen Steuerbehörden im Jahre 2003 an das EFD mit dem Gesuch um Vornahme von Steuerprüfungshandlungen bei einer schweizerischen Tochtergesellschaft. Die Tochtergesellschaft war mit dem Besuch der kanadischen Steuerbehörden einverstanden. Das EFD wies das Gesuch ab, weil eine gesetzliche Grundlage fehle, vgl. LOCHER ET AL., DBA, B 27.1 Nr. 49.

¹⁷⁷ HOPF, Basler Kommentar, N 15 zu Art. 271 StGB.

¹⁷⁸ VPB 49 (1985) S. 78 ff. (Nr. 16), S. 90; MARKEES, SJZ, 36.

beigebracht werden kann.¹⁷⁹ Neben der eidgenössischen ist immer auch eine kantonale Bewilligung erforderlich.¹⁸⁰ Die SBVg hat im November 2000 beim EFD eine Bewilligung eingeholt, wonach die Banken bzw. deren Angestellte und Organe die gemäss dem «Final Qualified Intermediary Withholding Agreement» (IRS Revenue Procedure 2000-12) vorgesehenen Handlungen auf schweizerischem Gebiet vollziehen dürfen.¹⁸¹ Die mit den Quellensteuerabzügen und Kontrollen befassten Personen haben jedoch das Bankgeheimnis zu beachten und können nicht gestützt auf die genannte Bewilligung dem IRS Auskünfte erteilen.

Möglich ist schliesslich auch die Beweisaufnahme jenseits der schweizerischen Landesgrenzen. Zeugeneinvernahmen und Dokumenteneinsicht für US-Verfahren können deshalb jenseits der Landesgrenze durchgeführt werden. Besonders beliebt sind Evian und Konstanz.

Caveat: Bei all den vorerwähnten Möglichkeiten, Art. 271 Ziff. 1 StGB zu «umschiffen», ist Folgendes im Auge zu behalten: obwohl auf die eine oder auf die andere Art und Weise Art. 271 Ziff. 1 StGB umgangen werden kann, machen sich die Beteiligten allenfalls nach Art. 273 StGB strafbar, sofern Geheimnisse Dritter an die amerikanischen Behörden preisgegeben werden (Kapitel X).

Wenn die US-Behörden ihre Auskunftsbegehren nicht direkt an die schweizerische Gesellschaft richten, sondern den Amts- oder Rechtshilfeweg beschreiten, findet keine Verletzung von Art. 271 StGB statt. Die Amtshandlungen für den fremden Staat werden hier von schweizerischen Behörden durchgeführt, was dem Sinn und Zweck von Art. 271 StGB entspricht.¹⁸²

X. Bedeutung von Art. 273 StGB

Falls US-Behörden unilateral vorgehen, um Informationen aus der Schweiz zu beschaffen, so spielt auch Art. 273 StGB eine zentrale Rolle. Angestellte und Organe einer schweizerischen Gesellschaft machen sich im Sinne von Art. 273 Abs. 2 StGB strafbar, wenn sie ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis einer US-Behörde offenlegen bzw. zugänglich machen. Der Begriff des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses in Art. 273 StGB ist nicht der-

¹⁷⁹ FREI, SJZ, 73, 76; MARKEES, SJZ, 35-36.

¹⁸⁰ VPB 49 (1985) S. 78 ff. (Nr. 16), S. 90; VPB 46 (1982) S. 366 ff. (Nr. 68), S. 382.

¹⁸¹ Beilage 2 zu Zirkular Nr. 7020 der SBVg vom 15. November 2000.

¹⁸² GULDENER/MILLER, Litigation, 358 ff., 360, 366, 369.

selbe wie in Art. 162 StGB, er geht wesentlich weiter und umfasst alle Tatsachen des wirtschaftlichen Lebens, an deren Geheimhaltung ein schutzwürdiges Interesse besteht.¹⁸³

US-Behörden dürfen sich grundsätzlich direkt an eine schweizerische Gesellschaft wenden und diese um Auskunft ersuchen. Dabei ist aber Folgendes zu beachten: Über die Offenlegung von Informationen, deren alleinige Geheimnisherrin die befragte schweizerische Gesellschaft ist, darf und muss diese selber entscheiden. Keine Behörde kann diesen Entscheid für die Geheimnisherrin fällen.¹⁸⁴ Werden jedoch Informationen über Dritte herausverlangt, namentlich über Kunden oder Lieferanten, so müssen diese Dritten gemäss Richtlinie der Bundesanwaltschaft zu Art. 273 StGB «vorher in aller Form zustimmen».¹⁸⁵ Werden Auskünfte ohne Zustimmung der betroffenen Dritten an US-Behörden übermittelt, so machen sich die betreffenden Angestellten und Organe der schweizerischen Gesellschaft nach Art. 273 StGB strafbar.¹⁸⁶

In der Praxis hat sich folgendes Vorgehen bewährt, um die Androhung bzw. das Verhängen von Sanktionen¹⁸⁷ seitens der US-Behörde nach Möglichkeit abzuwenden:

- Triage der von der US-Behörde verlangten Dokumente. Herausgabe von Unterlagen, deren Geheimnisherrin die Bank ist bzw. welche keine Geheimnisse Dritter (namentlich von Bankkunden) tangieren. Um Transparenz zu schaffen empfiehlt es sich, die Grundsätze der Triage in einem Memorandum oder Affidavit¹⁸⁸ festzuhalten und die mit der Durchführung der Triage beauftragten Personen auf die schriftlichen Grundsätze zu verpflichten.
- Einholen von Zustimmungen («waiver») Dritter zur Herausgabe von Informationen an die US-Behörde. Das Vorgehen ist nur praktikabel, wenn die Zahl der Dritten relativ klein ist. Zudem kommt das Vorgehen primär bei Rechtshilfe in Zivilsachen zur

¹⁸³ BGE 104 IV 175 S. 182; 101 IV 312 S. 313; 98 IV 209 S. 210.

¹⁸⁴ GERBER, ZStrR, 257 ff., 283 f.

¹⁸⁵ Die Richtlinie der Bundesanwaltschaft ist publiziert in HOPF, Basler Kommentar, N 9 zu Art. 273 StGB sowie bei GERBER, ZStrR, 257 ff., 289.

¹⁸⁶ GERBER, ZStrR, 257 ff., 282; ZULAUF, Blocking Statutes, 1089.

¹⁸⁷ Fn. 199-201.

¹⁸⁸ Affidavits (eidesstattliche Erklärungen) können bei der US Embassy in Bern oder auch bei den US Consular Services in Zürich beglaubigt werden, <http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/rep/forrep/hidden/c_228.html>.

Anwendung, bei der Rechtshilfe in Strafsachen und Amtshilfe ist die Wahrscheinlichkeit der Zustimmung im Allgemeinen gering.

- Schwärzen («masking») von Namen Dritter sowie von Informationen, welche Rückschlüsse auf die Identität Dritter zulassen. Falls die US-Behörde gestützt auf geschwärzte Informationen anschliessend ein Amtshilfeersuchen stellt, so ist dies im Lichte von Art. 273 StGB nicht zu beanstanden.¹⁸⁹

Daneben bestehen weitere Möglichkeiten zur Entschärfung. Zunächst sind unter Art. 273 StGB nur Informationen geschützt, welche in irgend einer Weise mit der Schweiz verknüpft sind, d. h. es muss eine sog. «*Binnenbeziehung*» zur Schweiz vorhanden sein.¹⁹⁰ Die notwendige Binnenbeziehung besteht immer dann, wenn der Geheimnisherr (Kunde oder Lieferant) in der Schweiz Wohnsitz oder Sitz hat.¹⁹¹ Unklar ist, ob eine Binnenbeziehung auch dann vorliegt, wenn ein Geheimnis in der Schweiz materialisiert ist, wie etwa ausländisches Kapital auf einem schweizerischen Bankkonto. Die Lehre geht teilweise davon aus, dass in einem solchen Fall die Binnenbeziehung zu bejahen ist.¹⁹² Entsprechend wäre eine Binnenbeziehung bei amerikanischen Bankkunden, welche in der Schweiz ein Konto/Depot führen jedoch keinen Wohnsitz haben, zu bejahen. Es gibt aber auch Gegenstimmen¹⁹³ und es besteht keine gesicherte Praxis zu dieser Frage.

Soweit Amts- oder Rechtshilfe gesetzlich vorgesehen ist, ist die Auskunftserteilung an US-Behörden durch Rechtshilfebeamte eine gesetzlich erlaubte Handlung im Sinne von Art. 14 StGB.¹⁹⁴

¹⁸⁹ Ob das Vorgehen unter dem Auftragsrecht zulässig ist, wurde kürzlich medial angezweifelt, NZZ am Sonntag vom 11. Januar 2009, 27 «Wie UBS-Kundendaten zu den US-Behörden kamen».

¹⁹⁰ HOPF, Basler Kommentar, N 10-12 zu Art. 273 StGB; GERBER, ZStrR, 257 ff., 280 ff.

¹⁹¹ GERBER, ZStrR, 253 ff., 280.

¹⁹² GERBER, ZStrR, 257 ff., 281; HONEGGER, Offenlegungspflichten, 142; SCHUPP, Devoirs, 90-91; STRATENWERTH /BOMMER, StGB BT II, 291; TRECHSEL/VEST, Praxiskommentar, N 9 zu Art. 273 StGB; Memorandum der Direktion für Völkerrecht, EDA an das Department of State vom 6. Juni 1983, abgedruckt bei CAFLISCH, SJIR, 115 ff., 162 ff., insb. 163.

¹⁹³ CASSANI, SZW, 15-16; DONATSCH/WOHLERS, Delikte, 270; HOPF, Basler Kommentar, N 12 zu Art. 273 StGB; STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar, N 2 zu Art. 273 StGB.

¹⁹⁴ DONATSCH/WOHLERS, Delikte, 274; FREI, SJZ, 73, 77; HOPF, Basler Kommentar, N 8 zu Art. 273 StGB; STRATENWERTH/BOMMER, StGB BT II, 294; TRECHSEL/VEST, Praxiskommentar, N 16 zu Art. 273 StGB m. w. H.

US-Behörden zögern nicht, drakonische *Sanktionen* gegen unwillige schweizerische Gesellschaften anzudrohen und anzuwenden, falls ihre unilateralen Auskunftsbeghären nicht beachtet werden, insbesondere Beugebussen von mehreren zehntausend Dollar pro Tag,¹⁹⁵ Entzug der Lizenz zur Ausübung der Geschäftstätigkeit,¹⁹⁶ oder auch Verhaftungen.¹⁹⁷ Unter solchen Umständen stellt sich die Frage, ob die schweizerische Gesellschaft geltend machen kann, sie erteile die Auskunft nur, weil sie ihr Vermögen retten wolle und handle damit im rechtfertigenden *Notstand* (Art. 17 StGB) oder zumindest in entschuldbarem Notstand (Art. 18 StGB).¹⁹⁸ Voraussetzung ist, dass die aufgrund der Sanktionen drohenden Gefahren die Beeinträchtigung der durch Art. 273 StGB geschützten Interessen überwiegt.¹⁹⁹ Die Interessenabwägung wird aber nur in Ausnahmefällen zur Rechtfertigung oder Entschuldigung führen.²⁰⁰ Eine andere Interpretation von Art. 17 bzw. 18 StGB würde die US-Behörden geradezu einladen, gegen auskunftsverweigernde schweizerische Gesellschaften mit Beugebussen und anderen massiven Sanktionen unter Druck zu setzen, um Art. 273 StGB und andere schweizerische Geheimhaltungsvorschriften (insbesondere Art. 47 BankG) zu «neutralisieren».²⁰¹ Die Bejahung einer Notstandssituation wegen Sanktionen einer US-Behörde ist deshalb abzulehnen, zumindest ist grösste Zurückhaltung geboten.²⁰² Umgekehrt dürfte für den ausländischen Staat der Umstand, dass sich eine Person aufgrund der durchgeführten Untersuchungsmassnahmen nach Art. 273 StGB strafbar macht, kaum relevant sein. Es gilt hier der

¹⁹⁵ HONEGGER, Offenlegungspflichten, 62, 103, 174.

¹⁹⁶ HONEGGER, Offenlegungspflichten, 62, 174; FREY, Praxis, 159 bei Fn. 3.

¹⁹⁷ Der UBS Mitarbeiter Martin Liechti wurde offenbar im Frühsommer 2008 beim Umsteigen am Flughafen Miami angehalten, vgl. NZZ Nr. 111 vom 15. Mai 2008, 25 sowie NZZ am Sonntag vom 18. Mai 2008, 35. Im Herbst wurde auch das UBS-Konzernleitungsmitglied Raoul Weil in den USA beschuldigt bzw. angeklagt, vgl. NZZ Nr. 267 vom 14. November 2008, 23. Da Raoul Weil nicht zur Einvernahme erschien, wurde er gemäss Medienberichten auf die Listen der Justizflüchtigen gesetzt, vgl. NZZ Nr. 12 vom 15. Januar 2009, 1 und 21.

¹⁹⁸ HOPF, Basler Kommentar, N 23 zu Art. 273 StGB; KLEINER/SCHWOB/WINZELER, Kommentar Bodmer/Kleiner/Lutz, N 326-334 zu Art. 47 BankG; GERBER, ZStrR, 257 ff., 284.

¹⁹⁹ DONATSCH/WOHLERS, Delikte, 274.

²⁰⁰ TRECHSEL/VEST, Praxiskommentar, N 15 zu Art. 273 StGB mit Hinweisen.

²⁰¹ Vgl. etwa im Fall SEC v. Banca della Svizzera Italiana, 92 F.R.D. 111, 118 (S.D.N.Y. 1981).

²⁰² Dahingehend auch DONATSCH/WOHLERS, Delikte, 274; FREI, Discovery, 191; HOPF, Basler Kommentar, N 23 zu Art. 273 StGB; STRATENWERTH/BOMMER, StGB BT II, 294; TRECHSEL/VEST, Praxiskommentar, N 15 zu Art. 273 StGB m. w. H.

Grundsatz, dass kein Staat etwaige Auswirkungen von ausländischen Strafvorschriften gegen sich gelten lassen muss.²⁰³

Kürzlich hat die FINMA einen neuen, bisher in der Lehre und Praxis nicht erprobten Weg gewählt, um der UBS die Herausgabe von Kundendaten ausserhalb der Amts- und Rechtshilfe an US-Behörden zu ermöglichen: Gestützt auf die bankgesetzlichen Massnahmen bei *Insolvenzgefahr*²⁰⁴ hat die FINMA die Edition der 255 Kundendossiers von der UBS verlangt und die Kundendossiers an die US-Behörden weitergereicht.²⁰⁵ Damit erübrigte sich die Amtshilfe und der IRS zog das Ersuchen zurück.²⁰⁶ Andererseits waren, so schien es, Sanktionen gemäss Art. 273 StGB sowie Art. 47 BankG kein Thema, da die UBS bzw. deren Organe die Kundendaten an eine schweizerische und nicht an eine ausländische Behörde edierten.²⁰⁷ Die Aktion wurde in der Presse bzw. von professoraler Seite als tiefer Griff in die juristische Trickkiste bzw. als Bubentrickli kritisiert.²⁰⁸

Im Gegensatz zu Art. 47 BankG (Bankgeheimnis) und Art. 162 StGB (Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses) schützt Art. 273 StGB nicht private Vermögensinteressen sondern staatliche Interessen an der Verhinderung von Wirtschaftsspionage. Die geschützten Interessen sind verschieden. Art. 273 StGB steht in Idealkonkurrenz zu den genannten Geheimhaltungsvorschriften.²⁰⁹ Es muss deshalb das Strafschärfungsprinzip (Art. 49 StGB) Anwendung finden.

²⁰³ Vgl. Urteil des deutschen Bundesfinanzhofs vom 16. April 1986 I R 32/84, auszugsweise abgedruckt in LOCHER ET AL., DBA, B 27.1 Nr. 34 mit Hinweis auf United States of America v. Vetco Inc., U.S. Court of Appeals, 9th Circuit, 5-11-81, U.S. Tax Cases 81-1, Nr. 9428, Commerce Clearing House.

²⁰⁴ Die FINMA kann gemäss Art. 25 BankG bei begründeter Besorgnis der Insolvenzgefahr – d. h. wenn die Existenz der Bank in Gefahr steht – Schutzmassnahmen nach Art. 26 BankG ergreifen, namentlich den Organen der Bank Weisungen erteilen.

²⁰⁵ NZZ Nr. 42, vom 19. Februar 2009, 1, 13, 19. Die Weiterreichung der Kundendossiers erfolgte offenbar gleichentags nach Erhalt der Unterlagen, am 18. Februar 2009. Medienmitteilung des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Februar 2009, <http://www.tribunal-administratif.ch/7.3.5_pressemitteilung20090226_ubs_finma_fassung_3.pdf>.

²⁰⁶ NZZ Nr. 66, vom 20. März 2009, 19.

²⁰⁷ Die betroffenen amerikanischen Bankkunden erstatteten allerdings Strafanzeige gegen die Verwaltungsratspräsidenten der UBS sowie der FINMA, NZZ Nr. 46, vom 25. Februar 2009, 19.

²⁰⁸ NZZ Nr. 42, vom 19. Februar 2009, S. 13; NZZ am Sonntag, vom 8. März 2009, 23.

²⁰⁹ BGE 101 IV 177 S. 204; GERBER, ZStrR, 257 ff., 267, 301; KLEINER/SCHWOB/WINZELER, Kommentar Bodmer/Kleiner/Lutz, N 397 zu Art. 47 BankG.

Schlussbemerkung

Die Amts- und Rechtshilfe mag für amerikanische Bankkunden ein Verrat am schweizerischen Bankgeheimnis sein, für unsere Banken kann dieser Informationskanal jedenfalls *das* Mittel sein, um sich aus der Catch-22 Situation zwischen amerikanischen Sanktionen²¹⁰ und schweizerischen «Blocking Statutes»²¹¹ zu befreien.

²¹⁰ Dazu Fn. 189-190.

²¹¹ Dazu Kapitel IX und X.

Euro-Zahlungen gemäss den SEPA-Rulebooks, insbesondere die Haftung der Banken

Martin Hess, Zürich*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	50
Materialien.....	52
Einführung	54
I. Die Regelungen des EU-weiten Zahlungsverkehrs.....	54
1. Richtlinie 97/5/EC vom 27. Januar 1997 über grenzüberschreitende Überweisungen.....	54
2. Verordnung EC 2560/2001 vom 19. Dezember 2001 über grenzüberschreitende Überweisungen in Euro.....	55
3. Die Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt/Directive on Payment Services.....	55
a) Inkrafttreten.....	56
b) Geltungsbereich.....	56
aa) Örtlich.....	56
bb) Sachlich.....	57
cc) Ausschluss des Interbankenverhältnisses.....	58
c) Regelungsschwerpunkte der Richtlinie.....	58
aa) Öffnung des Zahlungsverkehrsmarktes.....	59
bb) Steigerung der Transparenz für Anbieter und Nutzer von Zahlungsdienstleistungen.....	60
II. SEPA.....	60
1. Geltungsbereich.....	60
2. Vision.....	61
3. Mittel zur Umsetzung.....	61
4. European Payments Council	62

* Der Autor dankt Frau lic. iur. Barbara Keiser für die wertvolle Mitarbeit.

III.	Die Erfassung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs gemäss Schweizer Recht	63
1.	Bargeldloser Zahlungsverkehr	63
2.	Anweisungs- und Auftragsrecht	64
3.	Internationales Privatrecht	67
IV.	Die SEPA-Verfahren: SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook und SEPA Core Direct Debit Rulebook	68
1.	Inhalt des SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook und des SEPA Core Direct Debit Rulebook	69
a)	SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook	69
b)	SEPA Core Direct Debit Rulebook	69
c)	Einige Regelungsschwerpunkte der SEPA Rulebooks	69
aa)	Einheitliche Standards	69
bb)	Execution Time	70
cc)	Return/Reject	70
dd)	Share Principle für Kosten	70
ee)	Reachability	70
ff)	Datenweitergabe	71
gg)	Streiterledigung	72
2.	Rechtsnatur des CTRB und DDRB und deren Stellung innerhalb des EU-Rechts	73
V.	Anforderungen des EPC für die Teilnahme der Schweizer Finanzinstitute an SEPA	74
1.	Die Anforderungen der Rulebooks für die Teilnahme der Schweizer Finanzinstitute	74
2.	SEPA Credit Transfer Rulebook	75
3.	SEPA Core Direct Debit Rulebook	75
VI.	Aus der Sicht des Schweizer Rechts relevante Aspekte	76
1.	Widerruf	76
a)	Unwiderruflichkeit gemäss der PSD	76
b)	Unwiderruflichkeit gemäss SEPA-Rulebooks	76
c)	Unwiderruflichkeit im Schweizer Recht	77
aa)	Unwiderruflichkeit im geltenden Recht	77
bb)	Unwiderruflichkeit gemäss Entwurf Bucheffektengesetz	77
2.	Prüfung Übereinstimmung zwischen Name des Begünstigten und IBAN, resp. Kontonummer	79
a)	Geltende Schweizer Praxis	79

3.	Informationspflichten	80
4.	Sorgfaltsmassstab und Haftung	81
a)	Haftung gemäss PSD.....	81
b)	Haftung gemäss SEPA-Rulebooks.....	83
c)	Sorgfaltsmassstab im Verhältnis Kunde – Finanzinstitut nach Schweizer Recht	83
d)	Haftung im Verhältnis Kunde – Finanzinstitut nach Schweizer Recht	85
e)	Drittwirkung der SEPA-Rulebooks hinsichtlich Haftung?.....	85
aa)	PSD	85
bb)	SEPA-Rulebooks	85
cc)	Subrogation.....	86
dd)	SEPA-Rulebooks als Usanzen zur Konkretisierung der Sorgfaltspflicht	87
ee)	Vertrauenshaftung.....	87
5.	Nicht-autorisierte Zahlungen.....	88
a)	Regelung in der PSD	88
b)	Haftung für nicht-autorisierte Zahlungen unter Schweizer Recht	90
aa)	Grundsatz	90
bb)	Schadenersatzpflicht des Bankkunden gestützt auf Vertrag	91
6.	Lastschriftverfahren.....	93
a)	Belastungs- resp. Einzugsermächtigung gemäss PSD	93
b)	Belastungs- resp. Einzugsermächtigung	93
aa)	Belastungs- resp. Einzugsermächtigung gemäss SEPA Core DDRB.....	93
bb)	Analyse nach Schweizer Recht: Vollmachterteilung und Substitution der Vollmacht.....	94
c)	Rückabwicklung.....	97
7.	Der Begriff des Konsumenten.....	98
a)	Der Begriff des Konsumenten nach EU-Richtlinien.....	98
b)	Der Begriff des Konsumenten nach Schweizer Recht	100
8.	Umsetzung FATF Special Recommendation VII.....	101
a)	EU Recht.....	101
b)	Schweizer Recht	102
VII.	Marktzugang durch Rechtsvergleichung.....	103

Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 6. April 2009.

- ALTHAUS STÄMPFLI ANNETTE, Personendaten von Bankkunden, Bern 2004.
- AMSTUTZ MARC/VOGT NEDIM PETER/WANG MARKUS, Art. 112, 113, 116-118 IPRG, in: Honsell Heinrich et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum internationalen Privatrecht. IPRG, 2. Aufl., Basel 2007.
- BASEDOW JÜRGEN, Verbraucherschutz oder Versichertenschutz? Zum Anwendungsbereich des zwingenden europäischen Versicherungsvertragsrecht, in: Thévenoz Luc/Reich Norbert (Hrsg.), Droit de la consommation. Konsumentenrecht. Consumer Law – Liber amicorum Bernd Stauder, Genève 2006, 33-49.
- BETTSCHART SEBASTIEN, Virement en chaîne et assignation bancaire, Zurich 2000.
- BILLOTTE-TONGUE IMOGEN, Aspects juridiques du virement bancaire, Zurich 1992.
- BOLLEN RHYS, European Regulation of Payment Services – Recent Developments and the proposed Payment Service Directive – Part 2. Journal of International Banking Law and Regulation, 2007.
- BRUNNER ALEXANDER, Art. 21-22 GestG, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessrecht. Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG), Basel/Genf/München 2001.
- BUIS ERIC, Die Banküberweisung und der Bereicherungsausgleich bei fehlgeschlagenen Banküberweisungen (Diss. Zürich), Zürich 2001.
- CALAIS-AULOY JEAN, La motion de consommateur en droit français et en droit communautaire, in : Thévenoz Luc/Reich Norbert, Droit de la consommation. Konsumentenrecht. Consumer Law – Liber amicorum Bernd Stauder, Genève 2006, 33-49.
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Rechtliche Aspekte der direkten Zahlung mit elektronischer Überweisung (EFTPOS) (Diss. Zürich), Zürich 1988.
- FAVRE-BULLE XAVIER, La directive 97/5/CE concernant les virements transfrontaliers, in: SZW 1997, 201-205.
- Les payments transfrontières dans un espace financier européen (Diss. Genève), Bâle/Francfort 1998.
- FELLMANN WALTER, Berner Kommentar zum Obligationenrecht. Art. 394-406 OR, Bd. VI/2/4, Bern 1992.
- GAUCH PETER, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Schweizerische Bankrechtstagung 2006. Bankhaftungsrecht, 195-225.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Bd. 2, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Bd. 1, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Zürich 2003.
- GIOVANOLI MARIO, Bargeld – Buchgeld – Zentralbankgeld: Einheit oder Vielfalt im Geldbegriff?, in: Gehrig Bruno/Schwander Ivo (Hrsg.), Banken und Bankrecht im Wandel. Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, 87-124.

- GSPONER ANDRÉ ET AL., Die Schweiz ist Teil vom «Euro-Zahlungsraum», in: Swiss Interbank Clearing AG (Hrsg.), ClearIT. Informationen zu den Schweizer Zahlungsverkehrssystemen, Ausgabe 28, <http://www.sic.ch/de/dl_tkicch_clearit28.pdf>.
- HARTMANN STEPHAN, Die vorvertragliche Informationspflicht und ihre Verletzung (Diss. Freiburg), Freiburg 2001.
- HEINI DANIEL, Rechtsprobleme der bargeldlosen Zahlung (Diss. Zürich), Zürich 1991.
- HESS MARTIN, Bargeldlose Überweisung mit Hilfe von Interbankzahlungssystemen – Vertrauenshaftung im Zahlungsverkehrsrecht? in: recht 1996, 144-155.
- Die Haftung der Bank für Kundendatendiebstahl, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Bankhaftungsrecht. Schweizerische Bankrechtstagung 2006, Basel 2006, 55-91.
 - Rechtliche Aspekte der Banküberweisung unter besonderer Berücksichtigung des Interbankzahlungsverkehrssystems Swiss Interbank Clearing (SIC), in: SZW 1991, 101-116.
- HESS MARTIN/FRIEDRICH ALAIN, Das neue Bucheffektengesetz, in: GesKR 2008, 98-118.
- KELLER MAX/KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Art. 20-24, Vor Art. 112-Art. 121, Vor Art.-127-Art. 128 IPRG, in: Girsberger Daniel et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004.
- KILGUS SABINE, Haftung für Unterschriftenfälschung im Bankenverkehr und die Zulässigkeit ihrer Wegbedingung durch AGB (Diss. Zürich), Zürich 1988.
- KLEINER BEAT, Zäher Abschied vom Wertpapier im Effektenbereich, in: SZW 1995, 290-295.
- KOLLER THOMAS, Art. 466-491 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht I. Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007.
- KOLLER THOMAS/KISSLING CHRISTA, Anweisung und Dokumentenakkreditiv im Zahlungsverkehr, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Rechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs. Berner Bankrechtstag 2000, Bern 2000, 23-137.
- KOLLER-TUMLER MARLIS, E-Banking und Konsumentenschutz, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), E-Banking. Rechtliche Grundlagen. Berner Bankrechtstag 2002, Bern 2002, 143-180.
- KRAMER STEFAN, Rechtsprobleme des Interbanken-Zahlungsverkehrs (Diss. Zürich), Zürich 2005.
- KÜMPEL SIEGFRIED, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., Köln 2004.
- KUT AHMET/SCHNYDER ANTON K., Art. 1-40g OR, in: Amstutz Marc et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007.
- LOSER PETER, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht. Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung, Bern 2006.
- MANGER-NESTLER CORNELIA, Der einheitliche europäische Zahlungsverkehrsraum, in: EuZW, Heft 11/2008, 332-336.
- SCHIMANSKY HERBERT, Die EU-Überweisungsrichtlinie und ihre Umsetzung am Beispiel des deutschen Rechts, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Rechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs. Berner Bankrechtstag 2000, Bern 2000, 1-22.

- SCHWAIBOLD MATTHIAS, Rechtsprechungsübersicht 1998/99, in: Nobel Peter (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Nr. 8, Bern 2000.
- SIBBERN ERIC/VON DER CRONE HANS CASPAR, Genehmigungsfiktion und Nebenpflichten der Bankkunden, in: SZW 2006, 70-80.
- THÉVENOZ LUC, Error and Fraud in Wholesale Funds Transfers, U.C.C. Article 4A and the UNCITRAL Harmonization Process, Zurich 1990.
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979.
- TUMPEL-GUGERELL GERTRUDE, Do you SEPA? The ECB's point of view, <<http://www.bis.org/review/r081028e.pdf>>.
- WATTER ROLF/SCHNELLER YVES, Art. 32-40 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht I. Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007.
- WEBER ROLF H., Art. 394-406, 407-411, 419-424 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht I. Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007.
- Berner Kommentar zum Obligationenrecht. Art. 68-96 OR, Bd. VI/1/4, 2. Aufl., Bern 2005.
 - Haftung für Schäden bei Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, in: SJZ 81 (1985), 85-90.
- WIEGAND WOLFGANG, Art. 18, 97-109, 119 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht I. Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007.
- Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1999 und 2000, in: ZBJV 138 (2002), 316-355.
 - Zur Haftung für Dienstleistungen, in: recht 1990, 134-143.
- ZÄCH ROGER, Berner Kommentar zum Obligationenrecht. Art. 32-40 OR, Bd. VI/1/2/2, Bern 1990.
- ZOBL DIETER/LAMBERT CLAUDE, Zur Entmaterialisierung der Wertpapiere, in: SZW 1991, 117 ff.

Materialien

- Botschaft des Bundesrates zum Bucheffektengesetz und zum Haager Wertpapierübereinkommen, BBl 2006, 9315-9476.
- Botschaft des Bundesrates zum Nationalbankgesetz, BBl 2002, 6097-6384.
- Bundesverband Deutscher Banken, SEPA 2008: Einheitliche Zahlungsinstrumente für Europa, 2. Aufl., Berlin 2008.
- Deutsche Bundesbank, Die Vision eines einheitlichen Euro-Zahlungsverkehrsraums (SEPA), Stand: Juli 2006.

- Deutsche Bundesbank, SEPA – Der einheitliche Euro-Zahlungsraum, Stand: 6. Oktober 2008.
- Deutscher Bundesrat, Gesetzesentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdienstrichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 7. Januar 2008, Drucksache 848/08.
- Deutscher Zentraler Kreditausschuss, Anmerkungen zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine «Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt» vom 6. Februar 2006.
- EBK-Bericht, Mai 2007, Änderung der EBK-Geldwäschereiverordnung.
- Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament: Ein neuer Rechtsrahmen für den Zahlungsverkehr im Binnenmarkt (Konsultationspapier), KOM(2003)718 endg. vom 2. Dezember 2003, siehe <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0718:FIN:DE:PDF>>.
- Europäische Kommission/Europäische Zentralbank, Einheitlicher Euro-Zahlungsraum (SEPA) – Gemeinsame Erklärung der Europäischen Kommission und der Europäischen Zentralbank vom 4. Mai 2006, siehe <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/577&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=en>>.
- Gemeinsame Erklärung der Europäischen Kommission und der Europäischen Zentralbank anlässlich der Verabschiedung der Richtlinie über Zahlungsdienste durch das Europäische Parlament vom 24. April 2007, siehe <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/550&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=en>>.
- Europäische Zentralbank, Auf dem Weg zum einheitlichen EURO-Zahlungsraum. Ziele und Fristen, 4. Fortschrittsbericht, Februar 2006.
- Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, Umsetzung des Lissabon-Programms der Gemeinschaft: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2000/12/EG und 2002/65/EG, KOM(2005)603 endg., ABl C 318 vom 23. Dezember 2006.
- European Commission, Consultative Paper on SEPA Incentives, 13 February 2006, <http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/sepa/sepa-2006_02_13_en.pdf>.
- Schweizerische Bankiervereinigung, Grundlagen zum Zahlungsverkehrsrecht: Darstellung des schweizerischen Internationalen Privatrechts und des ausländischen Rechts zum grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr mit Bezug auf die Frage der Widerruflichkeit von Weisungen im bargeldlosen Zahlungsverkehr, Zürich 2005, siehe <<http://www.swissbanking.org/vernehtml-bucheffekte-050228-beilage.pdf>>.
- SECO (Staatssekretariat für Wirtschaft), Preisbekanntgabe und Werbung: Bank- und bankähnliche Dienstleistungen. Informationsblatt vom 1. Januar 2006.

Einführung

Selbst Jahre nach Einführung des EURO am 1. Januar 2002 haben sich im innereuropäischen bargeldlosen Zahlungsverkehr noch eine Vielzahl national-spezifischer Eigenheiten gehalten, die sich als ineffizient und für die Kunden kostspielig erwiesen. Die europäischen Kreditinstitute und die im Europäischen System der Zentralbanken vertretenen Notenbanken arbeiteten folglich über mehrere Jahre an den Grundlagen einer «*Single Euro Payments Area*» (SEPA). Dieser *einheitliche Euro-Zahlungsverkehrsraum* soll einerseits gewährleisten, dass es keine preisliche Differenzierung zwischen nationalen und grenzüberschreitenden Zahlungen in der EU gibt, und andererseits Verbesserungen für inner-europäische Zahlungen auf technischer und organisatorischer Ebene bewirken.

Seit dem 28. Januar 2008 bieten die Finanzinstitute ihren Kunden Buchgeldüberweisungen in Euro nach einem einheitlichen europäischen Standard (*SEPA Credit Transfer Scheme*) an, zusätzlich zu den bereits bestehenden nationalen Zahlungsverkehrsdienstleistungen.

Geplant ist, einen einheitlichen Standard für Lastschriften (*SEPA Direct Debit Scheme*) per 1. November 2009 einzuführen.¹

I. Die Regelungen des EU-weiten Zahlungsverkehrs

1. Richtlinie 97/5/EC vom 27. Januar 1997 über grenzüberschreitende Überweisungen

Das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union hatten am 27. Januar 1997 mit der Richtlinie 97/5/EC über grenzüberschreitende Überweisungen das erste verbindliche Regelwerk betreffend grenzüberschreitende Überweisungen erlassen. Ziel dieser Richtlinie war es, Dienstleistungen im Bereich der grenzüberschreitenden Überweisungen zu verbessern, insbesondere die Abwicklung des Massenzahlungsverkehrs im Europäischen Binnenmarkt ebenso effizient und kostengünstig abzuwickeln wie den Zah-

¹ Die Einführung des komplexeren SEPA Direct Debit Scheme ist allerdings von politischen Misstönen begleitet, siehe die abwartende Haltung der Französischen Finanzinstitute (<[http://www.fbf.fr/Web/internet/content_presse.nsf/\(WebPageList\)/Moyens+de+paiement+europ%C3%A9ens++la+poursuite+du+projet+SEPA+exige+la+clarification+des+mod%C3%A8les+economiques?Open](http://www.fbf.fr/Web/internet/content_presse.nsf/(WebPageList)/Moyens+de+paiement+europ%C3%A9ens++la+poursuite+du+projet+SEPA+exige+la+clarification+des+mod%C3%A8les+economiques?Open)>) sowie hinsichtlich der wettbewerbsrechtlichen Konsequenzen der Multilateral Balancing Payments (Rule 5.14 DDRB): TUMPEL-GUGERELL, SEPA.

lungsverkehr innerhalb eines Mitgliedstaats.² Nicht zuletzt sollte dadurch den Konsumenten sowie den kleineren und mittleren Unternehmen eine schnelle, zuverlässige und günstige Überweisung von einem Mitgliedstaat in den andern gewährleistet werden.³

In den Anwendungsbereich der Richtlinie fielen Überweisungen zwischen Absendern und Empfängern in unterschiedliche EU-Staaten «*in den Währungen der Mitgliedstaaten und in ECU bis zum Gegenwert von 50'000 ECU*». Die Richtlinie hatte weder auf Interbanküberweisungen mit grossen Beträgen noch auf Lastschriftverfahren, Kreditkarten- und Checkzahlungen Anwendung gefunden.

2. Verordnung EC 2560/2001 vom 19. Dezember 2001 über grenzüberschreitende Überweisungen in Euro

Das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union erliessen am 19. Dezember 2001 die Verordnung 2560/2001/EC über grenzüberschreitende Überweisungen in Euro. Ziel der Verordnung ist es, grenzüberschreitende Zahlungen in Euro zu erleichtern, die Gebühren zu regeln und die Transparenz für die Kunden über die Gebühren weiter zu verbessern.

Die Verordnung betrifft allein den Zahlungsverkehr innerhalb der Europäischen Union und tangiert die Schweiz grundsätzlich nicht.⁴

3. Die Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt/Directive on Payment Services (PSD)⁵

Die beiden beschriebenen Erlasse erwiesen sich jedoch als unzureichend, um im Zahlungsverkehr einen echten Europäischen Binnenmarkt zu schaffen. Zudem führte das Nebeneinander von nationalen Bestimmungen und unvollständigen gemeinschaftlichen Rahmenbestimmungen zu Verwirrung und mangelnder Rechtssicherheit.⁶ Am 2. Dezember 2003 legte die Kommission dem Rat und Europäischen Parlament einen Bericht zur Vereinheitli-

² Vgl. FAVRE-BULLE, Directive, 201 ff.; SCHIMANSKY, EU-Überweisungsrichtlinie, 1 ff.

³ Vgl. Ziff. 2 der Präambel des Erlasstextes.

⁴ Art. 1 Abs. 2 und Art. 2 lit. a EU-Verordnung 2560; GSPONER ET AL., ClearIT, 4-7.

⁵ Richtlinie über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, 2007/64/EG, Amtsblatt Nr. L 319 vom 5. Dezember 2007, 0001-0036.

⁶ Erwägung Ziff. 3 PSD.

chung des Zahlungsverkehrsrechts vor, der einen ersten Formulierungsvorschlag für eine Zahlungsdienstrichtlinie beinhaltete.⁷ Die Zahlungsdienstrichtlinie «*Directive on Payment Services*» (PSD) bildet die rechtliche Grundlage der Schaffung eines EU-weiten Binnenmarktes für den Zahlungsverkehr.

a) Inkrafttreten

Die PSD wurde vom Europäischen Parlament am 24. April 2007⁸ und die endgültige Fassung am 13. November 2007 vom Rat der Europäischen Union verabschiedet. Am 25. Dezember 2007 ist sie in Kraft getreten.⁹

Die EU/EWR-Staaten müssen die PSD bis 1. November 2009 umsetzen (Art. 94 PSD). An diesem Datum wird die Richtlinie 97/5/EC¹⁰ ausser Kraft gesetzt werden (Art. 93 PSD).

b) Geltungsbereich

aa) Örtlich

Der Anwendungsbereich wird in Art. 2 PSD breit umschrieben: Die Richtlinie gilt gemäss Art. 299 EGV¹¹ für alle Zahlungsdienste innerhalb der Gemeinschaft. Unter Gemeinschaft ist im EWR-Kontext der EWR-Raum zu verstehen. Mit Ausnahme von Art. 73 PSD gelten die Titel III und IV jedoch nur, wenn sowohl der Zahlungsdienstleister des Zahlers als auch derjenige des Zahlungsempfängers im EWR ansässig sind oder – falls nur ein einziger Zahlungsdienstleister an dem Zahlungsvorgang beteiligt ist – dieser im EWR ansässig ist (Art. 2 PSD).

Hinsichtlich der Länder, die den Schweizer Franken als gesetzliches Zahlungsmittel verwenden, gilt die PSD im Fürstentum Liechtenstein. Sie gilt

⁷ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament: Ein neuer Rechtsrahmen für den Zahlungsverkehr im Binnenmarkt (Konsultationspapier).

⁸ Vgl. Europäische Kommission/Europäische Zentralbank, Gemeinsame Erklärung der Europäischen Kommission und der Europäischen Zentralbank anlässlich der Verabschiedung der Richtlinie über Zahlungsdienste durch das Europäische Parlament vom 24. April 2007.

⁹ Art. 95 PSD.

¹⁰ Vgl. Kapitel I 1.

¹¹ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 29. Dezember 2006, Amtsblatt Nr. C 321E, Konsolidierte Fassung.

jedoch nicht für die Schweiz,¹² da die Schweiz weder Mitglied der EU noch des EWR ist und sich auch keine entsprechende Verpflichtung in den bilateralen Abkommen mit der Europäischen Gemeinschaft findet. Damit ist die Schweiz nicht verpflichtet, ihr innerstaatliches Recht anzupassen. Dies ist die Ansicht des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, der in seiner Stellungnahme zum PSD-Richtlinienvorschlag¹³ festhielt:

«Die Regelung [der Einbezug von Drittstaaten in den Geltungsbereich der Richtlinie] dürfte auch nicht durch die Kompetenz des europäischen Gesetzgebers gedeckt sein und ist auch problematisch. Der Europäische Gesetzgeber kann nämlich nicht sicherstellen, dass Drittstaaten korrespondierende Vorschriften erlassen.»¹⁴

bb) Sachlich

Gemäss dem Anhang zur PSD fallen unter die Zahlungsdienste wie definiert in Art. 4 Ziff. 3 PSD alle gängigen Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs, insbesondere:

- die Ausführung von Zahlungsvorgängen einschliesslich des Transfers von Geldbeträgen auf ein Zahlungskonto beim Zahlungsdienstleister des Nutzers oder bei einem anderen Zahlungsdienstleister:
 - Ausführung von Lastschriften einschliesslich einmaliger Lastschriften
 - Ausführung von Zahlungsvorgängen mittels einer Zahlungskarte oder eines ähnlichen Instruments
 - Ausführung von Überweisungen einschliesslich Daueraufträgen
- die Ausführung von Zahlungsvorgängen, wenn die Beträge durch einen Kreditrahmen für einen Zahlungsdienstnutzer gedeckt sind:

¹² MANGER-NESTLER, EuZW, 335. Unzutreffend der Hinweis auf die Schweiz: Die PSD gilt für die Schweiz *nicht*, auch nicht aufgrund bilateraler Verträge der Schweiz mit der EU.

¹³ Der vom Ausschuss kritisierte Einbezug von Drittstaaten bezieht sich offenbar auf Art. 2 Abs. 1 einer früheren Richtlinienversion. In der endgültigen Version der PSD wird die Prüfung einer solchen Erweiterung auf Nichtmitgliedstaaten für die Zukunft in Aussicht gestellt (Erwägung Ziff. 54, Art. 87 PSD).

¹⁴ Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, Umsetzung des Lissabon-Programms der Gemeinschaft: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2000/12/EG und 2002/65/EG, 53.

- Ausführung von Lastschriften einschliesslich einmaliger Lastschriften
- Ausführung von Zahlungsvorgängen mittels einer Zahlungskarte oder eines ähnlichen Instruments
- Ausführung von Überweisungen einschliesslich Daueraufträgen
- Dienste, mit denen Bareinzahlungen auf ein oder Barabhebungen von einem Zahlungskonto ermöglicht werden, sowie alle für die Führung eines Zahlungskontos erforderlichen Vorgänge, die gewerblich ausgeführt werden

cc) Ausschluss des Interbankenverhältnisses

Die PSD fokussiert auf das Verhältnis zwischen Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister. Das Interbankverhältnis ist grundsätzlich von der PSD nicht geregelt. Nicht von der PSD erfasst werden daher Zahlungsvorgänge, die innerhalb eines Zahlungssystems zwischen Zahlungsausgleichsagenten, zentralen Gegenparteien, Clearingstellen und/oder Zentralbanken und anderen Teilnehmern des Zahlungssystems und Zahlungsdienstleistern abgewickelt werden (Art. 3 lit. h PSD).

c) Regelungsschwerpunkte der Richtlinie

Die PSD verlangt die Einführung moderner und umfassender Vorschriften, die für alle Zahlungsdienstleistungen in der Europäischen Union gelten sollen. Sie will insbesondere grenzüberschreitende Zahlungen in Euro und anderen Währungen zu gleichen Standards, Rechten und Pflichten ermöglichen. Mit der PSD werden im Wesentlichen zwei Hauptziele verfolgt, zum einen die Liberalisierung (Marktöffnung) und zum anderen die Rechtsangleichung (Harmonisierung).¹⁵

Im Rahmen der Liberalisierung stellen Effizienz, Sicherheit, Verstärkung des Wettbewerbs, gesteigerte Markttransparenz, Konsumentenschutz und technische Neutralität die zentralen Regelungspunkte dar.

Das Ziel der vollständigen Harmonisierung wird durch die PSD ausdrücklich vorgesehen: EU- und EWR-Mitglieder dürfen in den Bereichen, in denen die PSD harmonisierte Bestimmungen enthält, keine anderen als die in dieser Richtlinie festgelegten Bestimmungen beibehalten oder einführen (Art. 86 Abs. 1 PSD). Die PSD legt einen einheitlichen Rechtsrahmen für die

¹⁵ MANGER-NESTLER, EuZW, 333.

in der EU gebräuchlichsten Zahlungsinstrumente (Überweisung, Lastschriften, Kartenzahlungen) fest.¹⁶ Im Unterschied zu den direkt anwendbaren Verordnungen müssen Richtlinien von den Mitgliedstaaten im innerstaatlichen Recht umgesetzt werden, bevor sie für Privatpersonen und Unternehmen unmittelbar anwendbar werden. Dabei obliegt die Wahl der Form und der Mittel zur Durchführung der PSD grundsätzlich den zuständigen Behörden der jeweiligen EWR-Mitgliedsländer.

Die PSD bildet den rechtlichen Rahmen für die Schaffung des einheitlichen Euro-Zahlungsverkehrsraums (SEPA).¹⁷ Während die Liberalisierungsbestrebungen in der PSD sehr detailliert geregelt wurden, ist der Rechtsrahmen bezüglich der einheitlichen Zahlungsinstrumente relativ offen gehalten.¹⁸ Die Detaillierung der Zahlungsinstrumente erfolgt in den SEPA-Rulebooks.

aa) Öffnung des Zahlungsverkehrsmarktes

Die PSD bringt die Einführung einer – neben Kreditinstituten und E-Geld-Instituten – weiteren Kategorie von Zahlungsdienstleistern, den sog. «Zahlungsinstituten», deren regulatorisches Regime basierend auf dem Prinzip «same activity, same risks, same rules» ausgestaltet wurde.

Die Haupttätigkeit der Zahlungsinstitute besteht primär darin, Zahlungsdienstleistungen zu erbringen, jedoch keine Einlagen entgegenzunehmen oder E-Geld auszugeben. So obliegt es den Zahlungsinstituten insbesondere (elektronische) Zahlungsvorgänge, wie Überweisungen, Lastschriften oder Kartenzahlungen – auch gegen Einräumung von Kreditlinien – auszuführen, Zahlungskarten, wie Debit- und Kreditkarten, auszugeben sowie Finanztransferdienste durchzuführen. Neben den genannten Tätigkeiten sollen Zahlungsinstitute auch operationellen und verbundenen Nebendienstleistungen, wie Devisengeschäften oder Datenverarbeitungsdienstleistungen (Art. 16 PSD), nachgehen oder auch Zahlungssysteme zum Zweck des Transfers, des Clearings und der Abwicklung von Zahlungen nutzen und betreiben können.¹⁹

¹⁶ MANGER-NESTLER, EuZW, 334.

¹⁷ European Commission, Consultative Paper, 4.

¹⁸ MANGER-NESTLER, EuZW, 333.

¹⁹ Erwägung Ziff. 8, 10, 11; Art. 1 Abs. 1 lit. d und Art. 5 ff. PSD.

Als Bedingung für die Aufnahme des Betriebes als Zahlungsinstitut ist die Erteilung einer Bewilligung («Zulassung») durch die zuständige Behörde im Herkunftsmitgliedstaat festgelegt.²⁰

bb) Steigerung der Transparenz für Anbieter und Nutzer von Zahlungsdienstleistungen

Die PSD sieht die Schaffung von einheitlichen Informationspflichten sowie harmonisierten Regelungen über Rechte und Pflichten für die Erbringung und Nutzung von Zahlungsdiensten vor.²¹ Die PSD enthält spezifische Anforderungen, die sicherstellen, dass die Zahlungsdienstnutzer ein bestimmtes Mass an Informationen sowohl über den mit dem Zahlungsdienstleister geschlossenen Vertrag als auch über die einzelnen Transaktionen erhalten.²²

Des Weiteren regelt die PSD folgende Aspekte der Zahlungsverkehrsabwicklung:

- Einführung des Begriffs der «autorisierten Zahlung»
- Haftung des Zahlungsdienstleisters für die Ausführung angenommener Zahlungen
- Regelungen für die Rückerstattung von Zahlungen
- Festlegung von Ausführungszeiten und Wertstellungsdaten

II. SEPA

1. Geltungsbereich

SEPA umfasst ein grösseres Territorium als die PSD. Neben den 27 EG-Mitgliedstaaten und den EWR-Mitgliedern Island, Liechtenstein und Norwegen gehört auch die Schweiz zum SEPA.²³ Der SEPA-Raum deckt sich nicht mit dem aus der Perspektive der Europäischen Zentralbank massgebenden Euro-Gebiet, da dieses nur Länder mit dem Euro als Währung erfasst.

²⁰ Vgl. das Zulassungsverfahren in Art. 10 ff. PSD sowie die «Grandfathering-Clause» in Art. 88 PSD für vorbestehende Zahlungsdienstleister.

²¹ Erwägung Ziff. 5, 16-18; Kapitel III und IV PSD.

²² Erwägung Ziff. 20-23 PSD.

²³ Rule 2.1 je in CTRB (SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook) und DDRB (SEPA Core Direct Debit Rulebook).

2. Vision

Ziel der SEPA-Initiative ist es, bargeldlose Zahlungen in Euro innerhalb der an SEPA teilnehmenden Länder so zu standardisieren, dass es für die Bankkunden keine Unterschiede zwischen nationalen und grenzüberschreitenden Zahlungen mehr gibt. Die Endnutzer dieser Dienstleistung – Verbraucher, Unternehmen und Regierungen – sollen innerhalb des SEPA-Gebietes bargeldlose Zahlungen von einem einzigen Konto irgendwo im SEPA-Gebiet vornehmen können und hierbei einheitliche Zahlungsinstrumente ebenso einfach, effizient und sicher einsetzen können wie die Instrumente auf nationaler Ebene.²⁴

Die EU-Kommission und die EZB²⁵ betrachten SEPA als einen integrierten Markt für Zahlungsdienstleistungen, der einem effektiven Wettbewerb unterliegt.

Durch die Schaffung offener und einheitlicher Standards, die technische und wirtschaftliche Barrieren beseitigen, und durch die Förderung des effektiven Wettbewerbs sollen die Endnutzer vom verbesserten Zahlungsdienstleistungsniveau mit transparenten Preisen und kostengünstigen Dienstleistungen profitieren. Mit SEPA soll der Zahlungsverkehrssektor effizienter werden und damit der europäischen Wirtschaft insgesamt Einsparungen und Vorteile bringen.

3. Mittel zur Umsetzung

SEPA ist weder eine Bank noch ein Zahlungssystem. Der SEPA-Prozess führt zur Bereitstellung paneuropäischer Zahlungsverkehrsinstrumente, die sowohl für grenzüberschreitende Transaktionen als auch auf nationaler Ebene optional eingesetzt werden können.²⁶ Er umfasst insbesondere:

- die Schaffung eines gemeinsamen Rechtsrahmens für Zahlungsverkehrstransaktionen in Europa
- die Entwicklung gemeinsamer Standards, Prozesse, Datenformate und Softwarelösungen, und
- langfristig die Ablösung nationaler Zahlungsverkehrssysteme²⁷

²⁴ Rules 0.4, 1.1 und 1.2 CTRB.

²⁵ Europäische Kommission/Europäische Zentralbank, Einheitlicher Euro-Zahlungsraum (SEPA) – Gemeinsame Erklärung der Europäischen Kommission und der Europäischen Zentralbank vom 4. Mai 2006, Abschnitt Vision.

²⁶ Deutsche Bundesbank, Vision, 2 f.

²⁷ Deutsche Bundesbank, Vision, 3.

Aufgrund der definierten Standards wurden die SEPA-Verfahren entwickelt. Diese «Zahlungs-Schemen» sollen es den Finanzinstituten ermöglichen, einheitliche Zahlungsinstrumente zu schaffen, welche die Verwendung derselben Meldungsstandards für sämtliche Finanzinstitute in der SEPA-Zone erlauben.

Umgesetzt worden sind europaweite Verfahren des Massenzahlungsverkehrs für Überweisungen, Lastschriften und Kartenzahlungen, welche vollautomatisch gemäss dem Straight Through Processing («STP»), d. h. ohne manuelle Eingriffe, abgewickelt werden können.²⁸ Konkret bestehen folgende SEPA-Zahlungsinstrumente:

- SEPA-Buchgeldüberweisungen (SEPA Credit Transfer)
- SEPA-Lastschriften (SEPA Direct Debit)
- Karten-Zahlungen (SEPA Cards Framework)

Auf den 28. Januar 2008 wurde das «SEPA Credit Transfer Scheme» eingeführt. Seit diesem Zeitpunkt können Kreditinstitute die SEPA-Überweisung parallel zu den nationalen Überweisungen anbieten.²⁹ Wann die SEPA-Instrumente die existierenden nationalen Systeme vollständig ablösen, wird letztlich der Markt bestimmen.

Der Preis für das Erzielen von Übereinkunft in gesamteuropäisch verwendbaren Regelwerken war, dass sich die definierten Verfahren in einigen Fällen auf ihre grundlegenden Merkmale beschränken und ergänzt werden müssen, um die Anforderungen der Nutzer zu erfüllen.³⁰

4. European Payments Council

Um europaweit umsetzbare Standards für Zahlungen in € zu entwickeln, wurde im Juni 2002 der European Payments Council («EPC», «Europäischer Zahlungsverkehrsausschuss») als Einrichtung der Kreditinstitute in der Europäischen Union und der EWR-Staaten sowie der Schweiz gegründet. Erklärter Zweck des EPC ist die Realisierung des SEPA.³¹ Der EPC ist somit das für die Definition und Implementierung der SEPA-Verfahren massgebliche Gremium.³²

²⁸ Rules 1.1 und 1.2 CTRB.

²⁹ Deutsche Bundesbank, SEPA, 3.

³⁰ Europäische Zentralbank, EURO-Zahlungsraum, 14.

³¹ Vgl. <<http://www.europeanpaymentscouncil.eu>>.

³² Bundesverband Deutscher Banken, SEPA, 13.

Der EPC ist als «international not-for-profit association», «Association Internationale Sans But Lucratif» (A.I.S.B.L.), «internationale Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht» nach belgischem Recht mit Sitz in Brüssel organisiert. Aufgrund seiner Statuten, der «Charter of the European Payments Council» ist der EPC als internationale nichtstaatliche Organisation zu qualifizieren. Mitglieder des EPC sind Banken und Bankenverbände aus den Mitgliedsländern der EU und des EWR sowie der Schweiz. Im Januar 2009 umfasste der EPC 72 Mitglieder. Die Anzahl der Sitze der einzelnen Länder ist abhängig von der Anzahl der Zahlungsverkehrstransaktionen in Euro des jeweiligen Landes und dessen Bevölkerungszahl sowie einer angemessenen Repräsentanz aller Bankensektoren.

III. Die Erfassung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs gemäss Schweizer Recht

1. Bargeldloser Zahlungsverkehr

Als bargeldloser Zahlungsverkehr wird die Übertragung von Buchgeld durch Belastung und Gutschrift auf Konten bezeichnet.³³ Bargeldloser Zahlungsverkehr liegt dabei auch vor, wenn am Anfang der Überweisungskette eine Bargeldeinzahlung am Schalter steht, weil diese zunächst auf ein Sammelkonto verbucht wird.

Buchgeld sind jederzeit verfügbare Guthaben bei einer Bank oder der Post. Buchgeld ist eine Forderung an ein Kreditinstitut auf Bargeld.³⁴ Die bargeldlose Überweisung bewirkt eine Gutschrift auf dem Konto des Gläubigers. Rechtlich ist dies als Begründung einer neuen Forderung des Begünstigten an sein Finanzinstitut zu betrachten. Bei der bargeldlosen Überweisung findet keine Zession einer Forderung statt. Vielmehr werden neue Forderungen gegen die kontoführenden Finanzinstitute begründet, welche betragsmässig für den Begünstigten höher, für den Überweisenden tiefer ausfallen. Solche Umbuchungen sind nach schweizerischem Recht grundsätzlich keine Zahlungen im Rechtssinne, ausgenommen wenn es sich um Sichtguthaben bei der Schweizerischen Nationalbank handelt, welche nebst

³³ Vgl. Botschaft des Bundesrates zum Nationalbankgesetz, 6185; GIOVANOLI, Geldbegriff, passim.

³⁴ Vgl. GIOVANOLI, Geldbegriff, 96 ff.; Das Buchgeld ist mit dem Risiko behaftet, dass die Bank oder Post das Guthaben nicht zurückzahlen kann (Bonitätsrisiko).

Banknoten und Münzen gesetzliche Zahlungsmittel sind (Art. 2 WZG³⁵). Die bargeldlose Überweisung ist nur zulässig, wenn der Gläubiger ihr zustimmt.³⁶

Grundsätzlich ist der Schuldner einer auf ausländische Währung lautenden Schuld verpflichtet, in ausländischer Währung zu zahlen. Die in Art. 84 Abs. 2 OR enthaltene Alternativermächtigung erlaubt eine Zahlung in Landeswährung, sofern bei der Fremdwährungsschuld der Erfüllungsort in der Schweiz liegt und die Parteien keine Effektivklausel oder Geldsortenschuld vereinbart haben. Der Schuldner kann, muss aber nicht in der Inlandwährung erfüllen.³⁷

2. Anweisungs- und Auftragsrecht

Das Schweizer Recht kennt keine gesetzlichen Bestimmungen, welche explizit Zahlungen, sei es durch Buchgeldüberweisung, sei es durch Lastschrift, regeln. Vielmehr kommt das allgemeine Gesetzes- und Vertragsrecht zur Anwendung.

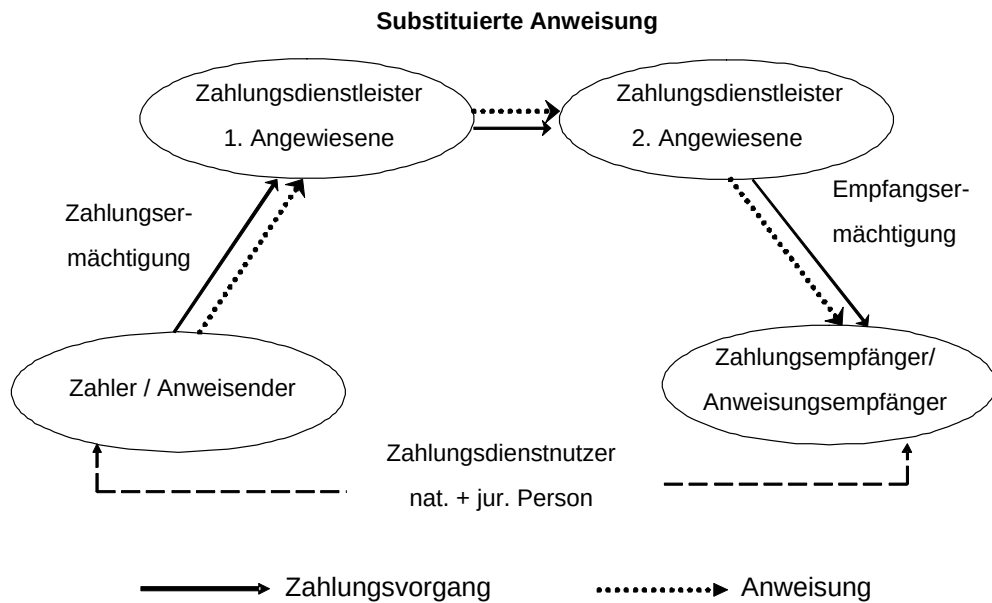
Die rechtliche Erfassung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs beruht im Wesentlichen auf dem Auftragsrecht und dem Institut der Anweisung.³⁸ Dabei erteilt der Zahlende (Anweisender) seiner Bank (Angewiesene) die Ermächtigung (und den Auftrag), dem Zahlungsempfänger (Anweisungsempfänger) eine bestimmte Summe gutzuschreiben.

³⁵ Bundesgesetz vom 22. Dezember 1999 über die Währung und die Zahlungsmittel; SR 941.10.

³⁶ Vgl. BILLOTTE-TONGUE, Aspects, 60; GIOVANOLI, Geldbegriff, 98 f.; HESS, recht, 144; WEBER, Berner Kommentar, N 153, 167 ff. zu Art. 84 OR.

³⁷ BGE 134 III 151 S. 154 f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2303 ff.

³⁸ BGE 124 III 253 E. 3a S. 255; 121 III 310 E. 3a S. 312 f.; sowie anstelle vieler BETTSCHART, Virement, 94 ff., 141 ff.; KOLLER/KISSLING, Zahlungsverkehr, 23-137; KRAMER, Rechtsprobleme, 4 ff.; Schweizerische Bankiervereinigung, Grundlagen, 8 ff.



Der Zahlungsempfänger erwirbt dabei ein direktes Forderungsrecht gegen den Angewiesenen erst, wenn dieser Annahme erklärt hat (Art. 468 Abs. 1 OR). Vom Grundgeschäft bleibt die Anweisung unabhängig; das Zahlungsverprechen der Bank ist gegenüber dem Deckungs- und Valutaverhältnis grundsätzlich abstrakt. Entsprechend kann der Angewiesene, der dem Anweisungsempfänger die vorbehaltlose Annahme der Anweisung erklärt hat, ihm gegenüber die Erfüllung nicht verweigern, indem er sich auf Einwendungen und Mängel aus dem Verhältnis mit dem Anweisenden (Deckungsverhältnis) oder demjenigen des Anweisenden zum Anweisungsempfänger (Valutaverhältnis) beruft.³⁹

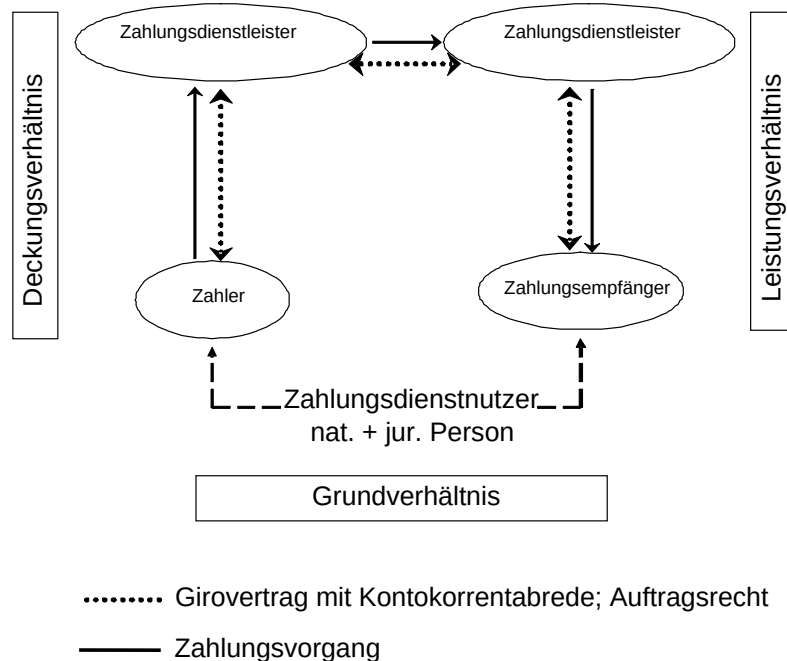
Geldschulden sind grundsätzlich «Bringschulden» (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 - OR). Beim Lastschriftverfahren ändert sich die Geldschuld in eine «Holschuld».⁴⁰

Verfügen Zahlender und Zahlungsempfänger nicht über Konten bei derselben Bank, so dass eine weitere Bank eingeschaltet werden muss, so liegt eine mehrgliedrige oder Kettenüberweisung vor. Die mehrgliedrige Überweisung findet ihre Grundlage in selbständigen, auftragsrechtlichen Regeln folgenden Giroverträgen, in welchen sich die Banken verpflichten, für einen

³⁹ BGE 121 III 109 E. 3a S. 112: Erlaubt sind dem Angewiesenen einzig die Einreden, welche sich aus dem persönlichen Verhältnis zum Anweisungsempfänger oder aus dem Inhalt der Anweisung (Art. 468 Abs. 1 OR) ergeben (BGE 124 III 253 E. 3b S. 255 ff.).

⁴⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR AT, N 2373; KÜMPEL, Bank- und Kapitalmarktrecht, 565.

Kunden den bargeldlosen Zahlungsverkehr zu besorgen und dabei insbesondere Überweisungen auszuführen und entgegenzunehmen.⁴¹



Offen ist, ob eine Buchgeldüberweisung ein einheitliches oder ein mehrgliedriges Rechtsgeschäft darstellt. Die Lehrmeinungen sind geteilt. Für die Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäftes sprechen sich BUIS, VON DER CRONE⁴², und BGE 124 III 253 S. 256 aus. Gegen die Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäftes äussern sich BETTSCHART, BILLOTTE-TONGUE, KOLLER/KISSLING und KRAMER⁴³.

Hinsichtlich der Verwendung von Interbanksystemen gehen BUIS, HESS und KRAMER⁴⁴ von einem nicht-einheitlichen Rechtsverhältnis aus, weil die am Interbanksystem teilnehmenden Banken eine neue Anweisung an die kontoführende Systembetreiberin erteilen. Innerhalb des Systems liegt eine zusätzliche Hausüberweisung gemäss den Systemregeln vor. Bei der Ver-

⁴¹ BGE 111 II 447 E. 1 S. 449.

⁴² BUIS, Banküberweisung, 114 ff.; VON DER CRONE, Aspekte, 45 f., 47, wobei VON DER CRONE einzig die Überweisung unter Beizug einer Korrespondenzbank behandelt.

⁴³ BETTSCHART, Virement, 247 ff.; BILLOTTE-TONGUE, Aspects, 37; KOLLER/KISSLING, Zahlungsverkehr, 33; KRAMER, Rechtsprobleme, 44.

⁴⁴ BUIS, Banküberweisung, 16; HESS, SZW, 108; KRAMER, Rechtsprobleme, 47.

wendung eines Zahlungssystems wird daher die ursprüngliche Anweisung aus dem Valutaverhältnis zwischen dem anweisenden Zahler und dem begünstigten Zahlungsempfänger von einer zweiten Anweisung aus dem Verhältnis Absenderbank-Empfängerbank überlagert.

3. Internationales Privatrecht

Das anwendbare nationale Recht bestimmt sich immer nach den am jeweiligen Gerichtsstand geltenden Kollisionsregeln. Die schweizerische Rechtsaufassung betreffend Anwendung des Anweisungsrechts auf Banküberweisungen beim inländischen und internationalen Zahlungsverkehr findet daher dort ihre Grenzen, wo ausländisches Recht anwendbar ist.

Die Beziehungen zwischen zwei Vertragsparteien im Zahlungsverkehr unterstehen primär dem von den Parteien gewählten Recht (Art. 116 Abs. 1 IPRG). Eine Rechtswahl, die erst nach dem Vertragsabschluss getroffen oder geändert wird, wirkt auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurück, wobei die Rechte Dritter vorbehalten bleiben (Art. 116 Abs. 3 IPRG).

Haben die Parteien auf eine Rechtswahl verzichtet, so untersteht ihre Beziehung dem Recht des Staates, mit dem sie am engsten zusammenhängt. Gemäss Art. 117 Abs. 2 IPRG wird vermutet, der engste Zusammenhang bestehe mit dem Staat, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringen soll, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder, wenn sie den Vertrag aufgrund einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit geschlossen hat, in dem sich ihre Niederlassung befindet.

Die Anweisung hat eine Dienstleistung zum Gegenstand. Diese Dienstleistung muss als charakteristische Leistung gelten. Bei der Anweisung ist somit die Leistung des Angewiesenen charakteristisch.⁴⁵ Es ist jedoch zu unterscheiden zwischen den verschiedenen Rechtsbeziehungen (siehe Abbildung in Kapitel III 2), die je ihrem eigenen Recht unterstehen können:⁴⁶

- das Verhältnis zwischen Anweisendem und Angewiesenem (Deckungsverhältnis)
- das Verhältnis zwischen Angewiesenem und Leistungsempfänger (Leistungsverhältnis), sowie
- das Verhältnis zwischen Anweisendem und Leistungsempfänger (Valutaverhältnis)

⁴⁵ Anstelle vieler: BGE 127 III 553; 127 III 123.

⁴⁶ BGE 122 III 237 E. 1b S. 239 f..

Sowohl beim Deckungs- als beim Leistungsverhältnis ist das Recht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts bzw. der Geschäftsniederlassung des Angewiesenen massgebend.⁴⁷ Im Verhältnis zwischen Anweisendem und angewiesener Bank kann ausserdem Art. 120 IPRG zu berücksichtigen sein, wenn im Deckungsverhältnis ein Privatkontovertrag im Sinne eines Konsumentenvertrags nach dieser Bestimmung vorliegt und mindestens eine der Voraussetzungen von Art. 120 Abs. 1 lit. a bis c IPRG erfüllt ist.⁴⁸

Eigener Anknüpfung unterliegt dagegen das Verhältnis zwischen Anweisendem und Anweisungsempfänger (Valutaverhältnis); dieses beurteilt sich unabhängig von der Anweisung nach dem für das Grundgeschäft massgebenden Recht.⁴⁹

IV. Die SEPA-Verfahren: SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook und SEPA Core Direct Debit Rulebook

Die vorliegenden Ausführungen konzentrieren sich auf die Zahlungsinstrumente der SEPA-Überweisung (SEPA Credit Transfer) sowie der SEPA-Lastschriften (SEPA Direct Debit). Die Funktionsweise des SEPA Schemes ist in mehreren vom EPC erarbeiteten Dokumenten festgelegt.⁵⁰ Im Folgenden wird auf die Version 3.2 des SEPA Credit Transfer Rulebooks («CTRB»), wie sie im EPC Plenary Meeting vom 24. Juni 2008 verabschiedet wurde, Bezug genommen. Die Ausführungen zum SEPA Core Direct Debit Rulebook («DDRB») stützen sich auf die Version 3.2 vom 2. Januar 2009, welche am 17. Dezember 2008 im EPC Plenary verabschiedet worden ist. Das SEPA Cards Framework wird nicht behandelt.

⁴⁷ Handelsgericht Zürich, Urteil vom 12. Dezember 1997, ZR 99 (2000) Nr. 42; AMSTUTZ/VOGT/WANG, Basler Kommentar, N 40 zu Art. 117 IPRG; BETTSCHART, Virement, 261 f.

⁴⁸ BGE 132 III 268.

⁴⁹ KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Zürcher Kommentar, N 96 zu Art. 117 IPRG.

⁵⁰ Vgl. <<http://www.europeanpaymentscouncil.eu>>.

1. Inhalt des SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook und des SEPA Core Direct Debit Rulebook

a) SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook

Durch das CTRB werden die bereits bestehenden europäischen Vereinbarungen zur Abwicklung grenzüberschreitender Überweisungen zu einem einheitlichen Konzept zusammengefasst. Damit wird ein Standardverfahren für den Massenzahlungsverkehr auf europäischer Stufe garantiert.⁵¹ Eine solche SEPA-Standardüberweisung verläuft nach dem folgenden Prinzip: Der aus einem Grundgeschäft Zahlungspflichtige begleicht seine Forderung gegenüber dem Zahlungsempfänger, indem er bei seinem Finanzinstitut (überweisende Bank) die Zahlung an das Finanzinstitut des Zahlungsempfängers (Empfängerbank) durch eine Zahlungsanweisung initiiert. Daraufhin überweist das überweisende Finanzinstitut das Geld zusammen mit einer Überweisungsnachricht an das Finanzinstitut des Empfängers. Schlussendlich wird dem Zahlungsempfänger die Überweisung gutgeschrieben, worüber zum Beispiel mittels eines Kontoauszuges informiert wird.⁵²

b) SEPA Core Direct Debit Rulebook

Ziel des DDRB ist, die unterschiedlichen nationalen Regelungen zum Lastschriftenverfahren zu vereinheitlichen. Eine Legaldefinition der Lastschrift findet sich in Art. 4 Abs. 28 PSD.

Näheres zur Ausgestaltung des SEPA-Lastschriftverfahrens findet sich in Kapitel VI 6.

c) Einige Regelungsschwerpunkte der SEPA Rulebooks

aa) Einheitliche Standards

Die SEPA-Datenformate sind standardisiert. Beispielsweise werden Überweisender und Begünstigter durch IBAN⁵³ und BIC⁵⁴ identifiziert. In technischer Hinsicht erarbeitete das europäische Kreditgewerbe für die Übermittlung von Zahlungsnachrichten ein einheitliches SEPA-Datenformat auf

⁵¹ Bundesverband Deutscher Banken, SEPA, 13.

⁵² Bundesverband Deutscher Banken, SEPA, 23.

⁵³ International Bank Account Number.

⁵⁴ Bank Identifier Code.

XML-Basis (ISO 20022); siehe das SEPA Data Model, Version 2.2.⁵⁵ Dieser einheitliche technische Standard bildet die Grundlage für die Interoperabilität von Zahlungsverkehrsinfrastrukturen in SEPA und soll damit eine voll-automatisierte Abwicklung von Zahlungen ermöglichen.

bb) Execution Time

Die Ausführungsdauer beträgt für Buchgeldüberweisungen maximal drei Tage ab Annahme des Auftrages vom Kunden durch das Finanzinstitut. Ab Inkrafttreten der PSD verkürzen sich diese Fristen bis auf einen Bankwerktag.⁵⁶

cc) Return/Reject

Die Rückabwicklung zurückgewiesener oder nicht ausführbarer Zahlungsaufträge erfolgt nach vordefinierten Standards.⁵⁷

dd) Share Principle für Kosten

Die Weiterleitung des Überweisungsbetrages an das Finanzinstitut des Empfängers erfolgt in voller Höhe, ohne Abzüge von Gebühren bei Buchgeldüberweisungen. Jedes Finanzinstitut ist individuell für die Regelung der Gebühren mit seinen Kunden zuständig.⁵⁸

ee) Reachability

Reachability wird in den SEPA Rulebooks⁵⁹ folgendermassen definiert:

«Reachability is the concept that all payment accounts in SEPA are accessible for the receiving [of payments/of direct debits] in the scheme.»

Reachability wird bezeichnet als (i) wichtige Annahme, auf welcher das SEPA-Scheme beruht, und (ii) als zentraler Erfolgsfaktor für SEPA.⁶⁰ Das Konzept der Erreichbarkeit geht davon aus, dass jedes an SEPA teilnehmende Finanzinstitut für seine Kunden SEPA-konforme Zahlungsinstruktionen absetzen und eingehende SEPA-konforme Meldungen betreffend seine Kunden verarbeiten muss.

⁵⁵ SEPA Data Model, Version 2.2, approved on 13 December 2006 (EPC029-06).

⁵⁶ Vgl. Rules 4.1-4.3 CTRB.

⁵⁷ Vgl. Rule 4.4. CTRB, Rule 4.4 DDRB.

⁵⁸ Vgl. Rule 1.7, par. 2, 2. Bullet Point und Rule 4.2.4 CTRB; Rule 4.3.5 DDRB.

⁵⁹ Rule 7 CTRB und DDRB: Definition von Reachability.

⁶⁰ Rule 2.6 CTRB, Rule 2.7 DDRB.

Für Buchgeldüberweisungen in Euro sind Schweizer Zahlungsdienstleister mit deren Beitritt zu SEPA verpflichtet, eingehende Zahlungen gutzuschreiben. Diese Pflicht folgt bereits aus der passiven Seite des mit den Kunden bestehenden Girovertrags.⁶¹

Ebenso folgt aus der aktiven Seite des Girovertrages, dass die Finanzinstitute Überweisungsaufträge ihrer Kunden ausführen müssen. Risikomanagement, z. B. die Einführung von Limiten für Buchgeldüberweisungen und die Rückweisung unkorrekter Zahlungsaufträge sind auch in SEPA zulässig.⁶²

Für das SEPA Direct Debit Scheme ist Reachability definiert als die Fähigkeit, SEPA-Lastschriftzahlungen zu empfangen.⁶³ Jeder SEPA-Teilnehmer muss als Finanzinstitut des Zahlers operativ sein. Die Tätigkeit als Bank des Zahlungsempfängers im SEPA Direct Debit Scheme ist fakultativ.⁶⁴

ff) Datenweitergabe

Gemäss Abschnitt 4.5.1; 4.5.2 und 4.5.4 CTRB müssen alle Zahlungsmeldungen für eine Überweisung gemäss SEPA-Anforderungen folgende Angaben enthalten:

- Name Zahler
- Name Zahlungsempfänger
- Adresse Zahler
- Adresse Zahlungsempfänger
- IBAN von Zahler und Zahlungsempfänger

All diese Angaben sind Daten, welche die Identifizierung des Kunden ermöglichen. Der Inhalt der Payment Messages gemäss SEPA-Rulebooks entspricht damit hinsichtlich der Angaben über Zahler und Zahlungsempfänger der Definition von Personendaten des Datenschutzgesetzes (Art. 3 lit. a DSG):⁶⁵ Personendaten sind «*alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen*».

Datenschutzrechtlich sind im grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr die Art. 4, 6, und 12 f. DSG relevant. Die Kunden müssen über die Weiterga-

⁶¹ HESS, recht, 148.

⁶² Rules 1.3, 3. Bullet Point; 2.5, par. 2 und 4; 4.2.1; 4.2.2; 5.7, no. 10 CTRB.

⁶³ Rule 2.7 DDRB.

⁶⁴ Rule 5.3 DDRB.

⁶⁵ ALTHAUS STÄMPFLI, Personendaten, 32 f.; HESS, Haftung, 60.

be ihrer Personendaten informiert werden und es muss ein Rechtfertigungsgrund vorliegen.⁶⁶

Die Anforderungen an die notwendigen Daten im Direct Debit Scheme werden primär durch die SEPA-Ermächtigung definiert.⁶⁷

gg) Streiterledigung

Die Rulebooks geben den teilnehmenden Finanzinstituten ein Recht zur Appellation gegen die Entscheide des EPC Scheme Management Committee («SMC») an ein zuständiges Gericht in einem der an SEPA teilnehmenden Ländern.⁶⁸ Die Rulebooks erwähnen als appellationsfähige Entscheide des SMC u. a. die Nichtaufnahme als Participant.⁶⁹

Die SEPA-Rulebooks sind mehrseitige Verträge zwischen (i) dem EPC und jedem teilnehmenden Finanzinstitut, und (ii) zwischen den teilnehmenden Finanzinstituten.⁷⁰ Deren klageweise Durchsetzung erfolgt durch Klage des Scheme Management Committee oder eines teilnehmenden Finanzinstituts gegen ein anderes Finanzinstitut.⁷¹

Meinungsverschiedenheiten betreffend der Auslegung der Rulebooks oder der Einhaltung deren Regeln unterbreiten die SEPA-Teilnehmer einem Schlichtungsverfahren unter Führung des SMC.⁷²

Ist auch dieser Schlichtungsversuch erfolglos, dann stehen zwei Optionen zur Verfügung:⁷³

- Schiedsgerichtsverfahren gemäss den ICC⁷⁴-Regeln mit Sitz des Schiedsgerichtes in Brüssel. SMC ist berechtigt, an diesem Verfahren teilzunehmen. Die Frist, ein solches Schiedsgerichtsverfahren einzurufen, beträgt 30 Tage nachdem einer der Teilnehmer die Sache als nicht erledigt bezeichnet hat. Die Verweisung an die Schiedsgerichtsbarkeit erfolgt durch das SMC.

⁶⁶ Vgl. HESS, Haftung, 65 f., 83 f.

⁶⁷ Siehe Kapitel IV 6 b und Rule 4.7.1 DDRB sowie Guidelines for the Appearance of Mandates, (Core SEPA Direct Debit Scheme), Doc: EPC392-08 of 4 December 2008, <<http://www.europeanpaymentscouncil.eu/documents/EPC392-08%20SDD%20Mandate%20Layout%20Guidelines.pdf>>.

⁶⁸ Rule 6 CTRB; Annex II CTRB, Section 2.5; Rule 6 DDRB; Annex IV DDRB, Section 2.5.

⁶⁹ Rules 5.5 je im CTRB und DDRB; Annex II CTRB sowie Annex IV DDRB, Section 2.2.9.

⁷⁰ Rules 5.2 Abs. 3 CTRB und DDRB.

⁷¹ Annex II CTRB, Annex IV DDRB, je Section 2.3.7.

⁷² Annex II CTRB, Annex IV DDRB, je Section 2.3.1 – 2.3.6.

⁷³ Annex II CTRB, Annex IV DDRB, je Section 2.3.7.

⁷⁴ International Chamber of Commerce.

- Die betroffenen SEPA-Teilnehmer können bilateral vereinbaren, dass der Streitpunkt von einem Schiedsgericht in einem der SEPA-Länder behandelt werden soll gemäss den Regeln, die von den Parteien gewählt und vom EPC genehmigt werden.

Alle Verfahren müssen in Englisch geführt werden, ausser der EPC erlaube Abweichungen.

2. Rechtsnatur des CTRB und DDRB und deren Stellung innerhalb des EU-Rechts

Die SEPA-Schemes regeln auf vertraglicher Basis das Verhältnis zwischen den Finanzinstituten, die Zahlungsdienste erbringen, und damit den Bereich, den die PSD nicht abdeckt. Der Beitritt zu den Schemes erfolgt über dem belgischen Recht⁷⁵ unterstehende privatrechtliche Verträge, den sogenannten SEPA Adherence Agreements, welche die SEPA-Rulebooks und die Pflicht, diese zu befolgen, zum Vertragsinhalt machen. Mit der Unterzeichnung der SEPA Adherence Agreements schliessen die teilnehmenden Finanzinstitute multilaterale Verträge mit dem European Payments Council (EPC) und den anderen an SEPA teilnehmenden Finanzinstituten ab.⁷⁶

Vertragspartei des SEPA-Scheme sind nicht Staaten, sondern die unterzeichnenden Finanzinstitute. Der Schweiz als Staat werden demnach durch einen Beitritt von Schweizer Finanzinstituten zu den SEPA-Schemes keine rechtlich verbindlichen Pflichten auferlegt.

Die SEPA-Rulebooks legen, basierend auf der mit der Umsetzung der PSD erfolgten Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Regelungen, verbindliche Regelungen für die teilnehmenden Banken fest mit dem Ziel, den Kunden richtlinienkonforme Zahlungsdienstleistungen anzubieten. Sie regeln die Beziehungen zwischen den beteiligten Banken und Abwicklungsinstituten, nicht die Kundenbeziehung als solche.

Die Durchsetzung der (i) Einhaltung der Anforderungen gemäss SEPA-Scheme und (ii) der Voraussetzungen der Teilnahme der Finanzinstitute an SEPA erfolgt über die im SEPA Scheme Management festgelegten Beschwerde- und Klageverfahren.⁷⁷

⁷⁵ Annex I, no. 6 des SEPA Credit Transfer Adherence Agreements und Annex I, no. 7 des Draft SEPA Direct Debit Adherence Agreements.

⁷⁶ Vgl. Rules 0.5.3 und 5.2 CTRB sowie Rules 0.5.4 und 5.2 DDRB.

⁷⁷ Vgl. Kapitel IV 1 c gg.

V. Anforderungen des EPC für die Teilnahme der Schweizer Finanzinstitute an SEPA

1. Die Anforderungen der Rulebooks für die Teilnahme der Schweizer Finanzinstitute

Die SEPA Schemes betreffen Euro-Zahlungen und sind mit Blick auf die europäischen Rechtsvorschriften, insbesondere die PSD, entwickelt worden. Die Schweiz ist als Nicht-Mitglied der EU und des EWR nicht an den *Acquis Communautaire* gebunden. Es stellte sich daher die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Schweizer Finanzinstitute an den SEPA-Schemes teilnehmen können.

Weil die PSD für sämtliche Staaten zeitlich erst nach dem operativen Start des SEPA Credit Transfer Scheme am 1. November 2009 in Kraft tritt, stellte sich diese Frage auch für die EU- und EWR-Mitglieder.

Die Rulebooks sehen daher für sämtliche am SEPA-Scheme teilnehmenden Finanzinstitute folgende Teilnahmevoraussetzungen vor (SEPA Credit Transfer Scheme: Rule 5.1, par. 2 CTRB; SEPA Direct Debit Scheme: Rule 5.1, par. 3 DDRB):

- Die Teilnehmer aller SEPA-Staaten respektieren die wettbewerbsrechtliche Chancengleichheit (Originaltext: *«level playing field»*).
- Alle SEPA-Scheme-Teilnehmer müssen die SEPA Credit Transfer oder Direct Debit Scheme Rulebooks gleichermassen befolgen wie die anderen Teilnehmer.
- Die Teilnehmer müssen den Nachweis erbringen, dass die Bestimmungen von Kapitel III und IV PSD, welche für die SEPA-Überweisungen resp. SEPA-Lastschriften relevant sind, ab dem 1. November 2009 in ihrem nationalen Recht vorhanden oder aufgrund einer im Wesentlichen gleichwertigen Praxis bindend sind (Originaltext: *substantially equivalent binding practice*). Im Unterschied zum DDRB muss für die Teilnahme am Credit Transfer Scheme zusätzlich die EU-Verordnung 1781/2006 betreffend Angabe des Absenders⁷⁸ entsprechend durch Gesetz oder im Wesentlichen gleichwertige Praxis eingehalten werden.

⁷⁸ Regulation [EC] No 1781/2006 of the European Parliament and of the Council of 15 November 2006 on information on the payer accompanying transfers of funds, publiziert im Amtsblatt L 345 vom 8. Dezember 2006, 1 ff.

Der Begriff «im Wesentlichen gleichwertig» erlaubt ein Ermessen, bei dessen Ausübung die Meinungen nicht immer gleich sind. Die geforderte Rechtsvergleichung ist komplex, weil es letztlich nicht nur um die Auslegung einer einzelnen Bestimmung geht. Verglichen werden müssen die Konzeptionen der jeweiligen Rechtsordnungen, die hinter einer einzelnen Bestimmung stehen, welche oft nicht auf Anhieb kompatibel sind.

2. SEPA Credit Transfer Rulebook

Die Schweizer Finanzinstitute erarbeiteten eine Legal Opinion, welche die Erfüllung der in Kapitel V 1 ausgeführten Anforderungen darstellte. Hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem EU-Recht wurden die entsprechenden Kapitel der PSD und die EU-Verordnung 1781/2006 betreffend Angabe des Absenders artikelweise rechtsvergleichend analysiert. Wo im Schweizer Recht oder in der Praxis der Schweizer Finanzinstitute Abweichungen von den EU-Regelungen bestehen, sind diese dem EPC dargestellt worden.

Mit dem Beschluss des EPC Plenary vom 28. September 2007 sind die Schweizer Finanzinstitute formell für Credit Transfers am Einheitlichen Euro-Zahlungsraum (SEPA) teilnahmeberechtigt, vorbehältlich der Vertragsunterzeichnung (SEPA Adherence Agreement) durch jedes einzelne Institut.

3. SEPA Core Direct Debit Rulebook

Für das SEPA Direct Debit Scheme erstellten die Schweizer Finanzinstitute erneut eine rechtsvergleichende Analyse, welche die Erfüllung der erwähnten Kriterien darlegte.

Es obliegt dem EPC zu beurteilen, wie weit die nationale Umsetzung in den EWR-Staaten die operative Implementierung des SEPA Direct Debit Scheme zulässt. Es wird das Direct Debit Scheme dann in einem Staat einführen, wenn es die Voraussetzungen nach Rule 5.1 DDRB als gegeben betrachtet.⁷⁹ Durch die Unterzeichnung der Adherence Agreements wird schlussendlich jedes einzelne Finanzinstitut die Einhaltung dieser Voraussetzungen bestätigen.

⁷⁹ Vgl. Rule 1.8, par. 2 DDRB.

VI. Aus der Sicht des Schweizer Rechts relevante Aspekte

1. Widerruf

a) Unwiderruflichkeit gemäss der PSD

Art. 66 Abs. 1 PSD enthält eine Regelung zur Unwiderruflichkeit der Zahlungsanweisung. Diese sieht vor, dass Unwiderruflichkeit von Zahlungsanweisungen nach dem Zeitpunkt des Eingangs der Zahlungsanweisung durch den Zahlungsdienstleister eintritt. Das erleichtert die Abwicklung von Zahlungen im Interbankenverhältnis und überbrückt das Problem unterschiedlicher nationaler Widerrufsfristen.⁸⁰

b) Unwiderruflichkeit gemäss SEPA-Rulebooks

Die SEPA-Rulebooks regeln die Frage der Widerruflichkeit nicht.

Das CTRB definiert den Zeitpunkt der Unwiderruflichkeit («irrevocability») nirgends direkt. Dieser Zeitpunkt lässt sich höchstens aus dem operativen Ablauf entnehmen. Der Tag des Einganges entspricht dem Zeitpunkt, in welchem alle Bedingungen der Bank des Zahlers für die Ausführung der Zahlungsanweisung erfüllt sind.⁸¹ Am Tag der Annahme der Zahlungsanweisung belastet der Dienstleister des Zahlers dessen Konto.⁸² Die Bank des Zahlers ist verpflichtet, das Konto des Zahlers nach der Annahme zu belasten.⁸³ Geregelt sind Rejects und Returns durch die Zahlungsdienstleister.⁸⁴ Der Widerruf durch den Zahler ist vom CTRB nicht geregelt, weil das Verhältnis Zahler – Finanzinstitut ausserhalb der SEPA-Rulebooks liegt.

Das DDRB behandelt den Widerruf unter dem Titel «Revocation» und «Requests for Cancellation» im Abschnitt «Exception Handling» und sagt explizit, dass diese Vorgänge nicht Sache der SEPA-Rulebooks sind, sondern zwischen Finanzinstitut und Kunde resp. zwischengeschalteten Stellen (Clearingorganisationen etc.) zu regeln seien (Rule 4.4).

⁸⁰ Deutscher Zentraler Kreditausschuss, Anmerkungen zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine «Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt» vom 6. Februar 2006, 44.

⁸¹ Rule 4.2.1 CTRB.

⁸² Rule 4.3, CT-03 CTRB.

⁸³ Rule 5.7, no. 14 CTRB.

⁸⁴ Rule 4.4 CTRB.

c) Unwiderruflichkeit im Schweizer Recht

aa) Unwiderruflichkeit im geltenden Recht

Nach Art. 470 Abs. 1 OR kann eine Anweisung grundsätzlich jederzeit widerrufen werden, es sei denn, der Angewiesene habe dem Anweisungsempfänger Annahme erklärt (Art. 470 Abs. 2 OR). Im bargeldlosen Zahlungsverkehr tritt Unwiderruflichkeit nach geltendem Recht regelmässig erst mit Gutschrift auf dem Konto des Empfängers ein.⁸⁵ Das Widerrufsrecht ist nach einem Teil der Lehre und gemäss Rechtsprechung zwingend; der Anweisende kann darauf nicht zum Voraus verzichten.⁸⁶ Die Widerruflichkeit der nicht angenommenen Anweisung wird damit begründet, dass eine einseitige Ermächtigung nicht bindend sein soll, solange der Adressat von ihr keinen Gebrauch gemacht hat.⁸⁷ Vor allem im mehrgliedrigen Zahlungsverkehr ist dieser späte Zeitpunkt der Unwiderruflichkeit unangemessen.⁸⁸ Mit der Instruktion des Bankensystems, eine Buchgeldüberweisung vorzunehmen und mit der Abbuchung auf dem Konto des Überweisenden ist von der Ermächtigung Gebrauch gemacht worden.⁸⁹

Das geltende schweizerische Recht steht hinsichtlich Widerruf im Widerspruch zu Art. 66 PSD.

bb) Unwiderruflichkeit gemäss Entwurf Bucheffektengesetz

Das Bucheffektengesetz⁹⁰ hat mittelbar auch Auswirkungen auf das Recht des bargeldlosen Zahlungsverkehrs. Art. 15 Abs. 3 BEG sieht vor, dass eine Weisung zur Übertragung von Bucheffekten spätestens mit der Belastung durch die Verwahrungsstelle unwiderruflich wird. Zum Zwecke der Risikokontrolle und zum Schutz von Abwicklungssystemen sollten bei Effektengeschäften die Übertragungen auf der Geld- und der Titelseite zur gleichen Zeit unwiderruflich werden. Zahlungssysteme und Effektenabwicklungs-

⁸⁵ Vgl. statt vieler HESS, SZW, 102 f., 111; a. M. VON DER CRONE, Aspekte, 36 ff., der zusätzlich Mitteilung an Anweisungsempfänger verlangt, da die Annahme der Anweisung empfangsbedürftig sei.

⁸⁶ BGE 127 III 557; 122 III 244.

⁸⁷ KOLLER, Basler Kommentar, N 4 zu Art. 470 OR.

⁸⁸ Botschaft des Bundesrates zum Bucheffektengesetz und zum Haager Wertpapierübereinkommen, 9389.

⁸⁹ HESS/FRIEDRICH, GesKR, 113; siehe auch GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2327; KOLLER/KISSLING, Zahlungsverkehr, 67.

⁹⁰ Botschaft des Bundesrates zum Bucheffektengesetz und zum Haager Wertpapierübereinkommen, 9389.

systeme regeln zudem regelmässig die Gleichzeitigkeit von Lieferung und Zahlung (*Delivery versus Payment*) in den vertraglich vereinbarten Bedingungen. Deshalb besteht im Zahlungsverkehrsrecht ebenfalls Anpassungsbedarf.

Die mit dem BEG verabschiedete Änderung des Obligationenrechts lässt deshalb für Anweisungen im bargeldlosen Zahlungsverkehr Unwiderruflichkeit mit der Belastung des Kontos des Zahlers durch den angewiesenen Finanzintermediär eintreten. Art. 470 Abs. 2^{bis} OR lautet:

«Bestimmen die Regeln eines Zahlungssystems nichts anderes, so ist die Anweisung im bargeldlosen Zahlungsverkehr unwiderruflich, sobald der Überweisungsbetrag dem Konto des Anweisenden belastet worden ist.»

Als Belastung gilt jede Buchung auf der Passivseite des Kontos des Anweisenden, sofern diese Buchung nach den Regeln des Buchungssystems oder dem Kausalverhältnis eine gewisse Endgültigkeit zukommt oder sich in Form einer Willenserklärung des angewiesenen Finanzintermediärs manifestiert.⁹¹ Das ist in jedem Fall anzunehmen, wenn die Belastung mit einer Anweisung an den Intermediär des Zahlungsempfängers oder einen zwischengeschalteten Intermediär verbunden ist; in diesem Fall ist die angewiesene Bank in einer Weise tätig geworden, welche ein Widerrufsrecht ausschliesst. Vorbehalten bleiben abweichende Regeln von Zahlungssystemen.

Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 470 Abs. 2^{bis} OR ist beschränkt auf Anweisungen im Rahmen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, der über Finanzintermediäre abgewickelt wird.

Das Bucheffektengesetz ist von den Räten in den Jahren 2007/8 einstimmig verabschiedet worden. Es wird auf den 1. Januar 2010 in Kraft gesetzt, unter Vorziehen von Art. 470 Abs. 2^{bis} OR auf den 1. Oktober 2009.

Der neue Art. 470 Abs. 2^{bis} OR – Unwiderruflichkeit tritt ein mit der Belastung des Kontos des Zahlers – ist kompatibel mit der PSD.

⁹¹ Vgl. den analogen Fall des Urkundencharakters von maschinenlesbar gespeicherten Daten in Art. 110 Ziff. 5 Abs. 1 in fine StGB («Die Aufzeichnung auf Bild- und Datenträgern steht der Schriftform gleich, sofern sie dem gleichen Zweck dient.») sowie BGE 116 IV 334 zur alten Fassung von Art. 110 Ziff. 5 StGB.

2. Prüfung Übereinstimmung zwischen Name des Begünstigten und IBAN, resp. Kontonummer

Gemäss Rule 5.8 no. 7 CTRB wird bei einer Eurobuchgeldüberweisung der Begünstigte nur aufgrund der International Bank Account Number («IBAN») identifiziert. Es findet keine Abgleichung mit dem Namen des Begünstigten statt, unter Vorbehalt der Bestimmungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei und des Terrorismus.

a) Geltende Schweizer Praxis

In BGE 126 III 20 hat das Bundesgericht festgehalten, dass eine Bank im Fall, dass nach dem Wortlaut des Überweisungsauftrages ein Widerspruch zwischen dem Namen des Empfängers und der Kontonummer bestehe, aufgrund der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht verpflichtet sei, beide Angaben zu berücksichtigen und in Rücksprache mit dem Auftraggeber eine unmissverständliche Weisung abzuwarten. Das Bundesgerichtsurteil stellte sehr konkret auf das SWIFT⁹²-Verfahren ab:

*«Das SWIFT-Verfahren sieht die Bezeichnung sowohl des Kontos als auch des Namens des Begünstigten vor; diese doppelte Identifikation des Empfängerkontos soll auch hier offensichtlich Verwechslungen und Irrtümern entgegenwirken. Wo das für eine Überweisung verwendete Verfahren einen Schutz durch doppelte Identifikation vorsieht, darf die beauftragte Bank entsprechende Angaben, mit denen der Auftraggeber sich gegen Fehlüberweisungen absichern will, nicht einfach ignorieren».*⁹³

Im Zentrum der Entscheidung steht die Konkretisierung der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht, um die für die konkrete Situation und die vom Schuldner zu erbringende Leistung angemessenen Massstäbe festzulegen.⁹⁴ Das SEPA-Verfahren erklärt eindeutig, dass die IBAN-Nummer als einziges Identifikationskriterium verwendet wird. Damit gelten für SEPA-Überweisungen andere Regeln als die von SWIFT. Demzufolge kann die für SWIFT geforderte Sorgfalt nicht einfach auf SEPA-Zahlungen übertragen werden, zumindest nicht für das Verhältnis zwischen den beteiligten Zahlungsdienstleistern. Zwischen den SEPA-Teilnehmern ist dies so vereinbart durch das CTRB.

⁹² Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication.

⁹³ BGE 126 III 20 E. 3b aa.

⁹⁴ WIEGAND, ZBJV, 338.

Für das Verhältnis Kunde-Finanzinstitut kann die Sorgfalt bei der Identifikation des Zahlungsempfängers zudem durch besondere, mit den Kunden zu vereinbarenden Bestimmungen für SEPA-Transaktionen identisch zu den Standards der SEPA-Rulebooks geregelt werden, was viele Schweizer Finanzinstitute getan haben. Im Weiteren erlaubt Rule 5.8 no. 12 CTRB im Verhältnis der Zahlungsdienstleister zu deren Kunden bei Abweichungen zwischen IBAN und Name des Begünstigten eine Verzögerung der Ausführung.⁹⁵

3. Informationspflichten

Die in den SEPA-Rulebooks aufgestellten Regeln begründen Informationspflichten. In der PSD werden darüber hinausgehende Informationspflichten vorgeschrieben, die in den EU-Staaten bis 1. November 2009 gesetzlich umgesetzt werden müssen. In der Schweiz bestehen m. E. weitgehend gleichwertige Regeln, die aber nicht aus einem einzigen Erlass hervorgehen, sondern ihre Grundlage in verschiedenen Gesetzen, Erlassen und der Gerichtspraxis haben.

Bezüglich Transparenz hat die Schweiz mit der Preisbekanntgabeverordnung⁹⁶ eine ähnliche Regelung wie in der EU-Verordnung 2560/2001⁹⁷ getroffen: Art. 10 Abs. 1 lit. r Preisbekanntgabeverordnung unterstellt die Kontoeröffnung, -führung und -schliessung, den Zahlungsverkehr im Inland und grenzüberschreitend, Zahlungsmittel (Kreditkarten) sowie den Kauf und Verkauf ausländischer Währungen (Geldwechsel) den Bekanntgabepflichten. Die Preisbekanntgabeverordnung ist anwendbar auf alle Banken, die PostFinance und alle Erbringer von Zahlungsdienstleistungen.⁹⁸ Preise müssen auf Preislisten, im Internet etc. in leicht zugänglicher und lesbarer Weise veröffentlicht werden.⁹⁹ Mündliche Information genügt nicht. Verstösse gegen die Preisbekanntgabepflicht ziehen Busse oder Gefängnis nach sich (Art. 21 Preisbekanntgabeverordnung i.V.m. Art 23 UWG).

⁹⁵ Vgl. Rule 5.8, no. 12 CTRB.

⁹⁶ Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen vom 11. Dezember 1978; SR 942.211.

⁹⁷ Vgl. Kapitel I 2.

⁹⁸ SECO, Preisbekanntgabe und Werbung: Bank- und bankähnliche Dienstleistungen, Informationsblatt vom 1. Januar 2006, Abschnitte 3 f.

⁹⁹ SECO, Preisbekanntgabe und Werbung: Bank- und bankähnliche Dienstleistungen, Informationsblatt vom 1. Januar 2006, Abschnitt 5.

Das Vertragsverhältnis betreffend Zahlungsverkehr, der Girovertrag mit Kontokorrentabrede, wird als Auftrag qualifiziert.¹⁰⁰ Im Vertrag Bank-Bankkunde gilt somit die umfassende auftragsrechtliche Treuepflicht wie in BGE 115 II 62 definiert, gemäss welcher die beauftragte Bank ihren Kunden beraten und unaufgefordert über alles, was für den Kunden von Bedeutung ist, informieren muss. Es gelten die auftragsrechtlichen Prinzipien der Rechenschaftsablegung, umfassend die Informations- und Abrechnungspflicht, sowie die Ablieferungspflicht.¹⁰¹ Die Schweizer Finanzinstitute erfüllen diese Pflichten durch (i) Vorankündigung neuer Vertragsbestimmungen für den Zahlungsverkehr, (ii) regelmässige Zustellung von Kontoauszügen und (iii) Gewährung des Zuganges zu den Kontoinformationen durch Internet, Schalterauskunft etc.¹⁰²

Ausser allgemeinen Rechtsgrundsätzen wie Treu und Glauben kennt das Schweizer Recht kein «Transparenzgebot» wie es die deutsche Gerichtspraxis entwickelt hat.¹⁰³ Indessen bejaht die Schweizer Rechtsprechung das Konzept der Vertrauenshaftung.¹⁰⁴ Daraus folgt auch, dass die Schweizer Finanzinstitute ihre Kunden über den Inhalt der vertraglichen Regelung der SEPA-Überweisung informieren müssen, ausser die Kunden wüssten als Spezialisten ohnehin bereits Bescheid.¹⁰⁵ Die Schweizer Finanzinstitute kommen dieser Pflicht nach, in der Regel mittels zweier Dokumente, den «Besonderen Bedingungen für SEPA-Transaktionen», und einer SEPA-Musterinformationsbroschüre zu den beiden SEPA-Verfahren (Überweisung und Lastschrift), welche ihren Kunden abgegeben werden.

4. Sorgfaltsmassstab und Haftung

a) Haftung gemäss PSD

Die aus dem Schweizer Recht vertraute Haftungsvoraussetzung des schuldhaften Verhaltens findet sich in der PSD nicht. Die PSD stipuliert eine Kausalhaftung unter Vorbehalt bestimmter Tatbestände.

¹⁰⁰ Vgl. Kapitel III 2.

¹⁰¹ Art. 398 Abs. 2 und Art. 400 OR; vgl. auch BGE 119 II 333; BJM 1994, Urteil des Kantonsgerichts Baselland vom 17. August 1993, E. 2b aa S. 236 ff.

¹⁰² BILLOTE-TONGUE, Aspects, 53.

¹⁰³ FAVRE-BULLE, Payments, 209.

¹⁰⁴ BGE 121 III 310; 120 III 331.

¹⁰⁵ Vgl. FAVRE-BULLE, Payments, 207 ff.; FELLMANN, Berner Kommentar, N 150 ff. zu Art. 398 OR; LOSER, Vertrauenshaftung, 426 ff., 467.

Art. 75 PSD sieht im Umfang der Überweisungssumme eine «strict liability», d. h. die verschuldensunabhängige¹⁰⁶ Haftung des jeweiligen Zahlungsdienstleisters für die ordnungsgemäße Ausführung des Zahlungsvorganges – unter Vorbehalt höherer Gewalt (Art. 78 PSD), der rechtzeitigen Notifikation eines nichtautorisierten oder fehlerhaften Zahlungsvorganges (Art. 58 PSD) sowie unter Vorbehalt der Angabe eines fehlerhaften Kundenidentifikators (Art. 74 PSD) – vor. Damit stipuliert sie eine «*Money Back Guarantee*».¹⁰⁷ Die Bank des Zahlers trägt dieses Haftungsrisiko gegenüber dem Zahler, solange der Überweisungsbetrag nicht bei der Bank des Zahlungsempfängers eingetroffen ist. Ab diesem Zeitpunkt verschiebt sich das Haftungsrisiko auf die Bank des Zahlungsempfängers, welche gegenüber dem Zahlungsempfänger haftet (Art. 75 Ziff. 1 in fine PSD). Somit können die Zahlungsdienstnutzer nur auf jenes Finanzinstitut zurückgreifen, welches in einem direkten vertraglichen Verhältnis zu ihnen steht.

Ein Zahlungsdienstleister, der gegenüber seinem Kunden für fehlerhafte Ausführung oder Übermittlung von Zahlungsaufträgen haftet, hat die Möglichkeit, auf einen anderen Zahlungsdienstleister oder eine zwischengeschaltete Stelle (Clearinghouse, etc.) Regress zu nehmen, sofern der fehlerhafte Zahlungsvorgang diesen zwischengeschalteten Stellen angelastet werden kann («attributable»; Art. 77 PSD). Sofern ein Regressanspruch besteht, entschädigt diese zwischengeschaltete Stelle den erstgenannten Zahlungsdienstleister für alle nach den relevanten Haftungsbestimmungen der PSD erlittenen Verluste oder für die gezahlten Beträge. Auch diese Haftung ist verschuldensunabhängig¹⁰⁸ und steht unter dem Vorbehalt höherer Gewalt (Art. 78 PSD), der rechtzeitigen Notifikation eines nichtautorisierten oder fehlerhaften Zahlungsvorganges (Art. 58 PSD) sowie unter Vorbehalt der Angabe eines fehlerhaften Kundenidentifikators (Art. 74 PSD). Wiederum sieht die PSD nur vor, dass ein Zahlungsdienstleister auf eine mit ihm verbundene Partei zurückgreifen kann, die Haftung besteht lediglich entlang der Vertragskette.

¹⁰⁶ Erwägung 46 PSD; Deutscher Bundesrat, Gesetzesentwurf, 31, 190.

¹⁰⁷ BOLLEN, Regulation, Text before Fn. 179. Zur Money Back Guarantee im UNCITRAL Entwurf über ein Modellgesetz für den Internationalen Zahlungsverkehr siehe THÉVENOZ, Error, 43, 45 ff.

¹⁰⁸ Zumindest nach dem Wortlaut: Vgl. Erwägung 47 PSD; Deutscher Bundesrat, Gesetzesentwurf, 32 f., 195.

b) Haftung gemäss SEPA-Rulebooks

Die Haftung zwischen den einzelnen SEPA-Teilnehmern richtet sich nach den Rulebooks, welche *belgischem Recht*¹⁰⁹ unterstehen (Rules 1.4 CTRB und 1.4 DDRB).

Grundsätzlich haftet jeder SEPA-Teilnehmer den anderen Teilnehmern für die Beachtung der Regeln der SEPA-Rulebooks und zwar verschuldensunabhängig sowie begrenzt auf den Überweisungsbetrag (Rules 5.9 je im DDRB und CTRB).

Im SEPA-Lastschriftverfahren wird die Haftung zwischen den SEPA-Teilnehmern differenziert ausgestaltet. Gemäss Rule 5.9.3 DDRB haften die SEPA-Teilnehmer bis maximal zum Betrag der einzelnen Lastschrift (1. Bullet Point). Diese Begrenzung gilt auch bei grober Fahrlässigkeit, nicht aber bei Vorsatz (2. und 3. Bullet Point). Dieser Maximalbetrag kann reduziert werden, wenn Mitverschulden eines anderen involvierten SEPA-Teilnehmers vorliegt (4. Bullet Point). Schliesslich besteht auch hier der Vorbehalt von Force Majeure (Rule 5.9.4 DDRB).

Im SEPA-Lastschriftverfahren (Core DDRB, nicht B2B DDRB) kann der Schuldner und damit die Bank des Schuldners von der Bank des Gläubigers Rückzahlung der mit Widerspruch («*Refund*») angefochtenen Belastung verlangen (Rule 4.4, Abschnitt Refund, par. 2 und 3 DDRB). Das SEPA Core Direct Debit Scheme weist damit das Haftungsrisiko im Interbankverhältnis der Bank des Gläubigers zu. Diese Bestimmungen sollen die Bank des Schuldners schützen vor dem «No-Questions-Asked» Widerspruchsrecht (*Refund*), welches die Schuldner unter dem DDRB Scheme haben.¹¹⁰

c) Sorgfaltsmassstab im Verhältnis Kunde – Finanzinstitut nach Schweizer Recht

Die SEPA-Rulebooks begründen grundsätzlich nur Sorgfaltspflichten im Verhältnis zwischen den SEPA-Teilnehmern (CTRB und DDRB, je Rule 5.2 Abs. 4). Gemäss Rule 3.6 CTRB und 3.4 DDRB müssen die vertraglichen Regelungen der SEPA-Teilnehmer mit ihren Kunden so ausgestaltet werden, dass die SEPA-Teilnehmer ihre Pflichten (gegenüber den anderen SEPA-Teilnehmern) gemäss SEPA-Rulebooks erfüllen können. Die Ausgestaltung der Kundenbeziehung darf nicht so erfolgen, dass das Funktionieren des

¹⁰⁹ Annex I, no. 6 des SEPA Credit Transfer Adherence Agreement und Annex I, no. 7 des Draft SEPA Direct Debit Adherence Agreement.

¹¹⁰ Rule 4.6.4 PT-04.15 DDRB.

SEPA-Schemes gefährdet oder verunmöglicht würde. Allein in dieser Beziehung haben die SEPA-Rulebooks eine «Aussenwirkung».

Das Vertragsverhältnis zwischen Finanzinstitut und seinen Kunden im Zahlungsverkehr untersteht den Regeln des Auftragsrechts. Hauptpflichten sind die Treue- und Sorgfaltspflicht (Art. 398 Abs. 2 OR). Für den Erfolg hat das Finanzinstitut nicht einzustehen. Haftungsbegründend ist vielmehr eine unsorgfältige oder treuwidrige und den Auftraggeber schädigende Ausführung des Auftrages.

Die Zahlungsdienstleister haften für getreue und sorgfältige Ausführung.¹¹¹ Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich gemäss der Praxis des Bundesgerichtes nach objektiven Kriterien: Erforderlich ist die Sorgfalt, welche ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt. Höhere Anforderungen sind an den Beauftragten zu stellen, der seine Tätigkeit berufsmässig, gegen Entgelt ausübt.¹¹² Die verlangte Sorgfalt richtet sich nach den mit einer bestimmten Tätigkeit verbundenen Risiken, sowie nach Ausbildung, Leistungsfähigkeit und Ausstattung, die objektiv von der vertraglich verpflichteten Institution erwartet werden dürfen.¹¹³

Fahrlässigkeit ist die Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt.¹¹⁴ Für die Schweizer Finanzinstitute als Spezialisten und Experten im Eurozahlungsverkehr gelten strenge Massstäbe: Die Schweizer Finanzinstitute schulden ihren Kunden die strikte Beachtung der Regeln der SEPA-Rulebooks und die sorgfältige Ausführung von SEPA-Überweisungen.

Die Schweizer Finanzinstitute gelten als obrigkeitlich konzessionierte Gewerbe. Ihre Haftung können sie deshalb auch nicht erfolgversprechend wegbedingen (Art. 100 Abs. 2 OR), da der Richter entsprechende Klauseln für nichtig erklären kann.¹¹⁵

¹¹¹ BGE 126 III 20; 115 II 64.

¹¹² BGE 124 III 161; 115 II 64.

¹¹³ BGer 4C.53/2000 vom 13. Juni 2000; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2989 ff.

¹¹⁴ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2968.

¹¹⁵ Vgl. BGE 132 III 449 E. 2f; 112 II 456; GAUCH, Vertragshaftung, 15 ff., 208 f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3090 f.

d) Haftung im Verhältnis Kunde – Finanzinstitut nach Schweizer Recht

Bei der Schlechterfüllung der Ausführung einer SEPA-Buchgeldüberweisung überlappen sich die Haftungsvoraussetzungen der Vertragswidrigkeit und des Verschuldens: Fehlende Sorgfalt begründet den Schuldvorwurf der Fahrlässigkeit. Da die aufgrund der SEPA-Rulebooks bestimmte Sorgfalt objektiviert ist, bedeutet Fahrlässigkeit immer auch Vertragswidrigkeit und umgekehrt.¹¹⁶

Somit bleibt für die Schweizer Finanzinstitute bei einer Schlechterfüllung praktisch kein Raum für eine Exkulpation gemäss Art. 97 Abs. 1 in fine OR. Mit dem Nachweis der Pflichtverletzung einher geht die Feststellung, dass die von einem durchschnittlichen Schuldner in dieser Situation zu erwartende Sorgfalt nicht aufgewendet wurde.¹¹⁷ Die Verletzung der Sorgfaltspflicht durch die Schweizer Finanzinstitute bei einer Überweisung in Euro gemäss SEPA-Standards führt gemäss Schweizer Recht zu einer strengen Haftung. Eine Überwälzung des Schadens auf den Kunden ist praktisch ausgeschlossen.

Somit ist die Rechtslage in der Schweiz betreffend Haftung weitgehend ähnlich wie unter den Haftungsbestimmungen der PSD (Art. 75 und 77 PSD),¹¹⁸ obwohl dogmatisch anders hergeleitet.

e) Drittwirkung der SEPA-Rulebooks hinsichtlich Haftung?

aa) PSD

Der PSD kann keine Regelung entnommen werden, nach welcher der Bankkunde die Bank seiner Vertragspartei aus dem Valutaverhältnis belangen, d. h. bei der Haftung ein Glied der Vertragskette ausgelassen werden kann.¹¹⁹

bb) SEPA-Rulebooks

Die SEPA-Rulebooks regeln nur das Verhältnis zwischen den SEPA-Teilnehmern und enthalten keine Regeln über die Haftung zwischen einem

¹¹⁶ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2997 ff.

¹¹⁷ WIEGAND, Basler Kommentar, N 43 zu Art. 97 OR.

¹¹⁸ Vgl. Kapitel VI 4 a und Kapitel VI 4 b.

¹¹⁹ Siehe Kapitel VI 4 a.

Kunden und der Bank seines Vertragspartners.¹²⁰ Die SEPA-Rulebooks unterbinden Rechte eines Zahlungsdienstnutzers gegen die an SEPA teilnehmenden Finanzinstitute ausdrücklich (CTRB und DDRB, je Rule 5.2 Abs. 4).

Diese Lösung ist für alle beteiligten Parteien die praktikabelste. Zum einen ist es konsumentenfreundlich, wenn sich der Kunde an die eigene Bank halten kann und zum andern muss eine Bank nicht mit einer Klage eines Kunden irgendeiner Vertragsbank im SEPA-Raum rechnen, den sie gar nicht kennt.

cc) Subrogation

Im Überweisungsverkehr handeln die Banken im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung, somit als indirekte Stellvertreter.¹²¹ Auf diese Fälle zugeschnitten ist die Subrogation gemäss Art. 401 OR.¹²²

Zur Frage steht nach Schweizer Recht, ob auf SEPA-Überweisungen oder -Lastschriften Art. 401 OR (Subrogation) zur Anwendung kommt oder ob dieser Artikel wegbedungen werden kann. Sofern der Kunde/Schuldner alle seine Verpflichtungen gegenüber der Schuldnerbank erfüllt hat, ist er nach schweizerischem Recht befugt, die Ansprüche der Schuldnerbank gegen die Gläubigerbank direkt geltend zu machen. Dies kann vermieden werden, indem der Anspruch der Schuldnerbank gegen die Gläubigerbank als nicht abtretbar erklärt wird.¹²³ Dieses Verhältnis untersteht indessen dem belgischen Recht (Rule 3.3 DDRB), sodass Aussagen dazu mit Vorbehalt zu werten sind.

Nach unserer Leseart schliessen die Rules 5.2 Abs. 3 und 4 CTRB und DDRB die Abtretbarkeit der Forderungen aus dem Verhältnis zwischen SEPA-Teilnehmern aus. Allein der SEPA-spezifische Streitschlichtungsmechanismus, der mit der Unterzeichnung der SEPA-Verträge befolgt werden muss,¹²⁴ macht die Abtretung der Ansprüche aus den SEPA-Rulebooks an einen Aussenseiter unmöglich.

¹²⁰ Letztlich bestimmen die im Einzelfall geltende vertragliche Regelung und das konkret anwendbare Recht in der Beziehung Finanzinstitut – Kunde die Haftung, sodass weitere Aussagen an dieser Stelle nicht möglich sind.

¹²¹ BGE 121 III 310 S. 312.

¹²² WEBER, Basler Kommentar, N 1 und 4 zu Art. 401 OR.

¹²³ FELLMANN, Berner Kommentar, N 64 zu Art. 401 OR.

¹²⁴ Vgl. Kapitel IV 1 c gg.

Für das Schweizer Recht bestätigt die Lehre, dass auch der Schuldner mit der Schuldnerbank direkt den Forderungsübergang nach Art. 401 Abs. 1 OR vertraglich ausschliessen kann.¹²⁵

dd) SEPA-Rulebooks als Usanzen zur Konkretisierung der Sorgfaltspflicht

Bestehen für eine Berufsart oder ein bestimmtes Gewerbe allgemein befolgte Verhaltensregeln und Usanzen, können sie bei der Bestimmung des Sorgfaltsmassstabes herangezogen werden.¹²⁶

Der Zahlungsdienstnutzer, der Zahlungsvorgänge mit einer Bank abwickelt, die am SEPA teilnimmt, geht davon aus, dass diese die dort vorgeschriebenen Regeln beachtet, die ihm aufgrund der auftragsrechtlichen Informationspflichten bekannt gegeben werden müssen. Diese Regeln sind deshalb für die Bank wie den Kunden eine Konkretisierung der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht. Es ist zu erwarten, dass die in den SEPA-Rulebooks vorgesehenen Verfahren im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Ausdruck einer in einem bestimmten Gewerbe allgemein befolgten Verhaltensregel anzusehen sind und deren Einhaltung insoweit als Kriterium für die zahlungsverkehrsspezifische Sorgfalt zumindest im Interbankverhältnis gelten wird.

Eine Auswirkung auf die im Verhältnis Kunde – Finanzinstitut geforderte Sorgfaltspflicht ist naheliegend: Verletzt ein Finanzinstitut die Regeln der SEPA-Rulebooks und führt dies zu einem Schaden dessen Kunden, so wird der Kunde die Verletzung der Regeln der SEPA-Schemes als Verletzung der Sorgfaltspflicht anführen. Dies umso mehr, als die SEPA-Rulebooks öffentlich über das Internet zugänglich sind und die Finanzinstitute die Funktionsweise der SEPA-Schemes ihren Kunden darlegen müssen (Rules 5.7, no. 8 und 5.8, no. 4 CTRB, Rules 5.7, par. 1, lit. f und 5.8, par. 1, lit. e DDRB).

ee) Vertrauenshaftung

Bei der Vertrauenshaftung schädigt ein Schädiger eine mit ihm besonders verbundene Person, indem er bei ihr Erwartungen weckt, die er später in einer gegen Treu und Glauben verstossenden Weise enttäuscht.¹²⁷ Das Bundesgericht hat einige Aspekte der Vertrauenshaftung für den bargeldlosen Zahlungsverkehr skizziert.¹²⁸

¹²⁵ FELLMANN, Berner Kommentar, N 65 zu Art. 401 OR.

¹²⁶ BGE 115 II 64; 108 II 318, vgl. dazu WIEGAND, recht, 134 ff.

¹²⁷ BGE 133 III 449 S. 451 mit weiteren Hinweisen, sowie Kapitel VI 3.

¹²⁸ BGE 121 III 310 E. 4.

Vertrauen erwecken beim bargeldlosen Zahlungsverkehr primär die Banken, welche mit ihren Kunden einen Girovertrag mit Kontokorrentabrede schliessen, und nicht die nur Zahlungsverkehrsspezialisten bekannten Verträge im Interbankverhältnis. Der Interbankzahlungsverkehr ist für den Kunden weder transparent noch beeinflussbar. Der Bankkunde verkehrt im Normalfall ausschliesslich mit seiner Bank. Sein Interesse liegt darin, dass seine Transaktion möglichst zuverlässig, rasch und kostengünstig erledigt wird, die Abwicklung mittels des Bankensystems hingegen überlässt er seiner Bank. Die Banken sind zudem an der Abwicklung des Kundenzahlungsverkehrs interessiert, da ihnen dadurch mehr Gelder zufließen, weshalb sie sich untereinander in einem System zur geregelten Zusammenarbeit verpflichten. Die Verwendung des Bankensystems ist daher in der Verpflichtung der Bank gegenüber ihrem Kunden durch den Girovertrag mit diesem eingeschlossen. Für die Tauglichkeit des Bankensystems haftet gegenüber den Kunden folglich primär sein Finanzinstitut.¹²⁹ Eine ähnliche Betrachtungsweise hat sich im Bereich der Wertpapieraufbewahrung bereits durchgesetzt: Für den Bankkunden ist nicht mehr der einzelne Verkehrsvorgang entscheidend, sondern die Funktionsfähigkeit des gesamten Bankwesens.¹³⁰

Die Vertrauenshaftung führt demnach dazu, dass sich der Zahler an seine Bank zu halten hat, die ihrerseits entlang der Kette von Giroverträgen gegen die weiteren beteiligten Banken vorgehen muss. Aufgrund der Vertrauenshaftung lässt sich daher keine Verpflichtung eines SEPA-Teilnehmers gegen einen Kunden eines anderen SEPA-Teilnehmers, mit welchem keine vertragliche Beziehung besteht, ableiten.

5. Nicht-autorisierte Zahlungen

a) Regelung in der PSD

Die PSD führt in Erwägung 31-35 den Begriff der nicht-autorisierten Zahlung ein, welcher in Art. 54 PSD definiert wird.

Ein Zahlungsvorgang gilt nur dann als autorisiert (Art. 54 Abs. 1 und 2 PSD),

¹²⁹ HESS, recht, 154.

¹³⁰ ZOBL/LAMBERT, SZW, 117 ff., 134; ähnlich auch KLEINER, SZW, 290 ff., 295.

«wenn der Zahler dem Zahlungsvorgang zugestimmt hat. Der Zahler kann einen Zahlungsvorgang entweder vor oder – sofern zwischen dem Zahler und seinem Zahlungsdienstleister so vereinbart – nach der Ausführung autorisieren.

Die Zustimmung zur Ausführung eines oder mehrerer Zahlungsvorgänge wird in der zwischen dem Zahler und seinem Zahlungsdienstleister vereinbarten Form erteilt.

Fehlt diese Zustimmung, gilt der Zahlungsvorgang als nicht autorisiert.»

Gemäss Art. 60 PSD steht dem Zahlungsdienstleister bei nicht-autorisierten Zahlungen kein Aufwendungsersatz (im Schweizer Recht Art. 402 OR) zu. Eine darüber hinausgehende finanzielle Entschädigung ist nicht von der PSD geregelt, kann sich aber nach dem auf den Vertrag zwischen dem Zahler und seinem Zahlungsdienstleister anwendbaren Recht ergeben.

In Abweichung von Art. 60 PSD bestimmt Art. 61 PSD, dass der Zahler bis höchstens 150 EUR den Schaden trägt, der infolge eines nicht-autorisierten Zahlungsvorgangs, der durch Nutzung eines verlorenen oder gestohlenen Zahlungsinstruments oder – in dem Fall, dass der Zahler die personalisierten Sicherheitsmerkmale nicht sicher aufbewahrt hat – infolge der missbräuchlichen Verwendung eines Zahlungsinstruments entsteht (Art. 61 no. 1 PSD).

Der Zahler trägt alle Schäden, die in Verbindung mit nicht-autorisierten Zahlungsvorgängen entstanden sind, wenn er sie herbeigeführt hat, indem er in betrügerischer Absicht gehandelt oder eine oder mehrere seiner Pflichten (zum korrekten Gebrauch der Zahlungsinstrumente und zur sofortigen Meldung der missbräuchlichen Verwendung oder des Abhandenkommens der Zahlungsinstrumente) vorsätzlich oder grobfahrlässig verletzt hat (Art. 61 no. 2 PSD).

Der von einer nicht-autorisierten Zahlung betroffene Kontoinhaber hat unverzüglich nach Feststellung eines nicht-autorisierten oder fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorgangs, spätestens aber innerhalb einer Verwirkungsfrist von 13 Monaten seit Belastung, dies bei seinem Zahlungsdienstleister geltend zu machen (Art. 58 PSD). Die Bestimmung will die Endgültigkeit der Überweisungen sicherstellen, indem nach Ablauf der 13 Monate Verwirkung der gemäss PSD gewährten Ansprüche eintritt.

Gemäss Erwägung 31 der PSD berührt diese Verwirkungsfrist andere Ansprüche zwischen Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister (beispielsweise wegen Willensmangel, Täuschung und Drohung als Sachverhalte ausserhalb des Anwendungsbereiches der PSD) nicht. Erwägung 31 PSD lautet (Hervorhebung vom Autor):

«Um die Risiken oder Folgen von nicht-autorisierten oder fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorgängen gering zu halten, sollte der Zahlungsdienstnutzer den Zahlungsdienstleister so bald wie möglich über Einwendungen gegen angeblich nicht-autorisierte oder fehlerhaft ausgeführte Zahlungsvorgänge informieren, vorausgesetzt, der Zahlungsdienstleister hat seine Informationspflichten gemäss dieser Richtlinie erfüllt. Hält der Zahlungsdienstnutzer die Anzeigefrist ein, so sollte er diese Ansprüche innerhalb der nach einzelstaatlichem Recht geltenden Verjährungszeiträume geltend machen können. Diese Richtlinie sollte andere Ansprüche zwischen Zahlungsdienstnutzern und Zahlungsdienstleistern nicht berühren.»

Die Pflicht gemäss Art. 58 PSD, den Zahlungsdienstleister unverzüglich über nicht-autorisierte oder fehlerhaft ausgeführte Zahlungsvorgänge zu informieren, folgt im Schweizer Recht aus Art. 402 Abs. 2 OR. Diese Bestimmung umfasst den Schaden, der durch die Verletzung einer vertraglichen Verhaltenspflicht des Auftraggebers entsteht.¹³¹ Der Kunde (sprich Auftraggeber) unterliegt der Nebenpflicht, alles Zumutbare zu unternehmen, um den Beauftragten (sprich sein Finanzinstitut) vor Schaden zu bewahren.

b) Haftung für nicht-autorisierte Zahlungen unter Schweizer Recht

Letztlich geht es bei der Haftung für nicht-autorisierte Zahlungen um eine Regelung hinsichtlich des Selbstbehalts bei Verlust der Autorisierungsinstrumente. Im Schweizer Recht gibt es aufgrund der Lehre vom allgemeinen Lebensrisiko (Sphärentheorie) eine ähnliche Regelung für Kreditkarten. Sofern der Kreditkarteninhaber seine Pflichten zur Aufbewahrung beachtet hat, haftet er nur für CHF 100.00 und CHF 20.00 für den Kartenersatz.¹³² Im bargeldlosen Zahlungsverkehr kennen indessen weder das Schweizer Recht, noch die Gerichtspraxis noch die Verträge mit den Kunden eine solche Regelung.

aa) Grundsatz

Grundsätzlich ist es die Bank, die das Risiko einer zu Lasten des Kontos ihres Kunden und zu Gunsten einer nicht berechtigten Person ausgeführten Leistung trägt. Sie allein erleidet einen Schaden, denn sie ist gehalten, ihrem Kunden den betreffenden Betrag ein zweites Mal zu bezahlen, ohne dafür Aufwendungsersatz (Art. 402 OR) beanspruchen zu können.¹³³

¹³¹ FELLMANN, Berner Kommentar, N 151 zu Art. 402 OR.

¹³² HESS, Haftung, 82 f.

¹³³ BGE 132 III 452; 112 II 454.

Wird eine Transaktion ohne gültige Weisung des Kontoinhabers ausgeführt, hat dieser weiterhin einen Erfüllungsanspruch auf das zu Unrecht abdisponierte Geld. Es ist die Bank, die das Risiko der Erfüllung an die richtige Person bzw. das Risiko von Fehlvergütungen an nicht berechnigte Personen zu tragen hat. Leistet sie aufgrund einer vermeintlichen Kundenanweisung an den nicht gehörig bevollmächtigten Vertreter, kann sie sich in der Regel nicht gültig befreien. Es liegt Nichterfüllung seitens der Bank vor und der Bankkunde muss eine Belastung seines Kontos nicht akzeptieren.¹³⁴ So betrachtet geht das Schweizer Recht über das von der PSD geforderte Mass an Schadenstragung durch die Kunden hinaus.

bb) Schadenersatzpflicht des Bankkunden gestützt auf Vertrag

Umstritten ist, wie sich ein allfälliges Selbstverschulden des Bankkunden auf dessen Erfüllungsanspruch auswirkt.

Das Bundesgericht hat in einem unveröffentlichten Entscheid das Mitverschulden des Kontoinhabers aufgrund mangelnder Überwachung der Buchungen verneint und ausgeführt, da die Forderung des Kunden auf einem Erfüllungsanspruch und nicht auf einem Schadenersatzanspruch beruhe, bleibe kein Raum für einen Abzug wegen Mitverschuldens der Kontoinhaber.¹³⁵

In anderen Entscheiden hat das Bundesgericht indessen festgestellt, dass ein allfälliges Verschulden des Kontoinhabers einen Einfluss auf den Bestand seiner Forderung habe. Diese Forderung sei dann herabzusetzen oder gar abzuweisen, wenn der Bank Einreden zustehen, die selbständige Schadenersatzansprüche gegenüber ihrem Vertragspartner begründen können.¹³⁶

Es stellt sich die Frage nach einer Schadenersatzpflicht aus Verletzung vertraglicher Nebenpflichten. Die rechtliche Grundlage einer solchen Haftung ergibt sich im Rahmen der auftragsrechtlichen Verhältnisse zwischen Bank und Kunde aus Art. 402 Abs. 2 OR. Der Kunde ist nach Treu und Glauben aus dem Auftragsverhältnis mit der Bank im Sinne einer Nebenpflicht gehalten, das Zumutbare vorzunehmen und die Bank als Beauftragte vor

¹³⁴ Handelsgericht Zürich, Urteil vom 1. April 2003, ZR 104 (2005) Nr. 28, 110; BGer I 83/07 vom 2. Mai 2007, E. 3.5.

¹³⁵ BGer 4C.135/1997 vom 17. August 1989, kommentiert von SCHWAIBOLD, Rechtssprechungsübersicht, 97 f.

¹³⁶ BGE 112 II 457; 111 II 265.

Schaden zu bewahren.¹³⁷ Die Literatur und Praxis verweisen auch in Analogie auf Art. 1132 OR (Haftung des Checkausstellers für nachlässige Verwahrung der Checkformulare).

Bereits im Jahre 1985 hat ROLF H. WEBER ausgeführt:¹³⁸

«Hat der Kunde die falsche Auszahlung der Bank durch sein Verhalten mitverursacht (z. B. unsorgfältige Verwahrung von Checkheften, offenes Herumliegenlassen von Kontoauszügen, unvorsichtiges Erwecken des Scheins der Empfangszuständigkeit des Dritten) wird allgemein ein Schadensabwälzungsrecht der Bank auf den Kunden bejaht; der Erfüllungsklage des Kunden vermag die Bank, dogmatisch betrachtet, eine entsprechend hohe Schadenersatzklage wegen Sorgfaltspflichtverletzung im Rahmen des Auftragsverhältnisses verrechnungs- bzw. wiederklageweise entgegenzuhalten, soweit die Geltendmachung der Erfüllungsklage nicht ohnehin als rechtsmissbräuchlich zu betrachten ist.»

Obwohl die Leistungen an den vermeintlichen Gläubiger keine Erfüllungswirkung zeigt, hat die Bank nicht das gesamte Haftungsrisiko bei fehlender Autorisierung zu tragen. Zudem können sich die Vertragsparteien über Einzelheiten der Auftragsausführung gesondert einigen.¹³⁹ Die Lehre vertritt die Auffassung, bei der Bestimmung betreffend Legitimationsprüfung *«gehe es weniger um eine Wegbedingung der Haftung für leichte Fahrlässigkeit als um eine Beschränkung des Masses der bei der Legitimationsprüfung geschuldeten Sorgfalt auf das im Massenbetrieb zumutbare»*.¹⁴⁰

Gemäss einem Urteil des Schweizer Bundesgerichts führt leichte Fahrlässigkeit der Kunden nicht zu einem Anspruch des – selbst in höherem Verschuldensgrad fehlbaren – Finanzinstitutes gegen seine Kunden.¹⁴¹

Das Schweizer Recht ist im Ansatz ähnlich zu Art. 56 PSD und Art. 61 Abs. 1 und 2 PSD. Die Lösung des Schweizer Rechts ist indessen viel differenzierter als die EU-Richtlinie. Sie kann in Einzelfall zu einer vollen Übernahme des Verlustes durch das Finanzinstitut führen, sie kann aber auch zu einem Verlust des Kunden führen, der höher als EUR 150 ist.

¹³⁷ SIBBERN/VON DER CRONE, SZW, 70 ff., 77; WEBER, Basler Kommentar, N 11 zu Art. 402 OR.

¹³⁸ WEBER, SJZ, 87 f.

¹³⁹ WEBER, SJZ, 88.

¹⁴⁰ WEBER, SJZ, 89. Diese Meinung wird ebenfalls unterstützt von KILGUS, AGB, 131 und 145.

¹⁴¹ BGE 112 II 450 E. 4. S. 457 f.

6. Lastschriftverfahren

a) Belastungs- resp. Einzugsermächtigung gemäss PSD

Gemäss Art. 4 no. 28 PSD ist Lastschrift

ein vom Zahlungsempfänger ausgelöster Zahlungsdienst zur Belastung des Zahlungskontos des Zahlers aufgrund einer Zustimmung des Zahlers zu einem Zahlungsvorgang, die der Zahler gegenüber

- dem Zahlungsempfänger,
- dem Zahlungsdienstleister des Zahlungsempfängers, oder
- seinem eigenen Zahlungsdienstleister erteilt.

Die PSD verlangt somit nicht, dass die Belastungs- resp. Einzugsermächtigung dem Zahlungsempfänger erteilt wird. Auch das für das schweizerische Lastschriftverfahren LSV⁺ typische Vorgehen mit der Erteilung der Belastungsermächtigung an die eigene Bank ist PSD-konform.

b) Belastungs- resp. Einzugsermächtigung

aa) Belastungs- resp. Einzugsermächtigung gemäss SEPA Core DDRB

Das Direct Debit Scheme der SEPA-Rulebooks verwendet als Belastungs- resp. Einzugsermächtigung das «Mandate» (nachfolgend «SEPA-Ermächtigung»; siehe Rule 4.1 DDRB und Guidelines for the Appearance of Mandates, [Core SEPA Direct Debit Scheme], Doc: EPC392-08 of 4 December 2008).¹⁴² Die SEPA-Ermächtigung enthält zwei Erklärungen des Zahlers:

- die Ermächtigung für den Zahlungsempfänger, eine Forderung per SEPA Direct Debit einzuziehen, und
- die über den Zahlungsempfänger und dessen Bank übermittelte Weisung an die Bank des Zahlers, diese Lastschrift zu bedienen

Im SEPA Direct Debit Scheme bevollmächtigt der Zahler den Zahlungsempfänger, den Lastschriftauftrag zu erteilen, indem der Zahler dem Zahlungsempfänger die ausgefüllte SEPA-Ermächtigung übergibt und dieser die relevanten Daten der SEPA-Ermächtigung dem Finanzinstitut des Zahlungsempfängers weitergibt. Letzteres übermittelt die relevanten Daten dem Zah-

¹⁴² Rules 2.2, par. 2; 3.1, par. 1, 1. Bullet Point und 4.7.2. DDRB.

lungsinstitut des Zahlers.¹⁴³ Das Debit Direct, das Lastschriftverfahren der PostFinance, ist hinsichtlich des Weges zur Erteilung der Belastungsermächtigung mit SEPA identisch.

Das Vertragsverhältnis zwischen dem Zahler und Zahlungsempfänger regelt somit auch die Befugnis des Zahlungsempfängers zur Weiterleitung der SEPA-Ermächtigung. Der Zahlungsempfänger, der diese Bevollmächtigung an sein Finanzinstitut (i. e. Bank/Post des Zahlungsempfängers) weitergibt, handelt dabei als Stellvertreter des Zahlers.

Das Finanzinstitut des Zahlers nimmt die SEPA-Ermächtigung entgegen und belastet gestützt darauf das Konto des Zahlers. Die Lastschrift auf dem Konto des Zahlers erfolgt somit letztlich doch gestützt auf eine vom Zahler erteilte diesbezügliche Ermächtigung. Diese wird nur nicht direkt dem Finanzinstitut des Zahlers erteilt, sondern kommt zum Finanzinstitut des Zahlers auf dem (Um-)Weg Zahler – Zahlungsempfänger als Stellvertreter des Zahlers – Finanzinstitut des Zahlungsempfängers – Finanzinstitut des Zahlers.

Der Gläubiger ist verpflichtet, dem Schuldner eine Voranzeige der Lastschrift zu senden.¹⁴⁴ Das SEPA Direct Debit Scheme basiert damit auf der Zustimmung des Schuldners zur Belastung seines Kontos.

Die SEPA-Ermächtigung selbst bleibt während ihrer Geltungsdauer beim Zahlungsempfänger. Die weitere Aufbewahrungspflicht wird spezifiziert gemäss nationalen Gesetzesvorschriften und dauert auch nach Beendigung der SEPA-Ermächtigung solange fort, als noch ein «Refund» für unbewilligte Transaktionen möglich ist.¹⁴⁵

Die SEPA-Ermächtigung entfaltet während 36 Monaten Wirksamkeit. Wenn sie während dieser Zeit nie benutzt worden ist, muss der Zahlungsempfänger (!) die Ermächtigung aufheben.¹⁴⁶

bb) Analyse nach Schweizer Recht: Vollmachterteilung und Substitution der Vollmacht

Vollmachterteilung ist nach dem Schweizer Recht an keine besondere Form gebunden.¹⁴⁷ Somit sind die im DDBR vorgesehenen Formen der Ausstellung der SEPA-Ermächtigung – schriftlich oder elektronisch – zulässig.

¹⁴³ Rule 4.1 und <<http://www.europeanpaymentscouncil.eu/documents/EPC392-08%20SDD%20Mandate%20Layout%20Guidelines.pdf>>.

¹⁴⁴ Rules 4.3.4, par. 2, 2. Linie des Diagramms und par. 3, no. 1 DDRB.

¹⁴⁵ Rule 4.1, par. 6 DDRB.

¹⁴⁶ Rule 4.2, letzter Absatz DDRB.

Gemäss dem Inhalt seiner eigenen Vollmacht kann ein Vertreter (Hauptvertreter, hier der Zahlungsempfänger/Gläubiger) befugt sein, im Namen und mit Wirkung für den eigenen Vollmachtgeber (Prinzipal, hier der Zahler/Schuldner) einen anderen Untervertreter (hier die Bank des Zahlungsempfängers) zu bevollmächtigen. Die Vollmacht, welche der Hauptvertreter dem Untervertreter erteilt, wird als Unter- oder Substitutionsvollmacht bezeichnet. Dadurch wird der Untervertreter zum Bevollmächtigten des Prinzipals. Als solcher hat er im Namen des Prinzipals zu handeln und nicht im Namen des Hauptvertreters.¹⁴⁸

Ob der Vertreter befugt ist, eine Untervollmacht zu erteilen, ist in erster Linie durch Auslegung seiner eigenen (Haupt-)Vollmacht zu ermitteln.¹⁴⁹ Bei fehlender ausdrücklicher Regelung gilt als Auslegungsregel, dass die Substitution ausgeschlossen ist, wenn ein schutzwürdiges Interesse des Vertretenen an der persönlichen Ausführung des Vertreters vorliegt.¹⁵⁰ Umgekehrt kann von einer Befugnis (analog zu Art. 398 Abs. 3 OR) ausgegangen werden, wenn die Substitution aufgrund veränderter Umstände (z. B. Erkrankung des Hauptvertreters) notwendig wird oder wenn es sich um Geschäfte handelt, bei welchen diese übungsgemäss als zulässig gilt.¹⁵¹ Die Berechtigung zum Erteilen einer Untervollmacht wird zudem vermutet, wenn die Vollmacht im Interesse des Vertreters erteilt wurde.¹⁵² Gegenüber Dritten muss die Tatsache, dass eine Untervollmacht vorliegt, nicht offengelegt werden.¹⁵³ Soweit die Untervollmacht zeitlich nicht auf die Dauer der Hauptvollmacht beschränkt wurde, kann sie das Erlöschen der Hauptvollmacht überdauern.¹⁵⁴ Namentlich erlischt die Untervollmacht nicht mit dem Tod des Hauptvertreters.¹⁵⁵ Während der Hauptvertretene die Untervollmacht ohne weiteres widerrufen kann (Art. 34 Abs. 1 OR), ist der Hauptver-

¹⁴⁷ ZÄCH, Berner Kommentar, N 34 zu Art. 33 OR.

¹⁴⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1360 und 1449; ZÄCH, Berner Kommentar, N 71 und 74 zu Art. 33 OR; vgl. auch BGE 85 I 39.

¹⁴⁹ ZÄCH, Berner Kommentar, N 72 zu Art. 33 OR.

¹⁵⁰ KUT/SCHNYDER, Handkommentar, N 20 zu Art. 33 OR.

¹⁵¹ KUT/SCHNYDER, Handkommentar, N 21 zu Art. 33 OR; VON TUHR/PETER, OR AT, 373.

¹⁵² ZÄCH, Berner Kommentar, N 72 zu Art. 33 OR.

¹⁵³ KUT/SCHNYDER, Handkommentar, N 20 zu Art. 33 OR; ZÄCH, Berner Kommentar, N 74 zu Art. 33 OR.

¹⁵⁴ WATTER/SCHNELLER, Basler Kommentar, N 20 zu Art. 33 OR.

¹⁵⁵ KUT/SCHNYDER, Handkommentar, N 23 zu Art. 33 OR; VON TUHR/PETER, OR AT, 374.

treter dazu nur dann befugt, wenn sich dies aus seiner eigenen Vollmacht ergibt. Im Zweifel ist ein Widerrufsrecht des Hauptvertreters zu vermuten.¹⁵⁶

Hinsichtlich des Umfangs der Vollmacht gilt die Regel, dass je umfangreicher die Hauptvollmacht des Vertreters ist, umso eher ist dieser zur Substitution berechtigt. Je enger die Untervollmacht ist, desto eher ist ihre Erteilung zulässig.¹⁵⁷ In der Regel geht der Umfang der Untervollmacht nicht über den Umfang der Vollmacht des Hauptvertreters hinaus. Jedoch kann der Hauptvollmachtgeber den Vertreter ermächtigen, einen Untervertreter zu ernennen, dessen Vollmacht über diejenige des Hauptvertreters hinausgeht.¹⁵⁸ Substitution bedeutet keine Übertragung der Vollmacht, sondern ist wiederum eine eigene (Unter-) Vollmacht, deren Bestand von der (Ober-) Vollmacht unabhängig ist.¹⁵⁹

Die SEPA-Ermächtigung enthält m. E. auch die Befugnis des Zahlungsempfängers zu deren Weiterleitung, da dieser Ablauf Scheme-immanent ist. Dementsprechend scheint die Erteilung einer Untervollmacht an die Bank des Zahlungsempfängers durch den Zahlungsempfänger zur Auslösung des Zahlungsauftrages unproblematisch zu sein. Insbesondere besteht auch kein schutzwürdiges Interesse des Zahlers, dass der Zahlungsempfänger die Ermächtigung persönlich an die Bank des Zahlers/Schuldners übermittelt.

Das SEPA-Mandat wird ausgestellt basierend auf der vertraglichen Beziehung zwischen dem Schuldner/Zahler und seinem Gläubiger/Zahlungsempfänger. Diese Beziehung untersteht in der Regel dem Recht des Sitzes/der Niederlassung des Zahlungsempfängers, da die Verträge zwischen Gläubiger und Schuldner, welche die Benutzung des Lastschriftverfahrens nahelegen (z. B. Versicherungsvertrag, Zeitungsabonnement, Mietvertrag) in der Regel eine entsprechende Rechtswahl enthalten (Art. 116 IPRG). Dies ist zulässig: Gemäss Rule 3.3 DDRB kann das auf die SEPA-Ermächtigung anwendbare Recht nur das Recht eines der an SEPA teilnehmenden Länder sein.

¹⁵⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1450; a.M. ZÄCH, Berner Kommentar, N 73 zu Art. 33 OR.

¹⁵⁷ ZÄCH, Berner Kommentar, N 72 zu Art. 33 OR.

¹⁵⁸ KUT/SCHNYDER, Handkommentar, N 22 zu OR 33; VON TUHR/PETER, OR AT, 374, Fn. 102.

¹⁵⁹ VON TUHR/PETER, OR AT, 374.

c) Rückabwicklung

Das Direct Debit Scheme sieht sieben Ausnahmen vor, welche zu Rücklastschriften oder zu neuen Zahlungsaufträgen gemäss Credit Transfer Scheme führen können: Rejects, Refusals, Returns, Reversals, Revocations, Requests for Cancellation, Refunds.¹⁶⁰

Im Falle eines Widerspruchs (Refund) ist die Bank des Schuldners ermächtigt, den Betrag der widersprochenen Lastschrift von der Bank des Gläubigers zurückzuerhalten. Die Bank des Schuldners ist zudem berechtigt, Entschädigung für den Zinsverlust, welchen die Schuldnerbank erlitten hat (Refund Compensation), von der Bank des Gläubigers zu verlangen.¹⁶¹

Folgende Fälle betreffend die Ursachen des Widerspruches und unterschiedlichen Zeitlimiten für die Ausübung des Widerspruchsrechts sind zu unterscheiden:

Rückabwicklung von Einzügen (i.e. Refund ≠ Haftung)		
Nicht-autorisierte Zahlungsvorgänge (Art. 60 PSD)	Autorisierte Lastschriften	
	"unerwartete" Zahlungsvorgänge (Art. 62, Ziff. 1, Abs. 1 PSD)	"Normalfall" (Art. 62, Ziff. 1, Abs. 4 PSD)
- Widerspruch, d.h. Begehren um Rückabwicklung 13 Monate nach der Belastung (Art. 58 PSD; Rule 4.3.4, par. 3, no. 7 DDRB) - Sofortige Rückabwicklung des vollen Betrages (Art. 60 PSD; Rules 4.3.4, letzter par. und 4.6.4, PT-04.20 DDRB)	- Widerspruch und Begehren um Rückabwicklung 8 Wochen seit Belastung (Art. 63, Ziff. 1 PSD; Rules 4.3.4, par. 3, no. 6 und 4.6.4, PT-04.15 DDRB) - Rückabwicklung innerhalb von 10 Tagen oder Begründung für die Ablehnung der Rückabwicklung durch den Zahlungsdienstleister (Art. 63, Ziff. 2, Abs. 2 PSD)	- Widerspruch und Begehren um Rückabwicklung 8 Wochen seit Belastung (Art. 63, Ziff. 1 PSD; Rule 4.3.4, par. 6 DDRB) - Rückabwicklung innert 10 Tagen (Art. 63, Ziff. 2, Abs. 2 PSD), keine Ablehnung zulässig

¹⁶⁰ Vgl. Rule 4.4 DDRB.

¹⁶¹ Rule 4.6.4, PT-04.16 DDRB.

7. Der Begriff des Konsumenten

Die Darstellung des Konsumentenbegriffs ist aus mehreren Gesichtspunkten für die Schweizer Finanzinstitute von Bedeutung. Vorerst setzt der Zugang zum SEPA Business-to-Business Direct Debit Scheme Rulebook (Lastschriftverfahren ohne Widerspruchsrecht, resp. Rückabwicklung)¹⁶² voraus, dass es sich beim Schuldner um einen «Busines Customer», d. h. keine Micro Enterprise¹⁶³ und keinen Konsumenten handelt und dass das nationale Recht des Schuldners erlaubt, auf das Widerspruchsrecht¹⁶⁴ zu verzichten. Weiter musste die Schweiz in ihrer Legal Opinion aufzeigen, dass sie gemäss dem substantiellen Gleichwertigkeitsprinzip einen der PSD sowie den Rulebooks entsprechenden Konsumentenbegriff kennt, weil die Gewährleistung der wettbewerbsrechtlichen Chancengleichheit für alle Finanzinstitute eine wesentliche Voraussetzung zur Teilnahme am SEPA-Scheme ist.¹⁶⁵

a) Der Begriff des Konsumenten nach EU-Richtlinien

Die PSD definiert in Art. 4 Ziff. 11 den Begriff des «Verbrauchers» wie folgt:

«Verbraucher ist eine natürliche Person, die bei den von dieser Richtlinie erfassten Zahlungsdienstverträgen zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können».

¹⁶² EPC301-07, 26. Juni 2008, Version 1.1 Approved. Die Schweizer Finanzinstitute schliessen einen zukünftigen Beitritt zu diesem SEPA-Scheme nicht aus.

¹⁶³ In den Schweizer Gesetzeserlassen oder deren Bekanntmachungen finden sich verschiedene Umschreibungen, die auf ein Klein- oder Kleinstunternehmen zutreffen können (Art. 727a Abs. 2 OR, Art. 2 lit. e FusG, Definition nach dem Beschluss des Wettbewerbskommission vom 19. Dezember 2005, Bekanntmachungen betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung). Die Beschreibungen sind jedoch nicht völlig übereinstimmend. Ein gemeinsames Element scheint aber die maximale Anzahl von zehn Vollzeitmitarbeitern darzustellen.

¹⁶⁴ In der Schweiz gibt es das LSV BDD, welches eine Belastungsermächtigung ohne Widerspruch beinhaltet, siehe die Technischen Weisungen Applikationen Zahlungssysteme der SIX Interbank Clearing, Anhang IV-2, 5 ff.

¹⁶⁵ Vgl. Kapitel V.

Weitere EU-Richtlinien¹⁶⁶ sehen eine übereinstimmende oder ähnliche Definition des Konsumenten-, bzw. Verbraucherbegriffs vor.¹⁶⁷ Geschützt werden schlussendlich in allen Richtlinien natürliche Personen, die einen Vertrag zu nicht gewerblichen oder beruflichen, sondern zu privaten Zwecken abschliessen. Die Verbrauchereigenschaft kennzeichnet also keinen Status, welcher einer Person anhaftet. Vielmehr ist bei jedem Vertrag neu zu bestimmen, ob die jeweilige Partei als Konsument auftritt. Der Verbraucher steht einer natürlichen oder juristischen Person gegenüber, die zum Teil als Gewerbebetreibender,¹⁶⁸ in anderen Richtlinien aber auch als Kreditgeber,¹⁶⁹ als Anbieter¹⁷⁰, als Verkäufer¹⁷¹ oder als Lieferer¹⁷² bezeichnet wird. In allen Fällen wird aber vorausgesetzt, dass die betreffende Person beim Vertragsabschluss im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit handelt. Anderes gilt ein-

¹⁶⁶ Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (RL 93/13); Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (RL 87/102); Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG.

¹⁶⁷ BASEDOW, Konsumentenrecht, 37.

¹⁶⁸ So in der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von ausserhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, Amtsblatt der EG 1993 L 372/31; ebenso in der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Amtsblatt der EG 1993 L 95/29.

¹⁶⁹ Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, Amtsblatt der EG 1987 L 42/48.

¹⁷⁰ Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, Amtsblatt der EG 2002 L 271/16.

¹⁷¹ Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien, Amtsblatt der EG 1994 L 280/83; Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, Amtsblatt der EG 1999 L 171/12.

¹⁷² Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, Amtsblatt der EG 1997 L 144/19.

zig¹⁷³ in der Pauschalreiserichtlinie.¹⁷⁴ Insofern besteht in den EU-Richtlinien ein allgemeingültiger Konsumentenbegriff.¹⁷⁵

b) Der Begriff des Konsumenten nach Schweizer Recht

Das Schweizer Recht kennt keine allgemeingültige Definition des Begriffs «Konsument». Dem Konsumenten und seinem Schutz widmen sich verschiedene Gesetzeserlasse.¹⁷⁶ Zum Teil bestimmen diese Erlasse ausdrücklich, wer als Konsument in ihren Anwendungsbereich fällt. Die verschiedenen Erlasse verwenden allerdings keinen einheitlichen Konsumentenbegriff.¹⁷⁷ Letztlich kreisen die unterschiedlichen Konsumentenbegriffe im schweizerischen Recht aber alle um folgenden Begriffskern:

Konsumenten sind natürliche Personen, die mit gewerblich oder beruflich handelnden Anbietern einen Vertrag über Leistungen zum persönlichen Gebrauch abschliessen.

Von diesem Kernbegriff gibt es jedoch Ausnahmen, wonach auch Kleinkaufleute¹⁷⁸ und sogar juristische Personen¹⁷⁹ als Konsument gelten oder ein Konsument zu gewerblichen Zwecken handeln kann.¹⁸⁰

Von diesen Ausnahmen abgesehen kann festgehalten werden, dass Konsument ist, wer entweder unter den engen Kernbegriff fällt oder den gleichen Schutz verdient wie Personen, die unter diesen Begriff fallen. Wem

¹⁷³ BASEDOW, Konsumentenrecht, 37 f.

¹⁷⁴ Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, Amtsblatt der EG 1990 L 158/59.

¹⁷⁵ Gleicher Ansicht ist z. B. CALAIS-AULOY, Konsumentenrecht, 72. Eine andere Auffassung vertritt KOLLER-TUMLER, E-Banking, 149.

¹⁷⁶ Art. 97 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV), SR 101; Art. 3 Bundesgesetz über den Konsumkredit (KKG) SR 221214.1; Art. 9 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), SR 241; Art. 22 Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG), SR 272; Art. 40a ff. Obligationenrecht (OR), SR 220; Art. 11 Abs. 3 Bundesgesetz über das Messwesen, SR 941.20; Art. 2 Abs. 3 lit. a Bundesgesetz über Pauschalreisen, SR 944.3; Art. 120 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG), SR 291; Art. 13 Übereinkommen über gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ), SR 0.275.11.

¹⁷⁷ HARTMANN, Informationspflicht, 10.

¹⁷⁸ Art. 22 GestG; vgl. BRUNNER, Basler Kommentar, N 9 zu Art. 22 GestG.

¹⁷⁹ Art. 11 Abs. 3 Satz 3 Bundesgesetz über das Messwesen; vgl. HARTMANN, Informationspflicht, 11.

¹⁸⁰ Art. 2 Abs. 3 Bundesgesetz über Pauschalreisen; vgl. HARTMANN, Informationspflicht, 11.

derselbe Schutz zukommen soll wie einem Konsumenten im engen Sinn, entscheidet sich je nach konkreter Fragestellung aufgrund besonderer Gesetzesnormen oder aufgrund wertender Betrachtung des Rechtsanwenders.¹⁸¹

Die Begriffe des Konsumenten im Schweizer Recht und in den EU-Richtlinien stimmen im Kern überein. Für beide Rechtssysteme sind die Elemente der natürlichen Person, die einen Vertrag mit einem beruflich oder gewerblich handelnden Anbieter zu privaten Zwecken abschliesst, wesentlich. Somit ist sowohl die verlangte wesentliche Gleichwertigkeit bezüglich des Konsumentenbegriffs als auch eine klare Abgrenzung zu den Nicht-Konsumenten gegeben.

8. Umsetzung FATF Special Recommendation VII

Gemäss der «Special Recommendation VII» der Financial Action Task Force on Money Laundering sind die Staaten gehalten, sicherzustellen, dass Finanzinstitute, inbegriffen Money Remitters, genaue und aussagekräftige Aussagen über den Absender der jeweiligen Zahlung in den zugehörigen Zahlungsmeldungen machen. Ebenso sind Finanzinstitute und Money Remitters gehalten, verdächtige Geldtransfers, welche ungenügende Angaben über den Absender enthalten, zu überwachen.¹⁸²

a) EU Recht

Die Umsetzung von FATF-Sonderempfehlung VII ins europäische Recht erfolgte auf dem Verordnungsweg. Die Verordnung über die Übermittlung von Angaben zum Auftraggeber bei Geldtransfers vom 15. November 2006 trat am 1. Januar 2007 in Kraft.¹⁸³

Nach deren Art. 4 i. V. m. Art. 7 müssen Zahlungsüberweisungen aus einem Drittland immer den vollständigen Auftraggeberdatensatz (Namen, Anschrift und Kontonummer des Auftraggebers bzw. anstelle der Anschrift Geburtsdatum und Geburtsort, die Kundennummer oder die nationale Identitätsnummer des Auftraggebers) enthalten.

¹⁸¹ HARTMANN, Informationspflicht, 12.

¹⁸² <http://www.fatfgafi.org/document/9/0,3343,en_32250379_32236920_34032073_1_1_1_1,00.html#VIIWire>.

¹⁸³ Verordnung Nr. 1781/2006 des europäischen Parlaments und des Rates vom 15. November 2006: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:345:0001:0009:DE:PDF>>.

Für Überweisungen innerhalb der EU gelten erleichterte Anforderungen. So muss bei Geldtransfers, bei denen sowohl die Bank des Auftraggebers als auch die Bank des Begünstigten ihren Sitz in der EU haben, nur die Kontonummer des Auftraggebers übermittelt werden. Wenn keine Kontonummer vorhanden ist, muss eine kundenbezogene Identifikationsnummer angegeben werden. Diese soll eine Rückverfolgung des Vorgangs bis zum Auftraggeber ermöglichen. Auf Antrag der Bank des Begünstigten muss die Bank des Auftraggebers in der Lage sein, innerhalb von drei Arbeitstagen nach Eingang eines solchen Antrags den vollständigen Auftraggeberdatensatz zur Verfügung zu stellen.¹⁸⁴

b) Schweizer Recht

Die am 1. Juli 2008 in Kraft getretene Fassung von Art. 15 GwV-FINMA hat die Regelung der Bekanntgabe der Absenderdaten an die internationale Praxis angeglichen. Gemäss Art. 15 Abs. 1 GwV-FINMA sind grundsätzlich bei allen Zahlungsaufträgen über CHF 1'500 anzugeben:¹⁸⁵

- der Name
- die Kontonummer und
- die Adresse der auftraggebenden Vertragspartei

Ein Verzicht auf die Angaben über den Auftraggeber – wie dies die vorherige Fassung z. B. für Daueraufträge vorsah – ist nicht mehr zulässig.

Der Art. 15 Abs. 2 GwV-FINMA enthält in Anlehnung an die Vorgaben der FATF und der Regelung der EU-Verordnung eine erleichterte Regelung für Inlandsüberweisungen. Danach braucht der Finanzintermediär bei Zahlungsaufträgen im Inland nur die Kontonummer oder eine Identifizierungsnummer angeben. Voraussetzung dafür ist, dass er auf Nachfrage der Bank des Begünstigten hin, dieser innert drei Werktagen den vollständigen Datensatz über den Auftraggeber der Zahlung nachliefern kann. Die Inlandsregel gilt grundsätzlich nur, wenn sich sowohl die Bank des Auftraggebers wie auch die Bank des Empfängers in der Schweiz befinden und die Zahlung über ein inländisches Zahlungssystem abgewickelt wird.

Hinsichtlich der Pflicht zur Angabe des Absenders bei Zahlungsaufträgen entspricht die Regelung in der Schweiz derjenigen im EU-Raum. Ein Problem für SEPA bleibt allerdings die Tatsache, dass die Schweiz nicht Mitglied der EU resp. des EWR ist und die EU- resp. EWR-Mitglieder nicht

¹⁸⁴ EBK-Bericht, Geldwäschereiverordnung, 10 f.

¹⁸⁵ EBK-Bericht, Geldwäschereiverordnung, 18 f.

dem Schweizer Recht unterstellt sind. Die für innerstaatliche Zahlungen vorgesehenen Erleichterungen¹⁸⁶ können bei Überweisungen nach SEPA-Standards zwischen Schweizer und EU- resp. EWR-Finanzinstituten keine Anwendung finden. Dies wäre nur durch eine entsprechende staatsvertragliche Regelung möglich. Im Verhältnis zwischen EU- resp. EWR-Finanzinstituten und Schweizer Finanzinstituten muss deshalb der volle Datensatz angegeben werden.

VII. Marktzugang durch Rechtsvergleichung

Durch die rechtsvergleichenden Abklärungen haben die Schweizer Finanzinstitute aufgezeigt, dass die Schweiz über Regeln verfügt, die mit der PSD im Wesentlichen gleichwertig sind. Obwohl die Schweiz weder über ein Zahlungsverkehrsgesetz verfügt noch ein solches plant, bestehen vielfältige gesetzliche Grundlagen und öffentlich-rechtliche Erlasse, aber auch vertragliche Regeln und allgemeine Praxis, welche den von den SEPA-Rulebooks und der PSD umschriebenen Bereich abdecken. Dabei sind die schweizerischen Regelungen meist weniger ausführlich und detailliert, aber – in bewährter schweizerischer Manier – allgemeiner formuliert und weniger technisch. Die Gesetze werden ergänzt durch die bewährte und im Bereich Zahlungsverkehrsrecht nicht umstrittene Gerichtspraxis.

Die anderen SEPA-Länder haben bis zum Inkrafttreten der PSD am 1. November 2009 Zeit, die PSD im nationalen Recht umzusetzen. Für diese Umsetzung werden sie die gleichen Überlegungen anstellen müssen wie die Schweizer Finanzinstitute.

Marktzugang durch Rechtsvergleichung erlaubt, das eigene Recht beizubehalten, soweit es sich als gleichwertig erweist. Solange die Schweiz das europäische Recht nicht durch den Beitritt zum EWR oder zur EU übernimmt, werden sich Fragen der Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen in jedem Markt stellen, in welchem Schweizer Rechtssubjekte in gleicher Weise partizipieren wollen wie ihre europäischen Nachbarn.

Von den EU-Mitgliedern den gedanklichen Nachvollzug des Schweizer Rechts zu verlangen, um den europäischen Markt einem Nichtmitglied zugänglich zu machen, ist ein anspruchsvolles Ansinnen. Die Rechtssubjekte im EU-Raum verlangen, dass man sich auf ihre Rechtsordnung einstellt, und nicht umgekehrt. Die Schweizer Finanzinstitute haben beträchtlichen Auf-

¹⁸⁶ Art. 6 EU-Verordnung 1781; Art. 15 Abs. 2 GwV-FINMA.

wand betrieben, um das Schweizer Recht und dessen Gleichwertigkeit darzustellen – mit Erfolg.

Ob eine solche Art des Marktzutrittes und damit das Beharren auf dem eigenen Recht ein Vorteil oder ein Nachteil ist, ist letztlich eine philosophische Frage. Bei der Rechtsvergleichung vermag die dogmatische Analyse von auf Anhieb unvereinbaren Regeln einen gemeinsamen Kern herauszuschälen. Dies insbesondere dann, wenn alle beteiligten Parteien sich nicht auf nationale Rechtsfiguren versteifen, sondern pragmatisch deren Sinn und Zweck ermitteln. Die Gemeinsamkeiten trotz unterschiedlicher Normierungsansätze und unterschiedlichem Wortlaut der nationalen Regelungen erstaunen nicht, denn bargeldlose Zahlungen sind im Faktischen und in den sich stellenden Rechtsfragen sowohl in den Ländern der EU und des EWR als auch in der Schweiz weitgehend ähnlich.

Rechtliche Risiken im grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr

Philipp Abegg, Bern

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	106
Materialien.....	106
I. Rechtliche Risiken.....	107
1. Einleitung.....	107
2. Begriff und Abgrenzung.....	107
3. Compliance-Risiken.....	108
4. Rechtliche Risiken, operationelle Risiken und Compliance-Risiken.....	109
5. Pflichten der Bank im Hinblick auf rechtliche Risiken insbesondere im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr	110
II. Ausprägungen des grenzüberschreitenden Zahlungsverkehrs	111
1. Überweisungen	111
2. Andere Ausprägungen des grenzüberschreitenden Zahlungsverkehrs.....	114
a) Bargeldtransport und Kompensationsgeschäfte	114
b) Prepaidkarten	114
c) Money Transmitter.....	115
d) Check.....	116
3. Risiken.....	116
III. Risiko einer Verletzung des Embargogesetzes.....	117
1. Embargogesetz und Verordnungen	117
2. Listenwesen.....	120
3. Folgerungen für die Einschätzung der rechtlichen Risiken für die Bank.....	122

IV.	Rechtliche Risiken beim Bargeldverkehr.....	123
1.	Bestimmungen zu den Sorgfaltspflichten der Banken.....	123
2.	Kontrolle des grenzüberschreitenden Bargeldverkehrs.....	123
V.	Money Transmitter und die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten.....	124
1.	Bedeutung der Abklärung des wirtschaftlich Berechtigten	124
2.	Unterschiedliche Auffassungen am Beispiel des Money Transmitters.....	126
3.	Schlussfolgerung.....	129

Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 5. Mai 2009.

BRÜHWILER BARBARA/HEIM KATHRIN, Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken 2008. Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008.

DE CAPITANI WERNER, Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 10. Oktober 1997, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, Zürich/Basel/Genf 2002.

PIETH MARK, Art. 305^{bis}, 305^{ter}, 322^{ter}-322^{octies} StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht II. Art. 111-292 StGB, 2. Aufl., Basel 2007.

SCHMID NIKLAUS, Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften und Melderecht (StGB Art. 305^{ter}), in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, Zürich/Basel/Genf 2002.

Materialien

Bank für Internationalen Zahlungsausgleich, Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen. Überarbeitete Rahmenvereinbarung. Umfassende Version vom Juni 2006, abrufbar unter: <<http://www.bis.org/publ/bcbs128ger.pdf>>.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen vom 20. Dezember 2000, BBl 2001, 1433-1465.

Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 17. Juni 1996, BBl 1996 III, 1101-1177.

FINMA-Kurzbericht, Untersuchung der EBK des grenzüberschreitenden Geschäfts der UBS AG mit Privatkunden in den USA vom 18. Februar 2009, abrufbar unter: <http://www.finma.ch/d/aktuell/Documents/kurzbericht-ubs-x-border-20090218-d.pdf>.

FINMA-Rundschreiben, Nummer 2008/24, abrufbar unter: <http://www.finma.ch/d/regulierung/Documents/finma-rs-2008-24.pdf>.

I. Rechtliche Risiken

1. Einleitung

Mit den verfeinerten Vorschriften zur Steuerung, Begrenzung und Überwachung von Risiken und deren Unterlegung mit Eigenmitteln sind auch die rechtlichen Risiken einer Bank vermehrt ins Zentrum des Interesses gerückt. Dabei gelten rechtliche Risiken als operationelle Risiken und müssen entsprechend behandelt werden.

Durch die Erfassung der rechtlichen Risiken im Bereich der Eigenmittelvorschriften ergab sich regulatorisch eine neue Betrachtungsweise. Waren rechtliche Risiken zuvor eher etwas für juristische Diskussionen und Tagungen, rückten sie mit Basel II¹ in den Fokus des Risikomanagements und der Risikokontrolle. Damit müssen solche Risiken auch systematisch erfasst, begrenzt und reportet werden. Mit der regulatorischen Erfassung der rechtlichen Risiken ergeben sich auch Abgrenzungs- und Definitionsfragen, die zu klären wir vorab versuchen wollen. Zudem sollen in einem weiteren Schritt die Pflichten einer Bank im Umgang mit rechtlichen Risiken im grenzüberschreitenden Geschäft kurz dargestellt werden.

2. Begriff und Abgrenzung

Die Risikolehre nach Basel II unterscheidet grob drei Risikotypen: Kredit- und Marktrisiken sowie operationelle Risiken. Als operationelles Risiko gilt die Gefahr von Verlusten, «die in Folge der Unangemessenheit oder des Versagens von internen Verfahren, Menschen oder Systemen oder in Folge von externen Ereignissen eintreten».² Rechtsrisiken werden ausdrücklich als Teil-

¹ Bank für Internationalen Zahlungsausgleich, Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen, Überarbeitete Rahmenvereinbarung, Umfassende Version vom Juni 2006.

² Art. 77 Verordnung vom 29. September 2006 über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effekthändler (Eigenmittelverordnung, ERV); SR 952.03.

menge der operationellen Risiken genannt. Demgegenüber gelten Reputationsrisiken, die oft mit rechtlichen Fragestellungen verbunden sind oder mit solchen einhergehen, nicht als operationelle Risiken.

Bei den rechtlichen Risiken besteht die Gefahr entgegen der Definition der Eigenmittelverordnung nicht nur aus (finanziellen) Verlusten. Infolge der Verletzung von Normen kann es nämlich nebst eigentlichen «Verlusten» wie

- vertraglicher oder ausservertraglicher Haftpflichten
- Konventionalstrafen
- Bussen

auch zu anderen schädlichen Folgen kommen wie

- Freiheitsstrafen
- aufsichtsrechtlichen Sanktionen
- Belastung von Mitarbeitenden und Organen mit Verfahren, Vorstrafen etc.

Diese zweite Gruppe von Gefahren ist systematisch eher als Compliance-Risiko zu behandeln.

3. Compliance-Risiken

Eng verwandt mit den rechtlichen Risiken sind die Compliance-Risiken. Die Compliance-Risiken werden jedoch unter dem Aspekt der Organisationspflichten und der internen Kontrolle regulatorisch gefasst.³ Auch das Compliance-Risiko ist definiert als die Gefahr von Verlusten oder anderen unerwünschten Folgen zufolge einer Verletzung von Normen. Reputationschäden gelten als Compliance-Risiken, nicht jedoch als rechtliche Risiken.

³ Ziffer 98 FINMA-Rundschreiben 2008/24.

Ereignis

Verstoss gegen:

Gesetze
Verordnungen

Regulatorien,
Standesregeln,
Standards

Vertragliche
Bestimmungen

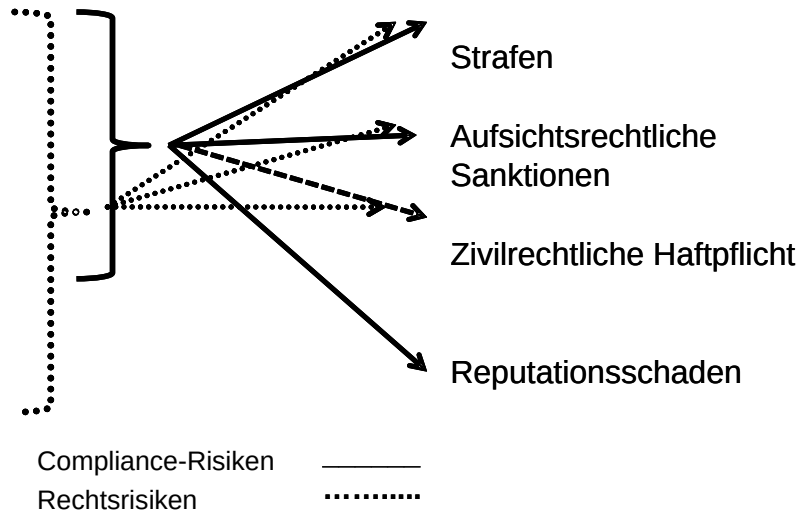


Abbildung 1: Compliance-Risiken und Rechtsrisiken im Vergleich

4. Rechtliche Risiken, operationelle Risiken und Compliance-Risiken

Die Einreihung der rechtlichen Risiken in die Familie der operationellen Risiken ist sinnvoll, zumal sich eine Abgrenzung nicht scharf vornehmen lässt. Unzulänglichkeiten von Menschen und Prozessen führen regelmässig nicht direkt, sondern über vertragliche oder ausservertragliche Haftpflichten zu finanziellen Schäden der Bank. Operationelle Risiken lassen sich in der Regel steuern. Mit geeigneten Massnahmen können Risiken reduziert oder vermieden werden. Werden keine oder minderwertige Massnahmen ergriffen, sind die Risiken höher.

Demgegenüber hat Compliance einen anderen Ansatz. Compliance ist das Einhalten von regulatorischen und internen Vorschriften und die Beachtung von Standesregeln und Standards.⁴ Compliance hat zumindest dem Grundsatz nach einen absoluten Ansatz. Die Regeln sind verbindlich und grundsätzlich einzuhalten, ohne dass es wie im Risikomanagement einen Spielraum gäbe, in welchem die Bank bewusst mehr oder weniger Risiken in Kauf nehmen kann. Zumindest vom Konzept her ist in diesem Bereich von einem Null-Toleranz-Gedanken auszugehen. Keine Bank wird beispielswei-

⁴ Ziffer 97 FINMA-Rundschreiben 2008/24.

se die Politik verfolgen, sich damit zu begnügen, dass bloss 90 % der Kunden korrekt identifiziert werden und die Risiken einer ungenügenden oder fehlenden Identifikation bei den übrigen in Kauf zu nehmen. Ähnliches gilt für organisatorische Vorschriften und andere aufsichtsrechtliche Vorgaben.⁵ Hier befinden wir uns im Bereich der Compliance, nicht des Risikomanagements. Dass eine absolute Normeinhaltung aufgrund von Rechtsunsicherheiten und praktischer Umstände bestenfalls eine Idealvorstellung ist, zeigen die Ausführungen zum Embargogesetz⁶ und zur Frage der wirtschaftlichen Berechtigung.

5. Pflichten der Bank im Hinblick auf rechtliche Risiken insbesondere im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr

Die Bank ist verpflichtet die rechtlichen Risiken zu erfassen, zu begrenzen und zu überwachen. Tut sie dies nicht oder nicht in genügendem Mass, verletzt sie die Vorschriften des Rundschreibens der Finanzmarktaufsicht 2008/24 «Überwachung und interne Kontrolle Banken» sowie gegebenenfalls die Gewährs- und Organisationserfordernisse nach Bankengesetz.⁷ Eine ungenügende Behandlung rechtlicher Risiken kann also die Bewilligungsvoraussetzungen in Frage stellen. Dies gilt auch und insbesondere für die Einhaltung nicht-schweizerischer Vorschriften, falls die Bank grenzüberschreitend tätig ist.

Nachdem das Thema der Einhaltung fremder Vorschriften lange Zeit wenig Anlass zu Diskussionen gab und Schwierigkeiten mit ausländischen Behörden offenbar selten waren, müssen sich Banken aufgrund der Ereignisse im Zusammenhang mit dem USA-Geschäft der UBS intensiv mit diesen Fragen befassen. Generell ist mit einer Verschärfung der Praxis der Finanzmarktaufsicht FINMA zu rechnen.⁸

Obwohl die Pflicht zur Einhaltung fremder Vorschriften nicht direkt aus dem Schweizer Aufsichtsrecht hervorgeht und Schweizer Behörden für die

⁵ Z. B. im Bereich der nachrichtenlosen Vermögenswerte, der Steuern, der Vorsorge etc.

⁶ Bundesgesetz vom 22. März 2002 über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen (Embargogesetz, EmbG); SR 946.231.

⁷ Art. 3 BankG.

⁸ Vgl. zu diesen Fragen FINMA-Kurzbericht, Untersuchung der EBK des grenzüberschreitenden Geschäfts der UBS AG mit Privatkunden in den USA vom 18. Februar 2009.

Durchsetzung nicht-schweizerischen Rechts unzuständig sind, ergeben sich in diesem Bereich Pflichten für Schweizer Banken. Dabei interessieren vorliegend die aufsichtsrechtlichen Pflichten. International privatrechtliche Fragen sind nicht betroffen.

Von der Aufsichtsbehörde wird erwartet, dass sich die grenzüberschreitend tätige Bank an die lokalen Vorschriften hält. Da mögliche Verletzungen auch fremden Rechts Gefahren bedeuten, muss dieser Aspekt Bestandteil des Risikomanagements und der Risikokontrolle sein, vor allem bei Banken, die in grösserem Umfang grenzüberschreitend tätig sind. Die Pflichten richten sich im Wesentlichen nach den Vorgaben des FINMA-Rundschreibens 2008/24 und lassen sich demnach etwa wie folgt umschreiben:

- Die Bank muss sich über die lokalen Vorschriften im Klaren sein und über deren Veränderungen laufend à jour halten. Gegebenenfalls muss sie sich durch lokale Fachleute unterstützen lassen (legal opinion).
- Die Bank muss sich insbesondere auch mit Unsicherheiten und Unklarheiten des ausländischen Rechts auseinandersetzen, vor allem wenn diese einen wesentlichen Geschäftsbereich betreffen.
- Die Bank muss das interne Regulativ (Weisungswesen) entsprechend einrichten.
- Die Bank muss die Einhaltung der Vorgaben überwachen und die verantwortlichen Stellen müssen angemessen Bericht erstatten.

II. Ausprägungen des grenzüberschreitenden Zahlungsverkehrs

Die überwiegende Mehrzahl der grenzüberschreitenden Zahlungen erfolgt als Überweisung in den Kanälen des internationalen Zahlungsverkehrs. Daneben gibt es weitere Erscheinungsformen von grenzüberschreitenden Zahlungen, welche geringere Volumina aufweisen, aber teilweise mit spezifischen Risiken verbunden sind.

1. Überweisungen

Die mit Abstand häufigste Art, grenzüberschreitende Zahlungen vorzunehmen, ist die Anweisung des Absenders an seine kontoführende Bank, eine

entsprechende Vergütung auf das Konto des Zahlungsempfängers bei dessen Bank vorzunehmen. In der Regel erfolgt die Vergütung nicht direkt von der Absenderbank an die Bank des Zahlungsempfängers, weil die beiden Banken keine Verbindungen pflegen und daher gegenseitig keine Konten unterhalten. Vielmehr wird der grenzüberschreitende Zahlungsverkehr über ein Netz von international tätigen grossen Banken (so genannte Korrespondenzbanken) abgewickelt, welche unter sich verbunden sind und so die Zahlungsströme abwickeln können. Die Bank des Zahlungsabsenders weist ihre Korrespondenzbank an, die Zahlung vorzunehmen, worauf diese über eine weitere Korrespondenzbank im Land der Empfängerbank die Zahlung weiterleitet. Die Korrespondenzbank im Land der Empfängerbank wird die Zahlung an die lokale Bank des Begünstigten anweisen. Für den Fall, dass Absender und/oder Empfänger der Zahlung direkt Kunden bei den Korrespondenzbanken sind, vereinfachen sich die Transaktionen.

Die Meldungen zwischen den einzelnen in den Zahlungsverkehr involvierten Banken werden über ein international standardisiertes System «Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication» (SWIFT)⁹ ausgetauscht.

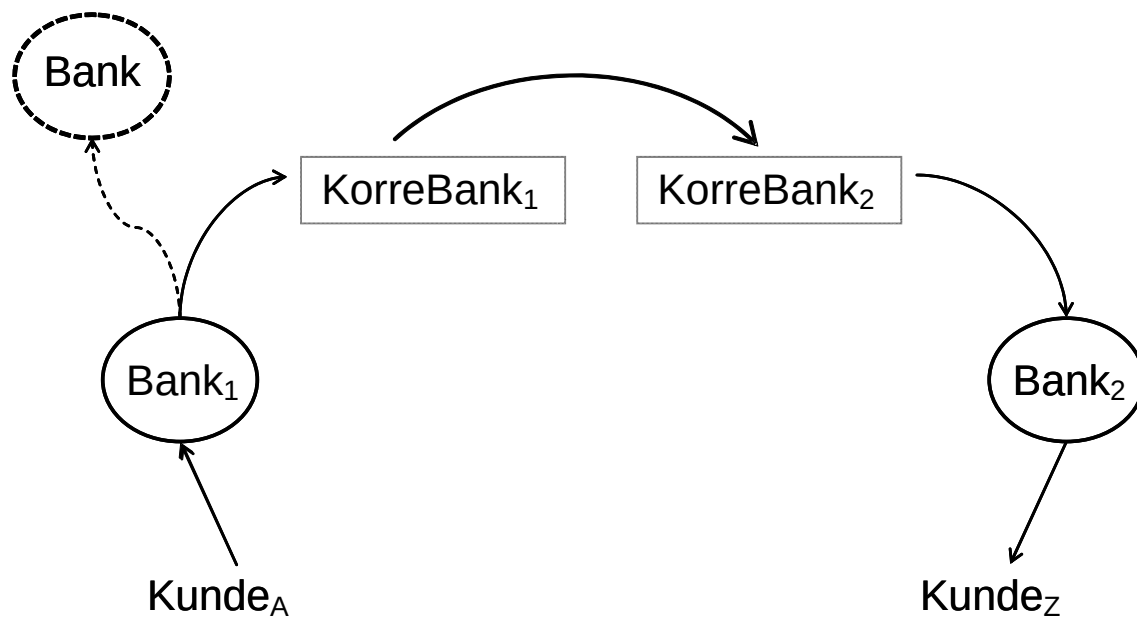


Abbildung 2: Ablauf einer Zahlung

⁹ Vgl. <<http://www.swift.com/>>.

Via Swiss Interbank Clearing (SIC und EuroSIC) können Zahlungen in Schweizer Franken und Euro abgewickelt werden. Im Gegensatz zum SWIFT-System besteht hier eine Clearing Funktion. Da am SIC auch Nicht-Schweizer Banken teilnehmen, entfällt ein Teil dieser Transaktionen auf den grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr.

PostFinance und die ausländischen Postorganisationen bieten analoge Dienstleistungen im grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr an.

Nachfolgend die Volumina des Jahres 2007, soweit die Zahlen öffentlich zugänglich sind.¹⁰

	Inland (Transaktionen in Mio. Stk.)	Ausland (Transaktionen in Mio. Stk.)
SIC	357	
euroSIC	-	3.5
PostFinance	817	6
SWIFT	-	64.1
Total	1'174	73.6
In Prozent der Total-Trx.	94.1%	5.9%

¹⁰ Geschäftsbericht 2007 der Telekurs AG (heute: SIX Telekurs Ltd; <http://www.six-telekurs.com/de/tkfich_index/tkfich_home/tkfich_customers/tkfich_customers_documentation/tkfich_customers_documentation_others.htm>), SWIFT(<http://www.swift.com/about_swift/publications/annual_reports/index.page?lang=en>), sowie der PostFinance (<<http://www.post.ch/de/index/uk-medien/uk-publikationen/uk-gb/uk-gb-archiv.htm>>). Zum Zeitpunkt der Textverfassung sind die Geschäftsberichte mit den Mengenangaben des Jahres 2008 noch nicht publiziert.

2. Andere Ausprägungen des grenzüberschreitenden Zahlungsverkehrs

Neben der Möglichkeit, Geldbeträge durch Überweisung in ein fremdes Land zu leiten, besteht eine Anzahl weiterer Möglichkeiten des grenzüberschreitenden Zahlungsverkehrs. Über die entsprechenden Volumina gibt es keine statistischen Angaben. Es ist jedoch davon auszugehen, dass solche Ausprägungen viel geringere Volumina aufweisen und praktisch nur im Retailbereich auftreten.

a) Bargeldtransport und Kompensationsgeschäfte

Anstatt eine Zahlung unbar ab einem Konto zu tätigen, kann eigenes oder fremdes Geld physisch bezogen und über die Grenze transportiert werden. Diese Vorgehensweise ist aufgrund der Vorschriften aus dem Bereich der Geldwäschereiabwehr und insbesondere den Grenzkontrollen unattraktiv geworden (vgl. die Ausführungen unter Kapitel IV 2).

Eine besondere Ausprägung des Bargeldverkehrs sind die sogenannten Kompensationsgeschäfte. Dabei reist ein Mitarbeiter der Bank zu Kunden im Ausland, ohne Bargeld bei sich zu haben. Seine Reise organisiert er so, dass er von einzelnen Kunden Bargeld entgegen nimmt und anderen solches ausbezahlt. In der Summe sollen Entgegennahmen und Auszahlungen etwa null betragen, so dass der Mitarbeiter, ohne Bargeld bei sich zu haben, die Rückreise antritt. Die Transaktionen werden nachträglich in der Bank gebucht.

Mit Kompensationsgeschäften lassen sich ausländische Kunden gut und diskret bedienen. Zudem gibt es keine Grenzüberschreitung mit Bargeld. Kompensationsgeschäfte sind zwar nirgends geregelt, die Praxis steht jedoch im Widerspruch zu Buchungsgrundsätzen, birgt operationelle Risiken (Veruntreuung, Diebstahl) und wirft Fragen im Zusammenhang mit der Dienstleistungserbringung ausserhalb der Schweiz und den Deklarationspflichten (vgl. Kapitel IV 2) auf. Aufgrund der zahlreichen Risiken gilt sie heute als verpönt.

b) Prepaidkarten

Eine moderne Form des Zahlungsverkehrs ist die Prepaidkarte, welche teilweise die Funktion der Travellerchecks eingenommen hat. Bei der Prepaidkarte wird ein Betrag vom Konto des Kunden abgebucht und dem Kartenherausgeber gutgeschrieben. Die entsprechende Information wird auf der

Karte vermerkt.¹¹ Mit der Karte kann sodann im In- und Ausland Bargeld bezogen oder es können Produkte und Dienstleistungen bezahlt werden. Der Bezug wird elektronisch auf der Karte vermerkt, so dass nicht mehr als der ursprünglich vermerkte Betrag bezogen werden kann. Der tatsächliche Geldfluss kann jedoch nicht mit der Karte erfolgen. Erst nach deren Verwendung wird das Guthaben beim Kartenherausgeber abgebucht und dem begünstigten Händler oder der begünstigten Bank gutgeschrieben.

Unabhängig vom Vorliegen der physischen Karte kann der Kunde die Karte mit weiteren Mitteln alimentieren. Damit ist es möglich, eine im Ausland befindliche Karte mittels Schweizer Konto zu alimentieren, die Bezüge aber im Ausland zu tätigen. Die Verwendung von Prepaidkarten ist damit eine Ausprägung des grenzüberschreitenden Zahlungsverkehrs.

c) Money Transmitter

Eine weitere Erscheinung im grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr sind die Money Transmitter (Geldtransfargesellschaften). Dabei handelt es sich oft um kleine oder kleinste Unternehmungen, die den grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr als Dienstleistung anbieten. Deren Kunden vergüten ihnen einen zu transferierenden Betrag bar oder unbar. Der Money Transmitter verschiebt den Betrag auf seinen eigenen Konten unter Verwendung der üblichen Bank- oder Postsysteme (siehe Kapitel II 1) an die gewünschte ausländische Destination. Money Transmitter betreuen in der Regel ein kleines Segment ausländischer Kundschaft, die aufgrund kultureller oder sprachlicher Barrieren keinen direkten Zugang zum hiesigen Banken- oder Postsystem hat. Regelmässig ist auch eine Spezialisierung auf Kunden aus bestimmten Ländern oder Regionen zu beobachten.

¹¹ Untechnisch wird etwa davon gesprochen, dass das Guthaben auf die Karte «geladen» wird, was indessen falsch ist. Die Karte ermöglicht lediglich den Zugriff auf das zuvor abgebuchte Guthaben.

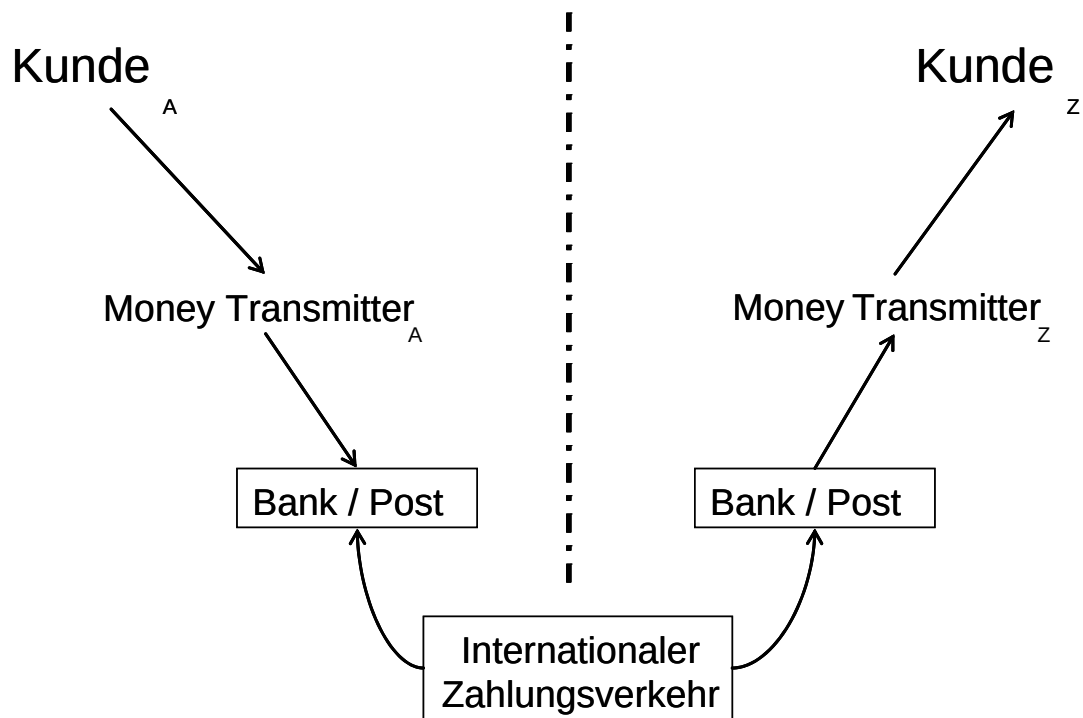


Abbildung 3: Money Transmitter

d) Check

Als letzte Möglichkeit, Beträge grenzüberschreitend zu transferieren, ist der Check zu nennen. Der Absender eines Betrages stellt dabei typischerweise einen Korrespondenzcheck aus und sendet ihn per Post dem Zahlungsempfänger, der ihn dann bei seiner Bank einlösen kann. Diese Zahlungsart ist seit vielen Jahren stark rückläufig, weil die direkten Anweisungen einfacher und sicherer sind. Trotz Vorsichtsmaßnahmen wie Kreuzung kam und kommt es immer wieder zu Fälschungen und Missbräuchen. Mit abnehmenden Volumina geht auch die Kenntnis des korrekten Handlings dieser Wertpapiere verloren, was die Risiken erhöht. Aufgrund der nur noch geringen Bedeutung werden diese Risiken hier nicht vertieft behandelt.

3. Risiken

Der internationale Zahlungsverkehr bietet selbstredend zahlreiche Risiken bei der Abwicklung der Transaktionen. Wie eingangs erwähnt, lassen sich rechtliche und andere operationelle Risiken begrifflich nicht eindeutig trennen. Im Folgenden soll das Augenmerk auf Risiken mit aufsichtsrechtlichem oder strafrechtlichem Charakter gelegt werden. Risiken operationeller Art, welche in Verbindung mit haftpflichtrechtlichen Normen zu Schäden führen können, werden nicht weiter ausgeführt.

III. Risiko einer Verletzung des Embargogesetzes

1. Embargogesetz und Verordnungen

Das Embargogesetz ermöglicht es dem Bund, Sanktionen, insbesondere solche der Vereinten Nationen, in das Schweizer Recht überzuführen bzw. die entsprechenden Sanktionen um- und durchzusetzen. Das Gesetz ist ein Rahmenerlass, der hauptsächlich Zuständigkeits- und Verfahrensfragen regelt und Strafbestimmungen enthält. Für den Erlass der eigentlichen Zwangsmassnahmen ist der Bundesrat zuständig. Verstösse gegen solche Verordnungen können mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Busse bis zu CHF 500'000 bestraft werden. In schweren Fällen ist Gefängnis bis zu fünf Jahren oder Busse bis zu einer Million Franken möglich.¹² Auch eine fahrlässige Begehung ist strafbar.

Im Falle eines Verfahrens kommt das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht¹³ zur Anwendung, wobei das Staatssekretariat für Wirtschaft für die Untersuchung und Beurteilung der Sachverhalte zuständig ist.¹⁴

Die Substanz des Embargowesens liegt in den 18 gegenwärtig gültigen Verordnungen. Davon enthalten deren 15 Finanzsanktionen, welche auf den Zahlungsverkehr Einfluss haben, indem sie gewisse Transaktionen verbieten, Guthaben sperren und/oder Meldepflichten auferlegen:

Verordnung	SR-Nummer	Sperrung von Geld und wirtschaftlichen Ressourcen	Keine Finanzsanktionen	Personenliste bzgl. Finanzsanktionen vorhanden?
Verordnung vom 2. Oktober 2000 über Massnahmen gegenüber Personen und Organisationen mit Verbindungen zu Usama bin Laden, der Gruppierung «Al-Qaïda» oder den Taliban	SR 946.203	x	—	Ja

¹² Art. 9 EmbG.

¹³ Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR); SR 313.0.

¹⁴ Siehe z. B. Art. 6 Abs. 3 der Verordnung vom 7. August 1990 über Wirtschaftsmassnahmen gegenüber der Republik Irak; SR 946.206.

Verordnung vom 7. August 1990 über Wirtschaftsmassnahmen gegenüber der Republik Irak	SR 946.206	x	—	Ja
Verordnung vom 18. Mai 2004 über die Einziehung eingefrorener irakischer Gelder und wirtschaftlicher Ressourcen und deren Überweisung an den Development Fund for Iraq	SR 946.206.1	regelt deren Einziehung	—	Nein
Verordnung vom 23. Juni 1999 über Massnahmen gegenüber bestimmten Personen aus der ehemaligen Bundesrepublik Jugoslawien	SR 946.207	x	—	Ja
Verordnung vom 19. Januar 2005 über Massnahmen gegenüber Liberia	SR 946.231.16	x	—	Ja
Verordnung vom 28. Juni 2006 über Massnahmen gegenüber Myanmar	SR 946.231.157.5	x	—	Ja
Verordnung vom 8. Dezember 1997 über Massnahmen gegenüber Sierra Leone	SR 946.209	—	x	Nein
Verordnung vom 19. März 2002 über Massnahmen gegenüber Simbabwe	SR 946.209.2	x	—	Ja
Verordnung vom 19. Januar 2005 über Massnahmen gegenüber Côte d'Ivoire	SR 946.231.13	x	—	Ja
Verordnung vom 25. Mai 2005 über Massnahmen gegenüber Sudan	SR 946.231.18	x	—	Ja
Verordnung vom 22. Juni 2005 über Massnahmen gegenüber der Demokratischen Republik Kongo	SR 946.231.12	x	—	Ja

Verordnung vom 21. Dezember 2005 über Massnahmen gegenüber bestimmten Personen in Zusammenhang mit dem Attentat auf Rafik Hariri	SR 946.231.10	x	—	noch nicht
Verordnung vom 18. Januar 2006 über Massnahmen gegenüber Usbekistan	SR 946.231.17	—	x	Nein
Verordnung vom 28. Juni 2006 über Massnahmen gegenüber Belarus	SR 946.231.116.9	x	—	Ja
Verordnung vom 25. Oktober 2006 über Massnahmen gegenüber der Demokratischen Volksrepublik Korea	SR 946.231.127.6	x	—	noch nicht
Verordnung vom 1. November 2006 über Massnahmen betreffend Libanon	SR 946.231.148.9	—	x	Nein
Verordnung vom 14. Februar 2007 über Massnahmen gegenüber der Islamischen Republik Iran	SR 946.231.143.6	x	—	Ja
Verordnung vom 13. Mai 2009 über Massnahmen gegenüber Somalia	SR 946.231.169.4	X	—	Noch nicht

Art. 3 Abs. 2 der Verordnung über Massnahmen gegenüber Personen und Organisationen mit Verbindungen zu Usama bin Laden, der Gruppierung «Al-Qaïda» oder den Taliban¹⁵ verbietet es beispielsweise, den im Anhang zur Verordnung erwähnten natürlichen und juristischen Personen, Gruppen und Organisationen Geld zu überweisen oder sonst wie direkt oder indirekt zur Verfügung zu stellen. In Verbindung mit Art. 9 EmbG bildet diese Verordnungsnorm den Straftatbestand.

¹⁵ Verordnung vom 2. Oktober 2000 über Massnahmen gegenüber Personen und Organisationen mit Verbindungen zu Usama bin Laden, der Gruppierung «Al-Qaïda» oder den Taliban; SR 946.203.

Andere Verordnungen enthalten abweichende Formulierungen, deren praktische Bedeutung nicht in allen Fällen klar ist. Im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr kann jedoch davon ausgegangen werden, dass die Pflichten nach Gesetz und Verordnungen greifen, wenn Zahlungsaufträge an natürliche oder juristische Personen, welche in den Listen enthalten sind, vorgenommen werden oder Zahlungen von solchen Personen eingehen. Die Rechtslage bzw. die zur Anwendung kommende Norm ist jeweils im Einzelfall zu klären.

2. Listenwesen

Schwierig ist indessen weniger die Beurteilung und korrekte Handhabung eines Einzelfalls, sondern die Entdeckung eines solchen in der Masse der Transaktionen. Der grenzüberschreitende (unbare) Zahlungsverkehr funktioniert heute weitgehend automatisiert. Die einzelnen Empfänger- und Absendernamen werden meist nicht von Hand bearbeitet. Falls dennoch eine manuelle Bearbeitung stattfindet, beispielsweise die Erfassung der Empfängerdaten, erfolgt diese in einem Massenbetrieb. Eine individuelle Abgleichung der einzelnen Kundennamen mit den Namen aus den Verordnungen ist theoretisch möglich, praktisch jedoch ausgeschlossen.

Die den Verordnungen beigegebenen Listen umfassen mehrere tausend Namen, meist (aber nicht ausschliesslich) arabischer oder afrikanischer Provenienz. Die Listen sind unterschiedlich formatiert, enthalten englische Abkürzungen, Streichungen und Alias-Namen. Ein Blick auf die Listen verdeutlicht, dass sie nur schwer lesbar sind. Da sie als Anhänge zu den Verordnungen zum Schweizer Landesrecht werden und in der amtlichen Sammlung enthalten sind, ist die unbesehene Übernahme der englischen Textpassagen und arabischen Schriftzeichen irritierend:

Wirtschaftsmassnahmen gegenüber der Republik Irak – V

946.206

(80)

NAME: Maki Mustafa Hamudat
مكي مصطفى حمودة
ALIAS: Maki Hamudat
Mackie Hmodat
General Maki Al-Hamadat
Macki Hamoudat Mustafa
DPOB: Circa 1934
NATIONALITY: Iraqi
ADDRESS: Mosul, Iraq
1483 BASIS: Served as a deputy to Uday Saddam Hussein on the Iraqi Olympic Committee and was the general finance officer in charge of the budget of the Fedayeen Saddam, a paramilitary organization headed by Uday Saddam Hussein

Massnahmen gegenüber Personen und Organisationen mit Verbindungen zu Usama bin Laden, der Gruppierung «Al-Qaida» oder den Taliban

AS 2007

Folgende Einträge werden geändert:

C. Liste der natürlichen Personen, die mit der «Al-Qaida» in Verbindung gebracht werden (246 Namen)

QLA.199.05. Name: 1: ATA 2: ABDOULAZIZ RASHID 3: RASHID 4: na Title: na Designation: na DOB: 1 Dec. 1973 POB: Sulaimaniya, Iraq Good quality a.k.a.: a) Ata Abdoul Aziz Barziny b) Abdoulaziz Ata Rashid, born 1 Dec. 1973 Low quality a.k.a.: na Nationality: Iraqi Passport no.: German travel document («Reiseausweise») A 0020375 National identification no.: na Address: Stuttgart In prison in Germany as of Dec. 2004. Listed on: 6 Dec. 2005 (amended on 21 Oct. 2008) Other information: na Associated with Ansar Al-Islam (listed under permanent reference number QE.A.98.03). Found guilty of terrorism offences, and attempted murder, and sentenced on 15 Jul. 2008 to 10 years imprisonment in Germany.

QLM.205.05. Name: 1: RAFIK 2: MOHAMAD YOUSSEF 3: YOUSSEF 4: na Title: na Designation: na DOB: 27 Aug. 1974 POB: Baghdad, Iraq Good quality a.k.a.: Mohamad Raif Kairadin Low quality a.k.a.: na Nationality: Iraqi Passport no.: German travel document («Reiseausweise») A 0092301 National identification no.: na Address: Mannheim In prison in Germany as of Dec. 2004. Listed on: 6 Dec. 2005 (amended on 21 Oct. 2008) Other information: na Associated with Ansar Al-Islam (listed under permanent reference number QE.A.98.03). Found guilty of terrorism offences and attempted murder, and sentenced on 15 Jul. 2008 to 8 years imprisonment in Germany.

Zu den praktischen Schwierigkeiten, mit den Listen zu arbeiten, kommt ihre Instabilität. Die Einträge auf den Listen ändern in hoher Kadenz. So erfuhr die Liste zur Irak-Verordnung allein im vergangenen Jahr nicht weniger als 14 Änderungen:

- | | |
|-----------------------|--------------|
| – 29. Januar 2008: | 39. Änderung |
| – 06. Februar 2008: | 40. Änderung |
| – 04. März 2008: | 41. Änderung |
| – 18. März 2008: | 42. Änderung |
| – 15. April 2008: | 43. Änderung |
| – 06. Mai 2008: | 44. Änderung |
| – 15. Mai 2008: | 45. Änderung |
| – 01. Juli 2008: | 46. Änderung |
| – 01. September 2008: | 47. Änderung |
| – 21. Oktober 2008: | 48. Änderung |
| – 25. Oktober 2008: | 49. Änderung |
| – 07. November 2008: | 50. Änderung |
| – 12. November 2008: | 51. Änderung |
| – 16. Dezember 2008: | 52. Änderung |

In diesem Sinne kann festgehalten werden, dass die Einhaltung der Embargovorschriften, soweit es sich um Namensabgleiche handelt, nur mit technischen Mitteln, d. h. einem elektronischen Namensabgleich sichergestellt werden kann.¹⁶ Aufgrund von unterschiedlichen und falschen Schreibweisen oder ungeeigneten Algorithmen sind indessen auch technische Anwendungen nicht immer in der Lage, jede verbotene Transaktion zuverlässig herauszufiltern.

Ohne technische Hilfsmittel ist es demnach unmöglich, die Einhaltung der Sanktionen sicherzustellen. Da das Embargogesetz kein branchentypisches Spezialgesetz ist, sondern dem Grundsatz nach jedermann verpflichtet, muss davon ausgegangen werden, dass der weit überwiegende Teil der Rechtsunterstellten latent dem Risiko ausgesetzt ist, gegen die angeordneten Sanktionsmassnahmen zu verstossen, ohne eine reelle Möglichkeit zu haben, sich gegen das Risiko zu schützen.

¹⁶ Schon die Botschaft zum Bundesgesetz über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen vom 20. Dezember 2000 ging von einer entsprechenden Notwendigkeit aus und beurteilte den Aufwand «dank der heutigen Software» als vertretbar, 1449.

3. Folgerungen für die Einschätzung der rechtlichen Risiken für die Bank

Das Sanktionswesen nach Embargogesetz und die daraus resultierenden Risiken für Banken sind eine relativ junge Erscheinung. Judikatur und Literatur sind gar nicht oder nur spärlich greifbar. Aufgrund der obigen Überlegungen können für die Risikolage der Banken aber etwa folgende Festhaltungen gemacht werden:

- Verletzungen der Vorschriften im Bereich des Embargogesetzes und seiner Verordnungen sind strafbar. Soweit die Verordnungen Finanzsanktionen enthalten, bestehen für Banken Compliance- bzw. Rechtsrisiken wie unter Kapitel I ausgeführt. Die Banken haben die Pflicht, dies in ihrem Risikomanagement und der Risikokontrolle zu berücksichtigen.
- Die Wahrscheinlichkeit, dass es zu einer verbotenen Transaktion kommt, ist gering. Bei Instituten mit grenzüberschreitendem Zahlungsverkehr ist das Risiko immerhin so gross, dass nicht ohne Weiteres auf Massnahmen verzichtet werden kann.
- Eine hinreichende Sicherheit, Verstösse insbesondere im Auslandszahlungsverkehr zu vermeiden, ist aufwändig und ausschliesslich mit technischer Unterstützung möglich.
- Auch ein sorgfältiger und gut informierter Bankkunde ist kaum in der Lage, die Listen selbst abzugleichen. Es muss davon ausgegangen werden, dass ein Kunde, der Dienstleistungen im Bereich des grenzüberschreitenden Zahlungsverkehrs in Anspruch nimmt, darauf vertrauen darf, dass die Bank in der Lage ist, die Verletzung von Finanzsanktionen zu vermeiden.
- Auch bei Implementierung eines technischen Namensabgleiches kann nicht vollständig sichergestellt werden, dass es zu keinen verbotenen Zahlungen kommt.
- Das Embargogesetz und seine Verordnungen sind nicht Bestandteil des Bankenaufsichtsrechts. Die Einhaltung der aus dem Gesetz abgeleiteten Pflichten wird von der FINMA nicht überwacht. Ein Verstoß würde indessen nach Massgabe der aufsichtsrechtlichen Pflichten von der FINMA beurteilt.

IV. Rechtliche Risiken beim Bargeldverkehr

Die Verwendung von Bargeld für die Verschiebung grösserer Summen ist in den vergangenen Jahren zurückgegangen. Grössere Summen von Bargeld gelten fast automatisch als verdächtig. Dies spiegelt sich in der rechtlichen Situation indessen nur bedingt. Vorschriften betreffend Bargeld finden sich nur im Bereich der Geldwäschereiabwehr und diese sind keineswegs so strikt, wie man meinen möchte. Die rechtlichen Risiken sind zumindest für Banken relativ gering.

1. Bestimmungen zu den Sorgfaltspflichten der Banken

Bei Kassageschäften, welche den Betrag oder Gegenwert von CHF 25'000 übersteigen, bestehen formelle Pflichten (Identifikation und zwingende Erklärungen über die wirtschaftliche Berechtigung).¹⁷ Als Kassageschäfte gelten dabei freilich längst nicht alle Bargeschäfte, sondern nur solche, die nicht über das Konto oder Depot eines Kunden gebucht werden. Kassageschäfte im grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr sind daher selten.

Hinweise zum Bargeldverkehr finden sich im Anhang zur Geldwäschereiverordnung, wobei einzelne Bartransaktionen als Anhaltspunkte für einen möglichen Verdacht auf Geldwäscherei gelten.¹⁸

2. Kontrolle des grenzüberschreitenden Bargeldverkehrs

Tiefer greifende Konsequenzen für den grenzüberschreitenden Verkehr mit Bargeld hatten die Spezialempfehlungen IX der Groupe d'action financière (GAFI) vom Oktober 2004. Die Empfehlung bezweckt die Bekämpfung von illegalen Geldflüssen im Sinne der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung. Zur Abwehr bzw. Aufdeckung solcher Transaktionen empfiehlt die GAFI, die Kontrollen des grenzüberschreitenden Bargeldverkehrs durch

¹⁷ Art. 3 Abs. 2 und Art. 4 Abs. 1 lit. c Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (GwG); SR 955.0, Art. 3 Abs. 3 VSB 08 (Verordnung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken vom 7. April 2008, <<http://www.swissbanking.org/20080410-vsb-cwe.pdf>>).

¹⁸ Anhang zur Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 18. Dezember 2002 über die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Banken-, Effektenhändler- und Kollektivanlagenbereich (Geldwäschereiverordnung-FINMA 1, GwV-FINMA 1); SR 955.022, z. B. Ziffern A9, A17, A27.

Deklarations- oder Auskunftspflichten zu verstärken. Dabei wurde es den Ländern freigestellt, eine Deklarationspflicht einzuführen, bei der jeder Bargeldtransport ab einer gewissen Schwelle offengelegt werden muss,¹⁹ oder sich auf ein Auskunftssystem zu beschränken, bei welchem nur auf Anfrage hin Auskunft erteilt werden muss.

Im Schweizer Recht führte die Empfehlung zu einer relativ geringfügigen Ergänzung des Art. 95 ZG²⁰, welcher um folgenden Abs. 1^{bis} erweitert wurde: «Im Rahmen ihrer Aufgaben unterstützt sie [die Eidgenössische Zollverwaltung] die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung.»²¹

V. Money Transmitter und die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten

Die Funktionsweise der Money Transmitter-Dienstleistungen wurde unter Kapitel II 2c) dargestellt. Fraglich ist, welche rechtlichen Risiken sich für die Bank ergeben, wenn sie ihre Dienstleistungen Money Transmittern zur Verfügung stellt.

1. Bedeutung der Abklärung des wirtschaftlich Berechtigten

Im Zusammenhang mit der Arbeit der Money Transmitter stellen sich Fragen im Hinblick auf die Sorgfaltspflichten der Geldwäschereiabwehr: Lassen sich die Transaktionen plausibilisieren? Ist der Money Transmitter ein Finanzintermediär i. S. von Art. 2 GwG und falls ja, hat er sich einer Selbstregulierungsorganisation (SRO) angeschlossen? Gelten die Transaktionen als

¹⁹ So kennt zum Beispiel die Bundesrepublik Deutschland seit 2007 eine Deklarationspflicht für grenzüberschreitende Bargeldtransporte von mehr als EUR 10'000. Regelmässigen Presseberichten ist zu entnehmen, dass die entsprechenden Pflichten mittels Kontrollen durchgesetzt werden und pflichtwidriges Verhalten auch für Bürger, denen weder Geldwäscherei noch Terrorismusfinanzierung vorgeworfen wird, unangenehm sein kann.

²⁰ Zollgesetz vom 18. März 2005 (ZG); SR 631.0.

²¹ Unmittelbar nach dem Bankrechtstag 2009 erliess der Bundesrat die Verordnung vom 11. Februar 2009 über die Kontrolle des grenzüberschreitenden Barmittelverkehrs; SR 631.052, welche am 1. März 2009 in Kraft trat. Art. 3 regelt insbesondere detailliert die Auskunftspflichten im grenzüberschreitenden Verkehr.

Geld- und Wertübertragung i. S. von Art. 2 lit. b GwV-FINMA 3?²² Eine besonders schwierige Frage, die mit grossen rechtlichen Risiken verbunden ist, betrifft die Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung. Ist am einbezahlten Betrag weiterhin der Kunde des Money Transmitters wirtschaftlich berechtigt oder geht die wirtschaftliche Berechtigung auf den Money Transmitter über?

Die Frage stellt sich nicht nur in der Zusammenarbeit mit Money Transmittern, sondern auch bei anderen Sachverhalten des täglichen Bankgeschäftes, bei denen ein Dienstleister Vermögenswerte bei der Bank deponiert.²³ Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, ist sie durchaus nicht eindeutig zu beantworten, obwohl sie als eine zentrale Frage des «Know your Customer»-Prinzips gilt und gleich vierfach im gültigen Regulativ verankert ist:

- Art. 3 VSB 08 verlangt die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten, wie dies alle Vereinbarungen seit 1977 mit leicht wechselnden Formulierungen verlangten. Eine Verletzung der detaillierten Vorschriften kann mit einer Konventionalstrafe geahndet werden.
- Nach Art. 4 GwG muss der Finanzintermediär vom Vertragspartner eine schriftliche Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung verlangen, wenn der Vertragspartner nicht selbst wirtschaftlich berechtigt ist oder hierüber Zweifel bestehen.
- Art. 14 GwV-FINMA 1 verweist auf die Vorschriften der VSB und Art. 3 GwV-FINMA 1 erklärt die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten zum «Prinzip» der Geldwäschereibekämpfung.
- Schliesslich stellt Art. 305^{ter} StGB die unsorgfältige Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten unter Strafe.

Obwohl es wegen Verletzungen von Art. 3 VSB immer wieder zu Verfahren und Verurteilungen durch die Aufsichtskommission VSB kommt,²⁴ sind Strafverfahren oder gar Urteile wegen Verletzung von Art. 305^{ter} StGB im

²² Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 6. November 2008 über die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im übrigen Finanzsektor (Geldwäschereiverordnung-FINMA 3, GwV-FINMA 3); SR 955.033.0.

²³ Ähnliche Konstellationen sind Inkassomandate, Immobilienverwaltungen, Vorschusszahlungen, Darlehen und Kredite.

²⁴ 40 Verurteilungen in den Jahren 2001 bis 2005 gemäss Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001-2005, <<http://www.swissbanking.org/ak-taetigkeitsbericht-01-05-d.pdf>>, 15.

Bankenbereich selten geblieben. Dennoch schweben Mitarbeiter von Banken in der dauernden Gefahr, sich strafbare Unsorgfalt vorwerfen lassen zu müssen. Diese Gefahr wiegt besonders schwer, weil die Handhabung des Formulars A²⁵ bekanntlich nicht immer einfach ist und sehr formalistisch beurteilt wird. Zudem ist oft unklar, wer in einem gegebenen Sachverhalt als wirtschaftlich berechtigt zu bezeichnen ist. Diese Unsicherheit konnte trotz der Bedeutung der Frage und der reichen Praxis der Aufsichtskommission nicht schlüssig geklärt werden. Am Beispiel des Phänomens der Money Transmitter lässt sich die Fragestellung besonders gut darstellen.

2. Unterschiedliche Auffassungen am Beispiel des Money Transmitters

Der Kunde, welcher die Dienste eines Money Transmitters in Anspruch nimmt, bezahlt den zu transferierenden Betrag auf ein Konto des Money Transmitters. Dieser transferiert den Betrag unter Verwendung eigener Konten nach Massgabe des Auftrags seines Kunden.

Es steht ausser Zweifel, dass der Money Transmitter den Vermögenswert nicht für sich selbst hält, sondern für seinen Kunden. Hingegen befindet sich der Vermögenswert während der Dauer der Transaktion in seinem Vermögen. In seiner Bilanz gibt es einen Aktivposten, nämlich die Forderung gegenüber der Bank, und einen gleich grossen Passivposten, nämlich die Verpflichtung gegenüber seinem Kunden. Sein Eigenkapital wird durch die Transaktionen nicht vergrössert. Der vertragliche Anspruch seines Kunden geht nur auf Transferierung des Betrags an eine definierte Destination. Der Kunde kann den Betrag aber nicht zurückfordern oder sonstwie auf diesen zugreifen, nachdem er die Transaktionen ausgelöst hat. Er verliert die Kontrolle vollständig.

Über die Frage, wer am Betrag wirtschaftlich berechtigt ist, gibt es zwei grundsätzlich verschiedene Auffassungen.

- Nach einem weiten, umfassenden Verständnis des Begriffs bleibt der Kunde des Money Transmitters wirtschaftlich berechtigt am zu transferierenden Betrag. Das Guthaben bleibt sein Eigenkapital. Damit «gehört» es wirtschaftlich ihm und nicht dem Money Transmitter. Dieser hält den Betrag nicht für sich, sondern für seinen Kunden in den Büchern. Nach diesem Verständnis kommt

²⁵ Standardisiertes Formular der Banken für die Erklärung des Kunden über die wirtschaftliche Berechtigung.

es nur auf die wirtschaftliche Zugehörigkeit i. S. von Eigenkapital an. Irrelevant ist hingegen die Art des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien.

- Nach einem enger gefassten (und m. E. richtigen) Verständnis handelt es sich bei der Figur der wirtschaftlichen Berechtigung um einen Ausnahmetatbestand, der geschaffen wurde, um Transparenz zu schaffen, wo die Gefahr besteht, dass relevante Sachverhalte (ggf. missbräuchlich) intransparent bleiben. Danach ist der wirtschaftlich und der obligatorisch oder dinglich Berechtigte im Normalfall identisch. Ein Fall abweichender wirtschaftlicher Berechtigung liegt nur vor, wenn sich Vermögenswerte einer anderen Person zurechnen lassen und diese faktisch oder rechtlich die Verfügungsgewalt behält und Nutzen und Schaden deren Vermögen zuzurechnen sind.

Trotz der Erwähnung auf den verschiedenen Stufen des Regulativs und den ausführlichen Bestimmungen zur obligatorischen Sorgfalt gibt es keine Legaldefinition des Begriffs der wirtschaftlichen Berechtigung. Die Botschaft zum GwG²⁶ sprach seinerzeit von dem hinter dem «direkten Vertragspartner» stehenden «tatsächlichen Kunden». Dies deutet darauf hin, dass von einer starken Position eines allenfalls abweichenden wirtschaftlich Berechtigten ausgegangen wurde. «Tatsächlicher Kunde» heisst, dass es sich um die Person handelt, welche zum Beispiel die Bank ausgewählt hat und die auch wichtige Entscheidungen trifft. Der bloss rechtliche Kunde tritt demgegenüber in den Hintergrund. Noch deutlicher in diese Richtung weist das Bundesgericht, welches der wirtschaftlichen Betrachtungsweise «formalistische Konstruktionen ohne Bedeutung»²⁷ gegenüber stellt. Hier hatte man Sachverhalte wie Sitzgesellschaften, Strohleute und andere «Konstruktionen ohne Bedeutung» im Auge, bei denen zwischen dem Vertragspartner der Bank und dem «tatsächlichen Kunden» i. S. des wirtschaftlich Berechtigten unterschieden werden kann und muss. Bei alltäglich vorkommenden und praktisch sinnvollen Rechtsverhältnissen wie dem Money Transmitter kann jedoch weder von Konstrukten «ohne Bedeutung» gesprochen werden, noch kann der Kunde des Kontoinhabers als «tatsächlicher Kunde» angesehen werden. Im erwähnten Entscheid wird denn auch weiter ausgeführt: «[...] wirtschaftlich berechtigt ist somit derjenige, der über die Vermögens-

²⁶ Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 17. Juni 1996, insbesondere 1121.

²⁷ BGE 125 IV 139 E. 3c S. 143.

werte faktisch bestimmen kann, dem sie mithin aus wirtschaftlicher Sicht gehören»²⁸. Die Literatur scheint, soweit überhaupt eine Position eingenommen wird, eher der engeren Auslegung zuzuneigen.²⁹

Eine andere Betrachtungsweise und Systematik weist freilich die VSB auf, aus welcher der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten ursprünglich stammt. Die VSB enthält wie erwähnt keine Definition. Sie regelt nur die Sorgfaltspflichten detailliert. Hingegen scheint die VSB davon auszugehen, dass bei Rechtsverhältnissen wie Inkassomandaten, Factoring, Money Transmitter, ja sogar bei Bankkonten und Versicherungsverträgen der Endkunde i. S. des Konsumenten wirtschaftlich Berechtigter bleibt und der Dienstleister nur formell berechtigt ist. Da es praktisch völlig unmöglich wäre, all diese abweichenden wirtschaftlichen Berechtigungen lege artis zu dokumentieren, enthält die VSB einen immer länger werdenden Ausnahmekatalog, bei dem die Bank von der Pflicht zur Dokumentation der wirtschaftlichen Berechtigung befreit wird.³⁰

Auch die Praxis der Aufsichtskommission folgt der Linie der VSB und wendet den Begriff extensiv an.³¹ Dass diese Praxis in zahlreichen gängigen Sachverhalten teilweise zu sonderbaren Resultaten führt, zeigen die verschiedenen Urteile zur wirtschaftlichen Berechtigung bei Darlehens- und Kreditverhältnissen.³²

²⁸ BGE 125 IV 139 E. 3c S. 143.

²⁹ BRÜHWILER/HEIM, Praxiskommentar, N 10 zu Art. 3 Abs. 1 VSB; DE CAPITANI, Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, 780, N 32; PIETH, Basler Kommentar, N 15 f. zu Art. 305^{ter} StGB; SCHMID, Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, 67 ff., N 163 ff.

³⁰ N 32 ff. VSB 08.

³¹ Die publizierten Fälle zu Art. 3 VSB sind zahlreich, befassen sich jedoch meist mit den praktischen Fragen der Sorgfalt. Hinweise zum Begriff des wirtschaftlich Berechtigten finden sich etwa an folgenden Stellen: Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1998 bis 2001, <<http://www.swissbanking.org/ak-taetigkeitsbericht-98-01-d.pdf>>, Ziffer 2d; Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001-2005, <<http://www.swissbanking.org/ak-taetigkeitsbericht-01-05-d.pdf>>, 2.8, 2.9, 2.18, 2.30.

³² Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001-2005, <<http://www.swissbanking.org/ak-taetigkeitsbericht-01-05-d.pdf>>, Fallbeispiel 2.34/2.35.

3. Schlussfolgerung

In diesem Sinne kann festgehalten werden, dass bei der Anwendung des Begriffs des wirtschaftlich Berechtigten auch nach Jahrzehnten seiner Existenz noch erhebliche Rechtsunsicherheit besteht, welche für Finanzintermediäre im Allgemeinen und für den grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr im Besonderen erhebliche Risiken birgt. Eine Klärung der Situation im Sinne der obigen Ausführungen könnte nicht nur die Risiken verringern, sondern auch die Administration vereinfachen.

Aufsicht über international tätige Finanzgruppen: Konsequenzen für die Bank

Markus Affolter, Basel*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	132
Materialien.....	133
I. Einleitung	133
II. Begriff der internationalen Finanzgruppe aus schweizerischer Sicht	133
III. Konsolidierte Aufsicht über schweizerische, international tätige Finanzgruppen.....	134
1. Begriff der konsolidierten Aufsicht.....	134
2. Inhalt der konsolidierten Aufsicht.....	135
3. Zuständigkeitsregeln.....	136
a) Home Regulator und Host Regulator	136
b) Lead Regulator	136
c) Notwendige Rechtssicherheit in der Zuständigkeitsfrage	137
IV. Einheitsübergreifende Leitungspflicht als Folge der konsolidierten Aufsicht	138
V. Der Prozess der konsolidierten Aufsicht.....	139
1. Verhältnis Aufsichtsbehörden – unterstelltes Institut.....	140
a) Nebeneinander von two-tier und one-tier System der Überwachung	140
b) Prüffelder der konsolidierten Aufsicht.....	141
2. Verhältnis der Aufsichtsbehörden untereinander	142

* Es handelt sich beim vorliegenden Text um die schriftliche Aufzeichnung des anhand von Folien gehaltenen Vortrages, ergänzt durch einzelne Fussnoten.

3.	Stellung des schweizerischen Finanzinstituts im Prozess der konsolidierten Aufsicht.....	143
VI.	Schweizerische Finanzgruppen mit einem Mutterhaus im Ausland.....	145
1.	Abgrenzung der Zuständigkeiten der Aufsichtsbehörden bei ausländischer Beherrschung.....	145
2.	Informationsübermittlung an den beherrschenden ausländischen Finanzintermediär bzw. an dessen Aufsichtsbehörde.....	146
VII.	Schlussfolgerung.....	147

Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 11. Mai 2009.

- ALTHAUS ANNETTE, Amtshilfe und Vor-Ort Kontrolle. Rechtsfragen der internationalen Zusammenarbeit unter Bank- und Finanzmarktaufsichtsbehörden mit besonderer Berücksichtigung der Regelung in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2001.
- ARTER OLIVER, Bankenaufsichtsrecht in der Schweiz. Standortbestimmung und Zukunftsperspektiven am Vorabend der FINMA, Bern 2008.
- AUBERT MAURICE ET AL., Le secret bancaire suisse. Droit privé, pénal, administratif, fiscal, procédure, entraide et conventions internationales, 3^e éd., Berne 1995.
- BRINGERT PHILIPPE/HEINEMANN BERNHARD, Art. 4 BankG, in: Watter Rolf et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel 2005.
- EMMENEGGER SUSAN, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe. Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmung zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht, Bern 2004.
- GEIGER HANS, Art. 4, 18 BankG, in: Bodmer Daniel/Kleiner Beat/Lutz Benno (Begründer), Zobl Dieter et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 17. Aufl., Zürich 2006.
- KLEINER BEAT/SCHWOB RENATE, Art. 3 BankG, in: Bodmer Daniel/Kleiner Beat/Lutz Benno (Begründer), Zobl Dieter et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 17. Aufl., Zürich 2006.
- MAURENBRECHER BENEDIKT, Vor Art. 3b-h, Art. 3b-h BankG, in: Watter Rolf et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel 2005.
- SUHR BRUNNER CHRISTIANA/NEUHAUS MARKUS, Art. 4^{quinquies} BankG, in: Watter Rolf et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel 2005.
- WATTER ROLF, Art. 18-22 BankG, in: Watter Rolf et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel 2005.

Materialien

EBK-Bulletin, Bände 49/2006, 36/1998, 33/1997 und 12/1982, abrufbar unter: <<http://www.finma.ch/archiv/ebk/d/publik/bulletin/index.html>>.

EBK-Jahresbericht, Schlussfassungen von 2004, 2002 und 1996, abrufbar unter: <<http://www.finma.ch/archiv/ebk/d/publik/bericht/index.html>>.

EBK-Rundschreiben, Nummern 05/1 und 05/2, abrufbar unter: <<http://www.finma.ch/archiv/ebk/d/regulier/rundsch/index.html>>.

I. Einleitung

Ziel der nachfolgenden Darstellung ist es, einen Überblick über die Grundregeln der konsolidierten Beaufsichtigung von Banken bzw. Bankkonzernen zu geben, welche von der Schweiz aus über Niederlassungen (sei dies in der Form von Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften) im Ausland tätig sind. Weiter soll aufgezeigt werden, welche Auswirkungen diese konsolidierte Überwachung auf den Bankkonzern, seine Organisation sowie seine Geschäftsprozesse hat, damit dieser den Anforderungen der konsolidierten Aufsicht genügt. Dabei sollen weniger formalrechtliche, sondern vor allem praktische Aspekte im Vordergrund stehen.

Vorab wird es notwendig sein, sich mit dem Inhalt und dem Verfahren der konsolidierten Aufsicht vertraut zu machen. Bei der anschliessenden Darstellung der Auswirkungen der konsolidierten Aufsicht auf den Bankkonzern sollen insbesondere jene Aspekte zur Darstellung gelangen, welche es für die schweizerische Konzernmutter anspruchsvoll machen, den dadurch gestellten Anforderungen gerecht zu werden.

II. Begriff der internationalen Finanzgruppe aus schweizerischer Sicht

Eine Finanzgruppe im Sinne des Schweizerischen Bankengesetzes (BankG) liegt dann vor, wenn zwei oder mehr Unternehmen, von welchen mindestens eines eine Bank oder ein Effekthändler ist, sich zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammenschliessen und diese Gruppe vorwiegend im Finanzbereich tätig ist.¹ Sind einzelne Gruppengesellschaften im Ausland inkorporiert, wird eine solche Gruppe zur *internationalen* Finanzgruppe.

¹ Art. 3c BankG, Art. 13a BankV.

Im Kontext der nachfolgenden Ausführungen wird davon ausgegangen, dass zu dieser internationalen Finanzgruppe eine in der Schweiz inkorporierte Bank gehört, und dass die Gruppe tatsächlich aus der Schweiz geleitet wird. Dabei kann die Konzernmutter einen Holding-Status haben oder aber direkt eine operative Bank sein. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, handelt es sich im Sinne der nachfolgenden Ausführungen um eine *schweizerische, international tätige Finanzgruppe*.

III. Konsolidierte Aufsicht über schweizerische, international tätige Finanzgruppen

1. Begriff der konsolidierten Aufsicht

Unter konsolidierter Aufsicht wird das aufsichtsrechtliche Konzept verstanden, das sich an der *ökonomischen Einheit* «Finanzgruppe» als Regulierungs- und Überwachungsobjekt orientiert.² Im Jahr 1997 publizierte der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht 25 Grundprinzipien für eine wirksame Überwachung von Banken und insbesondere auch der Überwachung grenzüberschreitender Bankgeschäfte.³

Danach gilt der Grundsatz, dass die Bankaufsichtsbehörden gegenüber international tätigen Finanzgruppen eine *weltweit konsolidierte Aufsicht* praktizieren. Konkret bedeutet dies, dass die jeweils zuständige Aufsichtsbehörde sämtliche Aspekte des weltweiten Geschäfts dieser Gruppen angemessen überwachen muss. Dies bedeutet auch, dass die Aufsichtsbehörde alle einschlägigen aufsichtsrechtlichen Regeln und Standards auf die international tätige Finanzgruppe anwenden muss, insbesondere auf die ausländischen Niederlassungen der Gruppe (Grundsatz 23). Die Aufsichtsbehörde des Mutterlandes muss zudem befugt sein, mit den anderen involvierten Aufsichtsbehörden jener Länder, wo die Finanzgruppe Niederlassungen unterhält, alle für die Aufsicht benötigten Informationen auszutauschen (Grundsatz 24).

Die umfassende und koordinierte Aufsichtstätigkeit ist eine anspruchsvolle Aufgabe. Sie wird zusätzlich erschwert, wenn man sich bewusst macht, dass sich die Komplexität des Bankgeschäftes per se, aber auch die Struktur einer modernen international tätigen Finanzgruppe in den letzten

² MAURENBRECHER, Basler Kommentar, N 16 zu Vor Art. 3b-h BankG.

³ Vgl. dazu EBK-Bulletin, 33/1997, 71 ff.

zehn Jahren (das heisst seit der Formulierung dieser Grundsätze) erheblich erhöht haben. Gerade die aktuelle Finanzkrise macht deutlich, wie wichtig eine wirksame und integrierte Aufsicht über international tätige Finanzgruppen ist. Das Erfordernis und die Modalitäten der konsolidierten Aufsicht sind denn mittlerweile auch detailliert im Schweizerischen Recht geregelt.⁴

2. Inhalt der konsolidierten Aufsicht

Für schweizerische, international tätige Finanzgruppen hat die Überwachung auf konsolidierter Basis zusammengefasst namentlich zum Gegenstand,⁵ ob die Finanzgruppe:

- angemessen organisiert ist
- über ein angemessenes internes Kontrollsystem verfügt
- die mit der Geschäftstätigkeit verbundenen Risiken angemessen erfasst, begrenzt und überwacht
- von Personen geleitet wird, welche Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten
- die personelle Trennung zwischen Geschäftsführung und dem Organ für Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle nach Art. 8 BankG einhält
- ein gruppenweites Risikomanagement hat
- die Eigenmittel- und Risikoverteilungsvorschriften einhält und über eine angemessene Liquidität verfügt
- die Rechnungslegungsvorschriften korrekt anwendet
- die grundlegenden Prinzipien der Geldwäschereiverordnung (Art. 3 GwV-FINMA 1⁶) und zur globalen Überwachung von Rechts- und Reputationsrisiken (Art. 9 GwV-FINMA 1) einhält

⁴ Vgl. insbesondere Art. 3b ff. BankG, Art. 4^{quinqies} BankG, Art. 18 FINMAG, Art. 42 ff. FINMAG, Art. 14 BankV; EBK-Rundschreiben, 05/1 und 05/2.

⁵ Art. 14a BankV; EBK-Bulletin, 36/1998, 19 f.; weiterführend MAURENBRECHER, Basler Kommentar, N 1 ff. zu Art. 3f BankG.

⁶ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 18. Dezember 2002 über die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Banken-, Effektenhändler- und Kollektivanlagenbereich (Geldwäschereiverordnung-FINMA 1, GwV-FINMA 1); SR 955.022.

- über eine anerkannte, unabhängige und sachkundige Prüfgesellschaft verfügt

Dieser Katalog der Elemente, welche Gegenstand einer modernen konsolidierten Aufsicht bilden, macht deutlich, dass das Aufsichtserfordernis die gesamte Struktur der Finanzgruppe wie auch alle wesentlichen Geschäftsprozesse in der Finanzgruppe tangiert.⁷

3. Zuständigkeitsregeln

a) Home Regulator und Host Regulator

Soll es im Rahmen der konsolidierten Überwachung nicht zu einem Konflikt der Aufgaben und Kompetenzen der verschiedenen involvierten Aufsichtsbehörden kommen, sind klare Zuständigkeitsregelungen notwendig.

Nach diesen Regeln ist die Behörde des Gastlandes (auch «Host Regulator» genannt) für die Überwachung der in ihrem Hoheitsgebiet tätigen Niederlassungen zuständig, während die Behörde des Mutterlandes (auch «Home Regulator» genannt) die allgemeine Verantwortung für die Beaufsichtigung der *weltweit konsolidierten Geschäfte der international tätigen Finanzgruppe* trägt.⁸

Im Falle einer Streitigkeit bei *konkurrierenden Zuständigkeiten* ist eine Verständigung zwischen dem Home Regulator sowie den betroffenen Host Regulators zu suchen.⁹ Diese Verständigung unter den Aufsichtsbehörden, sei sie einzelfallweise oder in Form von Memoranda of Understanding,¹⁰ verhindert einerseits, dass eine «Aufsichtslücke» entsteht und anderseits eine ineffiziente und unnötig belastende Beaufsichtigung einer in einer solchen Struktur eingebundenen international tätigen Finanzgruppe.

b) Lead Regulator

Die Globalisierung, aber auch die Komplexität des Bankgeschäftes führen dazu, dass die Verantwortung für gewisse Geschäftssparten (z. B. Investment Banking, Asset Management) oder Geschäftsarten (z. B. Devisenhan-

⁷ Vgl. dazu Kapitel IV.

⁸ MAURENBRECHER, Basler Kommentar, N 12 zu Art. 3d BankG.

⁹ Art. 3d BankG; vgl. dazu MAURENBRECHER, Basler Kommentar, N 9 ff. zu Art. 3d BankG.

¹⁰ Der EBK-Jahresbericht, 2004, 91, enthält für die Schweiz eine Liste entsprechender Abkommen mit ausländischen Aufsichtsbehörden)

del) auf verschiedene Gruppeneinheiten bzw. Länder verteilt werden. Das Konzept der Home- und Host Regulatoren ist dann nicht mehr geeignet, die Zuständigkeitsfragen unter den beteiligten Aufsichtsbehörden befriedigend zu lösen, weshalb in komplexen Verhältnissen ein *Lead Regulator* bestimmt wird, welcher für die gruppenweite Aufsicht der international tätigen Finanzgruppe zuständig ist und die entsprechende Verantwortung trägt.¹¹

Aber auch der Grundsatz der umfassenden Zuständigkeit des Lead Regulators unterliegt praktischen Schranken, was zur Folge hat, dass regelmässig *mehr als eine Aufsichtsbehörde* für eine Niederlassung im Ausland zuständig ist, nämlich der Host Regulator und der Lead Regulator. Zudem ist das Verständnis, welche Rolle dabei welchem Regulator zukommt, von Jurisdiktion zu Jurisdiktion verschieden.

c) Notwendige Rechtssicherheit in der Zuständigkeitsfrage

Für die Führungsverantwortlichen der Muttergesellschaft einer schweizerischen, international tätigen Finanzgruppe ist es von grosser praktischer Bedeutung, zu wissen, welche Aufsichtsbehörde für die Gruppe insgesamt zuständig ist und welche Rolle den lokalen Aufsichtsbehörden bei der Überwachung der ausländischen Niederlassungen zukommt. Denn je nach zuständiger Aufsichtsbehörde sind die aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen hinsichtlich Organisation und Gestaltung der Geschäftsprozesse, des Risikomanagement und der Eigenmittel- und Risikoverteilungsvorschriften in den einzelnen Jurisdiktionen unterschiedlich und es genügt mithin nicht, einfach für die ganze Gruppe die Anforderungen der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) umzusetzen.

Um diesbezüglich Rechtssicherheit zu haben, ist es notwendig, die Abgrenzung der Zuständigkeiten bereits im Rahmen der Gründung einer neuen Niederlassung zu klären. Dies erfolgt in der Regel über Rechtsgutachten oder aber im Gespräch mit den involvierten Aufsichtsbehörden. Bleiben Zweifel, welche Aufsichtsbehörde sich im Einzelfall für eine bestimmte Geschäftsaktivität im Ausland als zuständig erachtet oder welche aufsichtsrechtlichen Standards lokal zu implementieren sind, tut die Muttergesellschaft der schweizerischen, international tätigen Finanzgruppe gut daran, dies mit der ausländischen Aufsichtsbehörde und gegebenenfalls mit der FINMA zu klären.

¹¹ MAURENBRECHER, Basler Kommentar, N 12 ff. zu Art. 3d BankG.

IV. Einheitsübergreifende Leitungspflicht als Folge der konsolidierten Aufsicht

Konsolidierte Aufsicht bedeutet nicht lediglich eine Prüftätigkeit über die gesamte Finanzgruppe. Vielmehr bedeutet konsolidierte Aufsicht auch, dass der Lead Regulator ein umfassendes *Regelwerk* pflegt, um den Gläubigerschutz und die Funktionsfähigkeit des Finanzmarktes sowie das Ansehen und die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz zu gewährleisten.¹²

Will eine schweizerische, international tätige Finanzgruppe den Anforderungen genügen können, welche aus der konsolidierten Aufsicht resultieren, bedingt dies zwingend, dass die gesamte Finanzgruppe aus der obersten schweizerischen Leitungseinheit (Konzernmutter) geführt wird. Die Organisation der Gruppe hat sich an dieser *einheitsübergreifenden Leitungspflicht* zu orientieren.¹³ Die Anforderungen an diese Leitungspflicht lassen sich dabei unmittelbar aus den Anforderungen, welche aus der konsolidierten Aufsicht resultieren, ableiten.¹⁴

Das Erfordernis der *Organisationshoheit* setzt eine entsprechende Ausgestaltung von Organisationsreglementen voraus, mit dem Ziel, dass die Governance Regeln bei den Tochtergesellschaften und Zweigniederlassungen im Ausland eine einheitliche Führung aus der Konzernmutter nicht vereiteln. Zudem muss der Verwaltungsrat der Konzernmutter die Struktur der Finanzgruppe jederzeit nach Belieben (bzw. nach Massgabe regulatorischer Vorgaben oder Auflagen) verändern können. Gerade im Rahmen von Joint Ventures mit Dritten, in welchen ein gruppenfremder Partner einen Minderheitsanteil hält, ist anhand der vertraglichen Ausgestaltung des Joint Ventures sicher zu stellen, dass die Mitwirkungsrechte des Minderheitspartners diese Organisationshoheit nicht unterlaufen können.

Bei der *personellen Besetzung* von Verwaltungsräten und Geschäftsleitungen der Tochtergesellschaften oder der Leitung von Zweigniederlassungen muss die Konzernmutter zudem sicherstellen, dass diese Organe dem Gewährserfordernis des BankG genügen.¹⁵

¹² So ausdrücklich Art. 5 FINMAG.

¹³ Vgl. dazu EMMENEGGER, Bankorganisationsrecht, 323 f.

¹⁴ Art. 14a BankV; vgl. dazu Kapitel III 2.

¹⁵ Art. 3 BankG; KLEINER/SCHWOB, Kommentar Bodmer/Kleiner/Lutz, N 175 zu Art. 3 BankG.

Auf der *operativen Ebene* muss durch ein gruppenweit geltendes Weisungswesen sichergestellt werden, dass ein angemessenes internes Kontrollsystem betrieben wird und die Steuerung und Überwachung der mit der Geschäftstätigkeit verbundenen Risiken für die gesamte Finanzgruppe nach einheitlichen Richtlinien erfolgt. Zudem sind die grundlegenden Prinzipien der Geldwäschereiverordnung der FINMA gruppenweit einzuhalten und Rechts- und Reputationsrisiken sind global zu überwachen. Spielraum für lokale Regelungen besteht nur insofern, als den Mindestanforderungen des Lead Regulators (FINMA) Genüge getan wird.¹⁶

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Regelungen zu aufsichtrechtlich relevanten Themen in den einzelnen Jurisdiktionen, wo die schweizerische, international tätige Finanzgruppe Niederlassungen unterhält, sehr unterschiedlich sein können. Entsprechend muss die Konzernmutter die für die Gruppe geltenden *Reglemente und Weisungen* so ausgestalten, dass einerseits den Mindestanforderungen des Lead Regulators (FINMA) Rechnung getragen wird, zudem aber sichergestellt ist, dass auch speziellen lokalen Regelungen nachgelebt wird.

Umfassende *Reportingpflichten* (z. B. bei Rechts- und Reputationsrisiken, Gegenpartearisiken, Kontakten mit Aufsichtsbehörden etc.), aber auch *Genehmigungsvorbehalte* (z. B. bei Risikolimiten) zu Gunsten der Konzernmutter, helfen bei der Durchsetzung dieser Anforderungen.

Nicht zu unterschätzen sind auch *Mentalitätsunterschiede* in anderen Ländern, welche dazu führen, dass die strikte konzernweite Umsetzung einheitlicher Standards oft einiges an Überzeugungsarbeit und Ausbildungsaufwand bedeutet.

V. Der Prozess der konsolidierten Aufsicht

Die konsolidierte Aufsicht über international tätige Finanzgruppen stellt sowohl für das betroffene Institut, aber auch für den zuständigen Lead Regulator eine anspruchsvolle Aufgabe dar. Sie bedingt eine umfassende *Kooperation* zwischen der betroffenen Bank inklusive deren ausländischen Niederlassungen mit der bankengesetzlichen Prüfgesellschaft und allen involvierten Aufsichtsbehörden. Zudem bedarf es eines *Informationsaustausches* der Aufsichtsbehörden untereinander. Damit dieser Prozess der konsolidierten Aufsicht effizient und zielorientiert ablaufen kann, braucht es klare Spielregeln für alle involvierten Parteien.

¹⁶ Vgl. etwa EBK-Bulletin, 49/2006, 36 ff.

1. Verhältnis Aufsichtsbehörden – unterstelltes Institut

a) Nebeneinander von two-tier und one-tier System der Überwachung

Das two-tier (dualistische) Aufsichtssystem der Schweiz charakterisiert sich dadurch, dass die unmittelbare Aufsicht über ein unterstelltes Institut durch die bankengesetzliche Prüfgesellschaft vorgenommen wird und diese quasi als *verlängerter Arm der FINMA* die notwendigen Aufsichtshandlungen vornimmt.¹⁷

Demgegenüber agieren ausländische Aufsichtsbehörden (insbesondere im angelsächsisch geprägten Rechtsraum) vorwiegend unter dem one-tier System und üben gegenüber den in ihrem Aufsichtsbereich tätigen Gesellschaften einer Finanzgruppe direkte und *unmittelbare* Einsichts- und Auskunftsrechte aus (z. B. FSA UK; MAS Singapur). Das Zwischenschalten von Prüfgesellschaften ist hier eher die Ausnahme.

Die Führungsverantwortlichen der international tätigen Finanzgruppe müssen zwischen den beiden Systemen navigieren können. Insbesondere im one-tier System ist ein regelmässiger Kontakt mit der Aufsichtsbehörde an der Tagesordnung und die Aufsichtsbehörde nimmt Prüfungshandlungen direkt in den Räumlichkeiten der lokalen Niederlassung vor.

Auch das two-tier System bedeutet allerdings nicht, dass die Führungsverantwortlichen der international tätigen Finanzgruppe mit der Aufsichtsbehörde keinerlei Kontakte pflegen würden. Standard ist vielmehr (auch in der Schweiz), dass die Führungsverantwortlichen der Finanzgruppe mit allen zuständigen Aufsichtsbehörden in einem *stetigen Dialog* stehen. Eine Politik der proaktiven Information der relevanten Aufsichtsbehörden ist nicht nur in guten Zeiten ratsam, sondern auch dann, wenn sich aus regulatorischer Sicht unangenehme Sachverhalte ergeben haben (z. B. Verletzung von Sorgfaltspflichten, Manifestierung ausserordentlicher Risiken etc.). So kann verhindert werden, dass sich die Aufsichtsbehörden gegenseitig aus «zweiter Hand» über solche Sachverhalte informieren. Unmittelbarkeit und Proaktivität erhöhen das Vertrauen zwischen den Behörden und den Vertretern der Finanzgruppe.

In der Schweiz ist es bei grösseren und komplexer organisierten Banken mittlerweile gelebter Standard, dass die FINMA selbst einen unmittelbaren Einblick in das Institut nimmt, was durch regelmässige Treffen mit Vertretern des Instituts (auf der Ebene der Geschäftsleitung und des Verwaltungs-

¹⁷ Art. 24 FINMAG; Art. 18 BankG; WATTER, Basler Kommentar, N 1 ff. zu Art. 18 BankG.

rates), aber auch durch eine standardisierte und direkte Berichterstattung in einzelnen Bereichen (z. B. Geschäftsverlauf, Risikostatus, Compliance) geschieht.¹⁸ Um eine effiziente Überwachung nicht zu unterlaufen, ist die Prüfgesellschaft bei solchen direkten Kontakten immer auch involviert.

b) Prüffelder der konsolidierten Aufsicht

Die konsolidierte Prüfungstätigkeit erstreckt sich auf die Rechnungsprüfung (financial audit), wie auch auf die Aufsichtsprüfung (regulatory audit).¹⁹

Im Rahmen der *Aufsichtsprüfung* muss die Prüfgesellschaft zu Handen der FINMA (als Lead Regulator) eine explizite Aussage machen über die Einhaltung von einschlägigen Gesetzen, Verordnungen und Erlassen der Selbstregulierung und bei Verstößen oder sonstigen Missständen sind über die Beanstandung hinaus Vorkehren zu deren Behebung zu treffen.²⁰ Im Bereich der Aufsichtsprüfung erstreckt sich eine solche qualitative Aussage im Wesentlichen auf folgende *Prüffelder*:²¹

- Einhaltung der Eigenmittel-, Risikoverteilungs- und Liquiditätsvorschriften auf konsolidierter Basis, sowie die Angemessenheit der *gruppenweiten* organisatorischen Vorkehrungen, welche die Einhaltung dieser Vorschriften gewährleisten, inklusive dem Management gruppeninterner Klumpenrisikopositionen
- *Gruppenweite* Angemessenheit der Organisation und Corporate Governance, des internen Kontrollsystems, der internen Revision, der Compliance Funktion und des Risikomanagements
- Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit der Organe und qualifiziert Beteiligten
- Interne Organisation und internes Kontrollsystem
- Angemessenheit der *gruppenweiten* organisatorischen Vorkehrungen zur Überwachung der Einhaltung der schweizerischen und ausländischen aufsichtsrechtlichen Vorschriften und Standardsregeln durch die zur Finanzgruppe gehörenden Unternehmen

¹⁸ WATTER, Basler Kommentar, N 3 ff. zu Art. 18 BankG.

¹⁹ ARTER, Bankenaufsichtsrecht, 43; WATTER, Basler Kommentar, N 1 ff. zu Art. 18 BankG.

²⁰ GEIGER, Kommentar Bodmer/Kleiner/Lutz, N 8 zu Art. 18 ff. BankG.

²¹ Vgl. EBK-Rundschreiben, 05/2, N 65 ff. und Anhang 2.

- Allfällige Missbräuche von Gruppengesellschaften zur Umgehung von massgebenden schweizerischen Vorschriften²²
- Einhaltung der grundlegenden Prinzipien der FINMA-Geldwäschereiverordnung durch Gruppengesellschaften
- Globale Überwachung von Rechts- und Reputationsrisiken
- Stellungnahme zur Risikopolitik, der Entwicklung der wesentlichen Risikokategorien und zur Risikolage und dem Risikomanagement der als wesentlich identifizierten Risikokategorien

Die Rechnungsprüfung und Aufsichtsprüfung erstreckt sich mithin auf die gesamte *Finanzgruppe* und deren Resultate werden in den Bericht über die Rechnungsprüfung und den Bericht über die Aufsichtsprüfung des Einzelinstituts integriert.²³

2. Verhältnis der Aufsichtsbehörden untereinander

Die Beaufsichtigung bei schweizerischen, international tätigen Finanzgruppen bedingt eine koordinierte Zusammenarbeit und einen Informationsaustausch der involvierten Aufsichtsbehörden untereinander, dessen Modalitäten sich nach den Regeln des FINMAG richten.²⁴

Mit den *Amtshilfebestimmungen* gemäss Art. 42 FINMAG sind die gesetzlichen Grundlagen für diesen Informationsaustausch (internationale Amtshilfe) gegeben.²⁵ Die FINMA handelt bei ihrer grenzüberschreitenden Aufsicht nach diesen Mindestanforderungen und erwartet dies auch von ihren ausländischen Partnerbehörden. Sie ist bestrebt, «*wenn möglich den an sie gerichteten Amtshilfeersuchen Folge zu leisten*».²⁶

Ausserdem räumt Art. 43 FINMAG der FINMA die Möglichkeit grenzüberschreitender Prüfungen ein, dies als Alternative zur «klassischen Amts-

²² Wobei sich diese Prüfung, bei Vorliegen besonderer Verhältnisse, sogar auf unregulierte Tochtergesellschaften ausserhalb des Finanzbereichs erstrecken kann (Umgehungstatbestände); vgl. dazu MAURENBRECHER, Basler Kommentar, N 4 zu Art. 3h BankG.

²³ Dies ist immer der Fall, wenn die Muttergesellschaft der Finanzgruppe selbst eine Bank- bzw. Effektenhändlerstätigkeit ausübt. Wird die Finanzgruppe jedoch von einer Holdinggesellschaft beherrscht, kann die Berichterstattung über die Finanzgruppe und die Muttergesellschaft getrennt erfolgen (EBK-Rundschreiben, 05/2, Rz 17 und Rz 65).

²⁴ Art. 42 ff. FINMAG, welche auf den vom Basler Ausschuss für Bankenaufsicht verabschiedeten Grundsätzen für eine wirksame Bankenaufsicht beruhen; EBK-Bulletin, 33/1997, 71 ff.; ARTER, Bankenaufsichtsrecht, 264 ff.

²⁵ Zum Ganzen ALTHAUS, Amtshilfe, 81 ff.

²⁶ EBK-Jahresbericht, 2002, 130.

hilfe». Die FINMA ist demnach – zumindest nach schweizerischem Recht – befugt, bei den ausländischen Niederlassungen einer Finanzgruppe direkte Prüfungen vorzunehmen oder durch die Prüfstelle vornehmen zu lassen, soweit dies für die Zwecke der konsolidierten Aufsicht notwendig erscheint. Diese Möglichkeit zur «Vor-Ort-Kontrolle» setzt allerdings voraus, dass die nationale Gesetzgebung des ausländischen Staates solche direkte Prüfungshandlungen zulässt, was heute in einigen Ländern noch immer nicht oder nur eingeschränkt der Fall ist.²⁷

Bei Eröffnung einer neuen Niederlassung im Ausland durch eine schweizerische, international tätige Finanzgruppe, verlangt deshalb die FINMA im Rahmen der Meldepflichten nach Art. 6b BankV eine Bestätigung der Prüfstelle der Muttergesellschaft der Finanzgruppe, dass die Prüfstelle ungehinderten Zugang hat zu sämtlichen die Niederlassung betreffenden Informationen und dass das lokale Recht die Möglichkeit von Vor-Ort-Kontrollen der FINMA erlaubt. Solche Vor-Ort-Kontrollen setzen – wie im schweizerischen Recht auch (Art. 43 Abs. 2 FINMAG) – in der Regel die Zustimmung der lokalen Aufsichtsbehörde voraus.

3. Stellung des schweizerischen Finanzinstituts im Prozess der konsolidierten Aufsicht

Das in der Schweiz der FINMA unterstellte, international tätige Finanzinstitut muss sicherstellen, dass im Prozess der konsolidierten Überwachung den Informationsbedürfnissen aller involvierten Aufsichtsbehörden Genüge getan werden kann. Diesem steten Informationsbedürfnis hat das international tätige Finanzinstitut sowohl auf der Ebene der Finanzgruppe (gegenüber der FINMA) wie auch auf der Ebene der ausländischen Niederlassungen (gegenüber dem jeweiligen Host Regulator) durch ein *standardisiertes und periodisches Reporting* (regulatory reporting) peinlich genau zu genügen.

Darüber hinaus ist die jeweils zuständige Aufsichtsbehörde *spontan* über aufsichtsrechtlich wesentliche Ereignisse, welche sich in einer Einheit der Finanzgruppe ereignen, unverzüglich zu informieren. Bei erheblicher Tragweite eines solchen Ereignisses (z. B. die Reputation oder die Risikolage betreffend) ist zusätzlich die FINMA zu orientieren. Auf der Ebene der Muttergesellschaft muss stets sichergestellt sein, dass durch das lokale Reporting nicht ein unangemessenes Informationsgefälle zwischen dem Host Regulator und dem Lead Regulator (FINMA) entsteht. Aufsichtsbehörden reagie-

²⁷ Vgl. ALTHAUS, Amtshilfe, 253 f.

ren sehr sensibel auf solche Informationsgefälle. Das wiederum setzt innerhalb der Finanzgruppe ein funktionierendes Reporting zwischen den ausländischen Niederlassungen zur schweizerischen Muttergesellschaft voraus.

Nebst dem «regulatory reporting» trifft die Finanzgruppe eine *umfassende Mitwirkungspflicht* bei den Prüfungsarbeiten. Die Aufsichtsbehörde oder – im two-tier System – die Prüfgesellschaft hat ein Einsichtsrecht in Bücher und Belege und die Muttergesellschaft der Finanzgruppe hat alle erforderlichen Unterlagen bereit zu halten und alle erforderlichen Aufschlüsse zu erteilen, welche zur Erfüllung des Prüfungsauftrages notwendig sind.²⁸ Diese Offenlegungs- und Auskunftspflichten erstrecken sich auf die Muttergesellschaft der Finanzgruppe und auf alle (regulierten oder unregulierten) Gruppengesellschaften im Konsolidierungskreis, sowie deren Organe.²⁹

Eine schweizerische, international tätige Finanzgruppe muss sich mithin faktisch und rechtlich so organisieren, dass sie diesem umfassenden Auskunftsanspruch der FINMA gerecht werden kann. Dabei kann sich die schweizerische Muttergesellschaft grundsätzlich nicht auf *ausländische Geheimhaltungsvorschriften* berufen.³⁰ Dies bedingt, dass wenn eine ausländische Rechtsordnung bankgeheimnisähnliche Geheimhaltungspflichten kennt (wie z. B. in Luxemburg oder Singapur), die Niederlassung sich von ihren Geschäftspartnern und Kunden von der Geheimhaltungspflicht entbinden lassen muss. Solche Entbindungserklärungen von der Geheimhaltungspflicht finden sich denn auch meistens in den Kontoeröffnungsunterlagen der ausländischen Tochtergesellschaften oder der Zweigniederlassungen schweizerischer Finanzgruppen. Der Hinweis sei hier gestattet, dass solche Klauseln jedoch nicht von allen potenziellen Kunden akzeptiert werden. Dies führt dann dazu, dass eine Geschäftsbeziehung mit einem Kunden nicht eingegangen werden kann, wenn dieser mit einem solchen grenzüberschreitenden Informationsfluss ins Mutterhaus nicht einverstanden ist.

²⁸ Art. 29 FINMAG.

²⁹ MAURENBRECHER, Basler Kommentar, N 15 zu Art. 3h BankG.

³⁰ EBK-Bulletin, 12/1982, 5 ff.; BGE 108 Ib 519.

VI. Schweizerische Finanzgruppen mit einem Mutterhaus im Ausland

Zusätzliche Anforderungen ergeben sich aus dem Prinzip der konsolidierten Überwachung bei von der Schweiz aus operierenden Finanzgruppen, bei welchen die Muttergesellschaft stimmen- oder kapitalmässig durch einen *ausländischen Finanzintermediär* beherrscht wird. Eine solche Konstellation ist in der schweizerischen Bankenlandschaft nicht untypisch.³¹

1. Abgrenzung der Zuständigkeiten der Aufsichtsbehörden bei ausländischer Beherrschung

Die Zuständigkeit der FINMA als Lead Regulator ist ungeachtet dieser ausländischen Beherrschung gegeben, wenn die FINMA aufgrund der «*grösseren Sachnähe*» zur Überwachung der Gruppe geeigneter ist. Eine solche Sachnähe liegt immer dann vor, wenn die an der Spitze der Finanzgruppe stehende Bank in der Schweiz inkorporiert ist oder wenn das wichtigste regulierte Einzelinstitut einer Finanzgruppe in der Schweiz inkorporiert ist.³²

Damit befindet sich die schweizerische Muttergesellschaft quasi in einem «*Sandwich der konsolidierten Aufsicht*». Denn der beherrschende ausländische Finanzintermediär untersteht seinerseits den Anforderungen der für ihn zuständigen Aufsichtsbehörde (Home Regulator), welche in der Regel nach dem aufsichtrechtlich anerkannten Control Prinzip³³ ihrerseits eine konsolidierte Aufsicht über die gesamte Finanzgruppe für sich reklamiert³⁴ und damit auch über den in der Schweiz inkorporierten Teil der ausländischen Finanzgruppe.³⁵

Dies bedeutet einerseits, dass der beherrschende ausländische Finanzintermediär mithin aufgrund der von seiner Aufsichtsbehörde ausgeübten konsolidierten Aufsicht verpflichtet sein kann, die *aufsichtsrechtlichen Minimalstandards* gruppenweit, also auch mit Wirkung für die schweizerische Finanzgruppe, durch zu setzen.

³¹ Z. B.: AIG Private Bank AG; Bank Morgan Stanley AG; Bank Sarasin & Cie AG; Bankhaus Jungholz AG; BSI SA; Finter Bank AG; Habib Bank AG, wobei es in der Grösse und Komplexität solcher Gruppen erhebliche Unterschiede gibt.

³² MAURENBRECHER, Basler Kommentar, N 14 zu Art. 3d BankG.

³³ Vgl. dazu EMMENEGGER, Bankorganisationsrecht, 312 ff.

³⁴ SUHR BRUNNER/HEINEMANN, Basler Kommentar, N 14 zu Art. 4^{quinquies}.

³⁵ Wobei diese lediglich eine einzelne ausländisch beherrschte Bank sein kann (z. B. Bankhaus Jungholz AG) oder ein ganzer Bankkonzern (z. B. Bank Sarasin & Cie AG).

Andererseits resultiert aus dem Erfordernis der konsolidierten Überwachung, dass der beherrschende ausländische Finanzintermediär in der Regel von der beherrschten schweizerischen Muttergesellschaft der Finanzgruppe ein *umfassendes Reporting* über alle aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalte schuldet, unabhängig davon, ob es einen Sachverhalt auf der Ebene der Muttergesellschaft oder einer Niederlassung im Ausland betrifft. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Sachverhalt einen wesentlichen Aspekt zur Risikobeurteilung darstellt. Dabei stehen Finanz- und Reputationsrisiken im Vordergrund. Inwiefern dieser Informationsfluss unter dem Aspekt der schweizerischen Vorschriften zum Bankgeheimnis zulässig ist, soll nachfolgend kurz untersucht werden.

2. Informationsübermittlung an den beherrschenden ausländischen Finanzintermediär bzw. an dessen Aufsichtsbehörde

In der internationalen Praxis hat sich der Grundsatz der konsolidierten Aufsicht über Finanzgruppen durchgesetzt und er wird vom schweizerischen Recht explizit anerkannt, indem Art. 4^{quinquies} BankG ausdrücklich festhält, dass schweizerische Bankinstitute ihrer Muttergesellschaft, falls diese ihrerseits von einer Finanzmarktaufsichtsbehörde beaufsichtigt wird, die zur Überwachung und Kontrolle notwendige *Information übermitteln* darf. Auch eine Weiterleitung an die für die Muttergesellschaft zuständige Aufsichtsbehörde wird unter bestimmten Voraussetzungen gestattet.

Diese an sich klare und auch nachvollziehbare Regelung ist solange unproblematisch, als Geheimnisherr der zu übermittelnden Informationen das schweizerische Finanzinstitut selbst ist. Problematisch wird es hingegen wenn *Kundendaten* von einem solchen Informationstransfer betroffen sind. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der ausländische, beherrschende Finanzintermediär eine regelmässige Berichterstattung über Kundenbeziehungen mit politisch exponierten Persönlichkeiten einfordert,³⁶ oder wenn es um die Meldung von Klumpenrisiken im Kreditbuch geht (Meldung von grossen Kreditnehmern).

Es ist zu prüfen, ob solche Meldungen an den ausländischen, beherrschenden Finanzintermediär (oder deren Aufsichtsbehörde) – falls das Einverständnis der betroffenen Kunden nicht vorliegt – unter den Regeln über

³⁶ Analog wie es für schweizerische Finanzintermediäre nach Art. 3 und Art. 9 GwV-FINMA 1 gilt.

die Wahrung des Schweizerischen Bankkundengeheimnisses zulässig sind. Nach Auffassung der FINMA bildet Art. 4^{quinquies} BankG eine genügende Rechtsgrundlage für einen solchen Transfer kundenbezogener Daten, sofern die in diesem Artikel genannten Voraussetzungen erfüllt sind.³⁷

Da Art. 4^{quinquies} BankG eine Ausnahmeregelung zur Geheimhaltungsvorschrift von Art. 47 BankG darstellt, ist diese Bestimmung m. E. *restriktiv auszulegen*. Übermittelbar sind nur Informationen, welche dem Zweck der konsolidierten Aufsicht dienen. Der entsprechende Umfang der zu übermittelnden Information ist mithin umso kleiner, je umfassender die Aufsicht über das schweizerische Bankinstitut durch die FINMA ist.³⁸ Es ist in solchen Fällen entsprechend ratsam, dass das schweizerische Finanzinstitut sich von der FINMA zur Übermittlung der kundenbezogenen Information ermächtigen lässt (diese Möglichkeit räumt Art. 4^{quinquies} BankG ausdrücklich ein).

Aber auch wenn die FINMA einer solchen Datenübermittlung zustimmt, darf dies nach der hier vertretenen Auffassung nicht ohne Mitteilung an den betroffenen Kunden erfolgen. Bei Privatkunden gebietet dies schon die auftragsrechtliche Rechenschaftspflicht, weil ein solcher Kunde nicht mit der Preisgabe seiner mit der schweizerischen Bank bestehenden Kundenbeziehung rechnen muss.³⁹

VII. Schlussfolgerung

Konsolidierte Aufsicht beinhaltet nicht nur eine reine Prüfungstätigkeit auf konsolidierter Basis, sondern sie bedeutet auch die Unterwerfung der gesamten schweizerischen, international tätigen Finanzgruppe unter ein umfassendes Regelwerk des Lead Regulators (FINMA). Zusätzlich kommen für die ausländischen Niederlassungen einer solchen Finanzgruppe die Regelwerke der lokal zuständigen ausländischen Aufsichtsbehörden zur Anwendung. Die national anwendbaren Gesetzgebungen und Finanzmarktregulieren weisen erhebliche Unterschiede auf, was eine den Anforderungen der

³⁷ Ausschiessliche Verwendung der Information für interne Kontroll- oder Aufsichtszwecke, Bindung an das Amts- und Berufsgeheimnis und Verbot der Weiterleitung an Dritte ohne Zustimmung der schweizerischen Konzernmutter; EBK-Jahresbericht, 1996, 33.

³⁸ So auch GEIGER, Kommentar Bodmer/Kleiner/Lutz, N 11 zu Art. 4^{quinquies} BankG.

³⁹ Vgl. zum ganzen BINGERT/HEINEMANN, Basler Kommentar, N 26 zu Art. 4 BankG; AUBERT ET AL., Secret bancaire, 420.

konsolidierten Aufsicht genügende integrierte Führung und Organisation der international tätigen Finanzgruppe anspruchsvoll macht.

Das System der Aufsicht kennt zwar das Primat der Zuständigkeit des Lead Regulators (FINMA) über die gesamte Gruppe. In Tat und Wahrheit fühlt sich jedoch die ausländische Aufsichtsbehörde oft mindestens ebenso zuständig für die Überwachung der in ihrem Zuständigkeitsbereich liegenden Gruppengesellschaft(en). Die schweizerische Muttergesellschaft muss mit diesen konkurrierenden Zuständigkeiten umgehen können.

Im Rahmen der konsolidierten Aufsicht bestehen umfassende Offenlegungs- und Auskunftspflichten, welche sich auf die Muttergesellschaft wie auch auf alle (regulierten oder unregulierten) Gruppengesellschaften im Konsolidierungskreis erstrecken. Ausländische Geheimhaltungsvorschriften können dieser Offenlegungspflicht nicht entgegengehalten werden.

Ausländisch beherrschte schweizerische Bankinstitute dürfen ihrer Muttergesellschaft, falls diese ihrerseits von einer Finanzmarktaufsichtsbehörde beaufsichtigt wird, die zur Überwachung und Kontrolle notwendige Information übermitteln. Sind im Rahmen dieser Informationsübermittlung allerdings Kundendaten betroffen, ist die Bank verpflichtet die betroffenen Kunden über diese Informationsübermittlung zu orientieren.

Praktische Fragen der Vor-Ort-Kontrolle

Daniel Senn, Zürich*

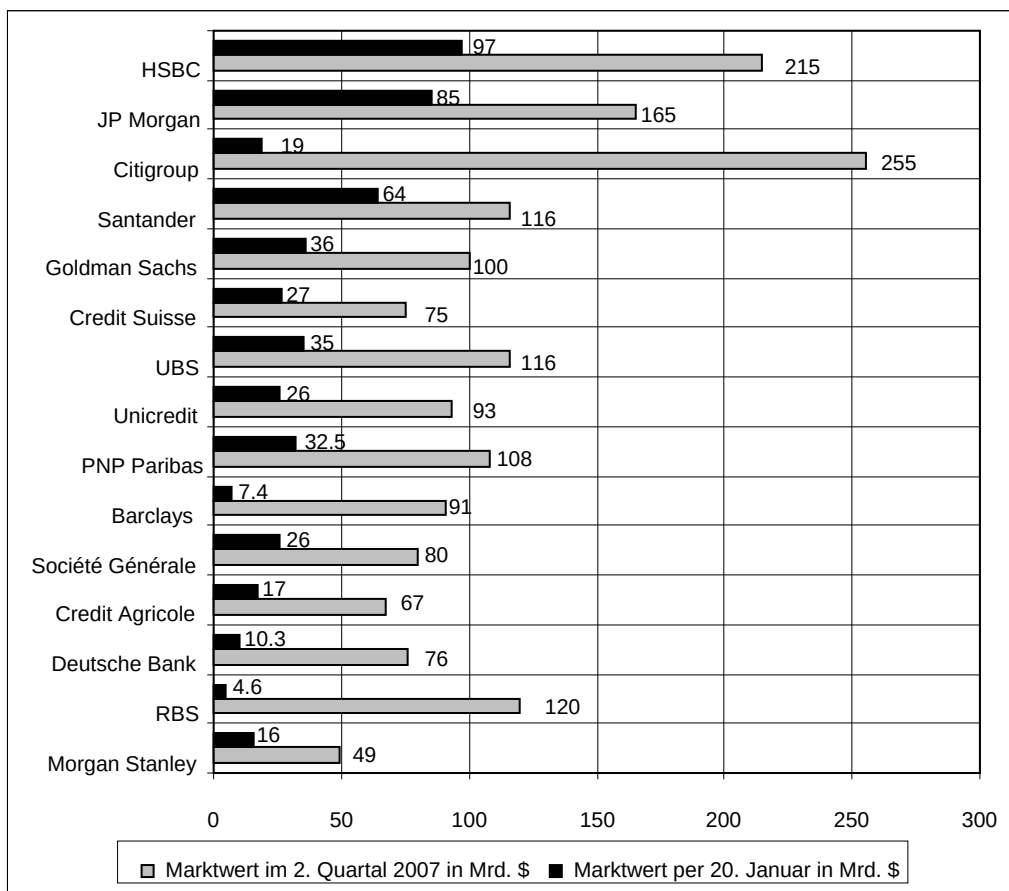
Inhaltsverzeichnis

I.	Risiken der international tätigen Banken.....	150
II.	Organisation und Aufgaben der FINMA.....	151
III.	Informationskanäle der FINMA.....	152
IV.	Gründe für die Vor-Ort-Kontrolle.....	153
V.	Länderübergreifende Revision.....	154
VI.	Trends und Entwicklung bei der Vor-Ort-Kontrolle.....	156
VII.	Fazit.....	156
VIII.	Zukunft?	157

* Vorliegend handelt es sich um ein Resümee der Präsentation an der Schweizerischen Bankrechtstagung, zusammengestellt von Herrn Pascal Zysset, BLaw.

I. Risiken der international tätigen Banken

Zu Beginn sollen die Risiken der international tätigen Banken veranschaulicht werden: Dazu wird ein Vergleich der Bewertung des Marktwertes dieser Banken angestrebt. Als Referenzgrösse ist dabei eine Gegenüberstellung des Stands vor 18 Monaten (im 2. Quartal 2007) – zur Zeit der sogenannten Ruhe vor dem (Wirtschaftskrisen-) Sturm – zu jenem anfangs dieses Jahres am meisten aussagekräftig. Im Einzelnen sieht das Ganze folgendermassen aus:¹



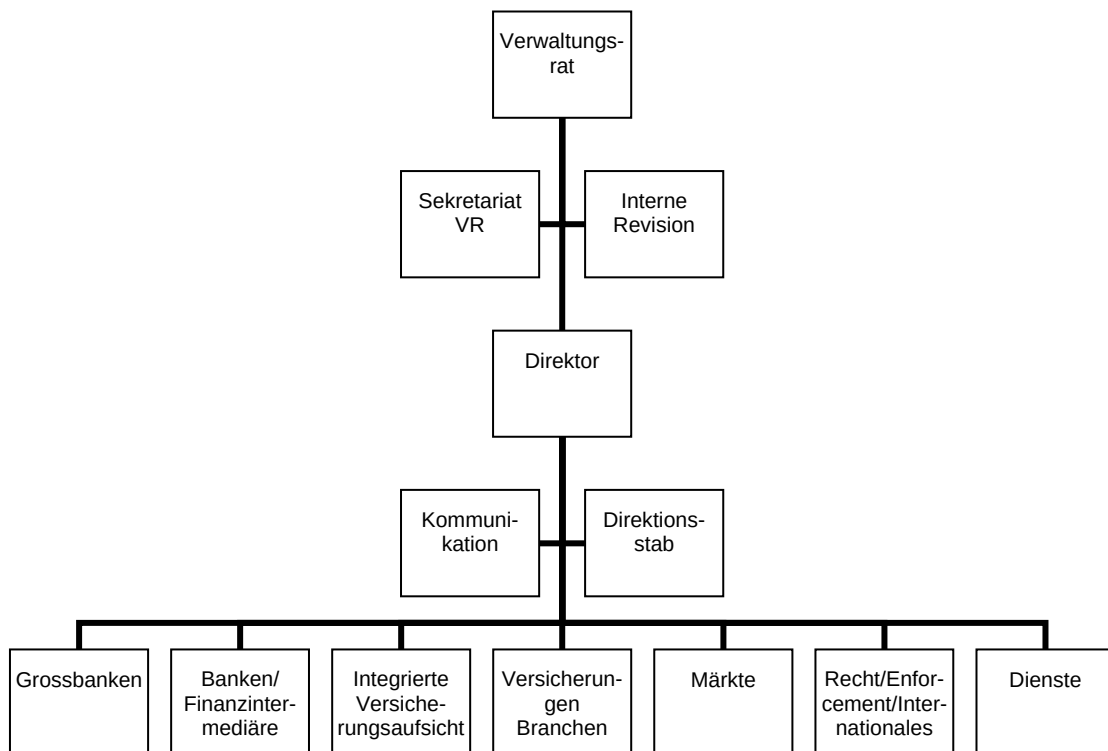
Es lässt sich festhalten, dass generell die Marktwerte dramatisch gesunken sind. RBS, Barclays und Citigroup entpuppen sich als die grössten Verlierer der Wirtschaftskrise in diesem Vergleich. Von den international tätigen Banken haben auf der anderen Seite Santander, JP Morgan und HSBC die Risiken vergleichsweise tief gehalten. Die Schweizer Banken UBS und Credit Suisse sind in dieser Tabelle im Mittelfeld anzutreffen.

¹ Bloomberg vom 20. Januar 2009.

In der Finanzkrise ist die Vor-Ort-Kontrolle mit einem Sandsack zu vergleichen: Sie wird einerseits von den Kunden (den Banken) «gehauen» und von der anderen Seite kommen Schläge von der Aufsichtsbehörde. Dieser Clinch ist aber gewissermassen Berufsrisiko.

II. Organisation und Aufgaben der FINMA

Die FINMA stellt die Zusammenfassung der früheren EBK, des Bundesamts für Privatversicherungswesen und der Geldwäschereikontrollstelle in einer Behörde dar. Die Organisation der FINMA gliedert sich wie folgt:²



Suisse wird durch eine speziell dafür zuständige Abteilung auf die Finger geschaut. Anders geregelt ist dies bei den übrigen Banken, wo nur eine indirekte Überwachung (sog. dualistisches System) stattfindet.

Zum Hauptaufgabenbereich der FINMA zählt grundsätzlich die Bewilligung und Überwachung von Banken und Finanzintermediären (Effekthändlern, Pfandbriefinstituten, Vermögensverwaltern, Vertriebsträgern nach

² <<http://www.finma.ch/d/finma/organisation/Seiten/organigramm.aspx>>, Stand dieser Internet-Referenz ist der 11. Mai 2009.

KAG,³ sowie Finanzkonglomeraten). Zusätzliche Aufgabenzuweisungen bestehen im Bewilligungsverfahren und der laufenden Überwachung – d. h. der dauernden Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen – wie auch in der Überwachung der Tätigkeiten der Revisionsgesellschaften.

III. Informationskanäle der FINMA

Die Frage, die hier gestellt werden muss, lautet: Wie kann die FINMA ihre Aufgaben erfüllen, bzw. wie kommt sie an die für sie wichtigen Informationen?

Der Informationszugang kann auf drei Arten erfolgen:

- per Amtshilfe (durch den Informationsaustausch mit ausländischen Regulatoren)
- durch Vor-Ort-Kontrolle von Regulatoren oder Revisionsstellen
- auf Grund von Auskunftserteilung bei Banken und Revisionsstellen

Die Amtshilfe wird sehr oft benutzt im Zusammenhang mit Delikten und Anfragen aus Börsengeschäften. Die Voraussetzung dafür ist allerdings die Anerkennung von ausländischen Regulatoren. Dazu gibt es das EBK-Bulletin Band 30/1996, welches besagt, dass die Bank bzw. das Aufsichtsorgan der Schweizer Bank nachweisen muss, dass ein konkretes Land eine angemessene Überwachung hat.

Die Vor-Ort-Kontrolle wird im Inland durch externe Revisionsstellen (wie z. B. die KPMG) durchgeführt. Im Ausland auf der anderen Seite geschieht dies i. d. R. durch die lokale KPMG im Auftrag der KPMG Schweiz oder auch durch lokale Prüfer. Zusätzlich, oder an Stelle dieser, kann die Kontrolle auch durch die FINMA erfolgen. Mitarbeiter der FINMA begleiten das Prüfteam bei Auslandeinsätzen, oder aber eine Delegation der FINMA agiert zusammen mit einem Team des ausländischen Regulators, um noch etwas über die Art und Weise dieser on-site visits zu bemerken.

Will sich die FINMA den Informationszugang per Auskunftserteilung sichern, so tut sie dies regelmässig über eine aufsichtsrechtliche Berichterstattung der Revisionsstellen. Es kann aber auch eine Auskunftserteilung durch die Banken selber bzw. ein periodisches Reporting der Banken über ausgewählte Themen erfolgen. Weiter kann sich die FINMA die Zusammenfas-

³ Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG); SR 951.31

sung sowie einzelne Berichte der internen Revision zustellen lassen und last but not least kann die Auskunftserteilung durch die Revisionsstellen über die Organisation, Geschäftsvorfälle, Abschlüsse, Bewertungen etc. bewerkstelligt werden. Das Instrument des Informationszugangs per Auskunfterteilung wird von der FINMA nun vermehrt eingesetzt. Bei grösseren Banken wird es sogar zum Standard, dass vierteljährlich ein Pflicht-Reporting eingereicht werden muss. Gemeinsam mit den Aufsichtsbehörden wird dieses mindestens zweimal im Jahr während eines speziellen Gesprächs analysiert.

Bei der Informationsbeschaffung gibt es in der Praxis aber auch Probleme. So kann lokales Recht mit Normen des (ausländischen) Mutterhauses in Konflikt geraten. Dabei ist auch zu erwähnen, dass nicht alle ausländischen Aufsichtsbehörden kooperativ sind oder aber sie zwar mit der Schweizer Delegation zusammenarbeiten, aber restriktiv bei der Erteilung von Informationen handeln. Da muss sich die Schweizer Aufsichtsbehörde schon sehr bemühen, damit sie die Informationen direkt erlangen kann. Ein weiteres Problem besteht darin, dass das Bankgeheimnis der konsolidierten Aufsicht entgegenläuft. Der Trend, der heute zu beobachten ist, geht dahin, dass das Bankgeheimnis vermehrt aufgeweicht wird. Deshalb kann man sagen, dass im Zweifel pro konsolidierte Aufsicht und contra Bankgeheimnis entschieden wird. Die FINMA ist zur Zeit sehr grosszügig mit Namen, die an ausländische Behörden weitergegeben werden können. Ein anderer Punkt ist der, dass einzelne Jurisdiktionen den Einsatz von ausländischen Prüfern nicht zulassen, oder aber nur in Begleitung. Eine weitere Erschwernis schliesslich ist das «Rom-ist-weit-Problem», welches besagt, dass Vorgaben des Mutterhauses ins Leere laufen gelassen werden resp. diese nur «grenzwertig» umgesetzt werden. Sehr oft gibt es Situationen, bei denen das Mutterhaus versichert, Einfluss zu nehmen, die Umsetzung aber ausfällt.

IV. Gründe für die Vor-Ort-Kontrolle

Die Motive weshalb Vor-Ort-Kontrollen durch die FINMA oder die Revisionsgesellschaften statt finden, können in wichtigen externen Faktoren (wie z. B. der Finanzkrise), wichtigen internen Faktoren (Organisation, Restrukturierung etc.) und wichtigen ausgelagerten Geschäftsbereichen (Outsourcing, [Stichwort dazu SAS 70⁴] z. B. der Informatik, dem Zahlungsverkehr, dem Rechnungswesen etc.) bestehen. Zu beachten sind in Bankkonzernen auch

⁴ Statement on Auditing Standards, No. 70.

die Einhaltung der Bestimmungen zur konsolidierten Überwachung, die Anlass zu einer Vor-Ort-Kontrolle sein können. Die konsolidierte Überwachung hat dabei die Einhaltung der Corporate Governance-Grundsätze, die Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit, die Organisation und interne Kontrolle, Compliance und Geldwäschereivorschriften und schliesslich Eigenmittel- und Risikoverteilungsvorschriften zum Inhalt. Ziel der konsolidierten Überwachung ist die Sicherstellung der Einhaltung der schweizerischen und ausländischen Vorschriften.

Als Beispiel für eine Vor-Ort-Kontrolle kann ein jüngst geschehenes Ereignis aufgezeigt werden: Die Schweiz hatte eine einzige tätige Bank isländischer Herkunft. Im Rahmen einer Vor-Ort-Kontrolle wurde die KPMG von der FINMA aufgeboten. Es stellte sich heraus, dass dieses Unternehmen sehr grosszügige Passivzinsen offeriert hatte. Der Bank wurden daraufhin rechtzeitig Auflagen gemacht. In der Folge wurde diese geschlossen und der Schaden in der Schweiz konnte relativ klein gehalten werden.

V. Länderübergreifende Revision

Damit eine wirksame Prüfstrategie zu Stande kommt, sind folgende Aspekte als wichtig einzustufen:

- Risikobeurteilung des Bankkonzerns
- Schwerpunkte setzen (sachlich und geografisch)
- konsolidierte Überwachung
- Vor-Ort-Kontrollen für kritische Prüffelder (eventuell unter Bezug eines schweizerischen oder ausländischen Regulators)
- Einbezug der internen Revision
- massgeschneidertes Prüfteam unter Weiterbildung der ausländischen Kollegen, da diese kaum über die schweizerischen Regulatoren im Bild sind
- Reporting an den Bankkonzern und die Aufsichtsorgane

Die länderübergreifende Revision beginnt meist mit der anspruchsvollen *Planung und Beurteilung der Risiken* des Bankkonzerns. Sie erfolgt nach der Einteilung in Risikokategorien, welche wiederum in verschiedene Risikoarten unterteilt sind. Im Einzelnen mitsamt der momentanen Risikolage und dem Trend:

Risikokategorie	Risikoarten	Risikolage	Trend seit 2008
<i>Kreditrisiken</i>	CH Geschäfts- & Retailausleihungen	Gering	Steigend
	Gegenparteien-Risiken/International	Hoch	Beständig
	Emerging markets	Hoch	Beständig
	Real estate and structured assets	Hoch	Steigend
<i>Marktrisiken</i>	Derivatives (Zinsrisiken, Kreditrisiken und Aktienkursrisiko)	Hoch	Beständig
	Aktienhandel & Risiken aus strukturierten Produkten	Gering	Sinkend
	Risiken aus dem Zinsänderungsgeschäft	Gering	Beständig
	Risiken aus dem Devisen & Rohstoffhandel (Edelmetall & Energie)	Hoch	Steigend
	ALM-Bankenbuch	Gering	Beständig
<i>Reputationsrisiken</i>	KYC & AML Geldwäscherei	Hoch	Beständig
	Franchise/Brandrisiko	Hoch	Steigend

Die Festlegung der *sachlichen und geografischen Schwerpunkte* lässt in der Schweiz den Kommissionsertrag, Geschäftskredite, Asset Management, Treasury Funktion und Assets Under Management als Kernbereiche hervorgehen. In anderen Ländern sehen diese Kernbereiche ganz anders aus und es muss dadurch nicht derselbe Akzent gesetzt werden. An diesem Punkt wird immer auch versucht, die Meinung der FINMA miteinzubeziehen.

Selbstverständlich wird die Revision aber nicht alleine durch die Revisionsgesellschaften gemacht, sondern zusammen mit einer kompetenten *Internen Revision*. Diese hat sich organisiert und sich ein Bild vom Unternehmen gemacht. Oft kommt es vor, dass sie bessere Kenntnisse von der Organisationsstruktur des konkreten Unternehmens hat als etwa die externe Revisionsstelle. Meist ist die Interne Revision so organisiert, dass ihr Team auf das Cross-Border Banking ausgerichtet ist. Die Arbeit der Internen Revision wird von der KPMG beurteilt, danach erfolgt eine abschliessende Entscheidung, wie weit man sich auf die Arbeiten der Internen Revision abstützen kann.

Der Lead Auditor muss bezüglich des *Reporting an die Bank und die Aufsichtsbehörde* den Inhalt, die Art und die Häufigkeit des Reportings, das Reporting mit ausländischen Regulators, dasjenige an die FINMA und weitergehende Kommunikation mit der FINMA oder dem ausländischen Regulator festlegen. Es ist sehr oft auch so, dass die ausländischen Aufsichtsbehörden andere Bedürfnisse haben. Mithin ist es nicht einfach, alle gleichermassen zu befriedigen.

VI. Trends und Entwicklung bei der Vor-Ort-Kontrolle

Durch die Finanzkrise sind schärfere Bestimmungen zu erwarten. Die Eigenmittelerfordernisse werden grösser sein und die FINMA wird in diesem Feld in nächster Zeit stärker auftreten. Der Trend geht auch dahin, die Meldepflichten durch Banken zu erhöhen. Weiter ist eine stärkere Vor-Ort-Kontrolle durch die FINMA oder die ausländischen Regulatoren vorauszu-
sehen.

Es stellt sich die Frage, ob es zukünftig einen «Superregulator» auf europäischer Ebene geben wird. In diesem Zusammenhang wäre auch zu thematisieren, wie ein solcher organisiert wäre und wie sich die FINMA zu diesem positionieren würde.

VII. Fazit

Bei Vor-Ort-Kontrollen arbeiten die FINMA und ausländische Aufsichtsorgane zusammen. Ihr Zweck besteht in der Schaffung von einheitlichen Standards und der Sicherheit für die Finanzindustrie und insbesondere den Bankenplatz Schweiz.

Die Problematik der Vor-Ort-Kontrollen besteht darin, dass die Durchsetzbarkeit nicht in allen Jurisdiktionen sichergestellt ist, im Bankgeheimnis und in der Mentalität resp. der Kulturunterschiede im internationalen Bereich.

VIII. Zukunft?

„Yes we can [...] change“⁵ – Der Präsident der Vereinigten Staaten will nicht nur sein Land, sondern die Werte der internationalen Gemeinschaft verändern. Auch die Finanzkrise wird zweifellos eine stärkere Phase der Regulierung aufleben lassen. Es ist auch stärkerer Druck seitens der USA und einiger europäischer Staaten auf das Private Banking-Modell zu erwarten. Die beiden Schweizer Grossbanken werden freilich weiterhin ihr Geschäftsmodell überprüfen und m. E. ist dabei kaum vorstellbar, dass das Investment Banking auch künftig in dieser Form betrieben werden kann.

Die Zukunft bleibt jedenfalls spannend. Bekanntlich bieten Änderungen an Geschäftsmodellen den Rechtsanwälten und den Wirtschaftsprüfern mehr Chancen als Risiken, was aufzeigt, dass eine Finanzkrise auch positive Nebeneffekte nach sich ziehen kann.

⁵ OBAMA BARACK H., in seinen Reden.

Die Verletzung des Bankgeheimnisses: neue Strafbarkeitsrisiken der Bank bei grenzüberschreitenden Sachverhalten

Günter Heine, Bern

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	160
Materialien.....	164
I. Einleitung.....	165
II. Geldwäscherei, Bankgeheimnis und neue Strafbarkeitsrisiken der Bank	167
1. Allgemein.....	167
2. Neu: Abgabebetrug im Ausland als genügende Vortat für Geldwäscherei.....	169
a) Schweizer Strafgerichtsbarkeit.....	170
b) Ausländische Strafgerichtsbarkeit.....	171
c) Beispiel Deutschland.....	171
III. Bankgeheimnis und kollektive Umgehungsstrategien.....	174
1. Cross-border: «Vorhilfe» als kollusives behördliches Zusammenwirken?.....	174
2. Offenbarung durch die Bank unter Ausschluss der Rechtshilfe aufgrund ausländischen Drucks: Massendaten.....	175
3. Offenbarung aufgrund behördlicher Verfügung – Feststellungswirkung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts ..	180
4. Jüngste Entwicklungen.....	182
a) Ausweitung bei internationaler Kooperation.....	182
b) Kollektives Wissen?.....	183
5. Fragen der Beweisverwertung: Als pars pro toto die Affäre Liechtenstein.....	186
IV. Perspektiven.....	189
Schaubild: Bankgeheimnis und Steuerdelinquenz	190

Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 17. April 2009.

- ABEGGLEN SANDRO, Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen, Bern 2004.
- AESCHLIMANN JÜRG, Einführung in das Strafprozessrecht, Bern 1997.
- AMBOS KAI, Internationales Strafrecht, 2. Aufl., München 2008.
- AMELUNG KNUT, Prinzipien der strafprozessualen Verwertungsverbote, in: Duttge Gunnar/Geilen Gerd/Meyer-Gossner Lutz (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, Köln 2002, 422 ff.
- ARZT GUNTHER, Kleiner Notstand bei kleiner Kriminalität?, in: Donatsch Andreas/Schmid Niklaus (Hrsg.), Strafrecht und Öffentlichkeit. Festschrift für Jörg Rehberg zum 65. Geburtstag, Zürich 1996, 25 ff.
- BAUMANN CLAUDE/RUTSCH WERNER E., Swiss Banking – wie weiter? Aufstieg und Wandel der Schweizer Finanzbranche, Zürich 2008.
- BEHNISCH URS R., Amtshilfe in Steuersachen an die USA: Zur Bedeutung der QI-Normen, in: Jusletter vom 26. Januar 2009.
- Auswirkungen der Bilateralen II auf das schweizerische Steuerrecht, in: AJP 8/2005, 947 ff.
 - Neuere Entwicklungen der internationalen Rechtshilfe im Steuerstrafrecht, in: Locher Peter/Rolli Bernhard/Spori Peter (Hrsg.), Internationales Steuerrecht der Schweiz. Festschrift zum 80. Geburtstag von Walter Ryser, Bern 2005, 287 ff.
- BEULKE WERNER, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote, Jura 2008, 653 ff.
- DE CAPITANI WERNER, Bankgeheimnis und historische Forschung. Rechtsgutachten, in: Beiträge zur Finanzgeschichte, Heft 2, 2002.
- CHOU HAN-LIN, Wissen und Vergessen bei juristischen Personen (Diss. Basel), Basel/Genf/München 2002.
- COTTIER THOMAS/MATTEOTTI RENÉ, Der Steuerstreit Schweiz – EG: Rechtslage und Perspektiven, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht, 2007/2008, 221 ff.
- CRAMER PETER/HEINE GÜNTER, §§ 25-31, 267-282, 307-312, 314a, 324, 324a, 327, 328, 330-330d, 356-358 StGB, in: Schönke Adolf/Schröder Horst (Begründer), Lenckner Theodor et al. (Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 27. Aufl., München 2006.
- DONATSCH ANDREAS, Art. 186-195 DBG, in: Zweifel Martin/Athanas Peter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht. Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 1-82, Bd. I/2b, 2. Aufl., Basel 2008.
- DONATSCH ANDREAS/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV. Delikte gegen die Allgemeinheit, 3. Aufl., Zürich 2004.
- DRENCKHAN HELKE/HANDEBRINK JENS, Steuerhinterziehung – Die Rechtslage in Deutschland und ihre Relevanz für in der Schweiz tätige Bankmitarbeiter, in: Jusletter vom 7. April 2008.
- FORSTER MATTHIAS, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB (Diss. St. Gallen), Bern 2006.

- GLESS SABINE, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, Baden-Baden 2006.
- GUÉX SÉBASTIEN, The Origins of the Swiss Bank Secrecy Law and its Repercussions for Swiss Federal Policy, in: Business History Review, 74, 237 ff.
- HASSEMER WINFRIED, Unverfügbares im Strafprozess, in: Kaufmann Arthur/Mestmäcker Ernst J./Zacher Hans F. (Hrsg.), Rechtsstaat und Menschenwürde: Festschrift für Armin Maihofer zum 70. Geburtstag, Frankfurt 1988, 183 ff.
- HECKER BERND, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., Berlin 2007.
- HEINE GÜNTHER, Criminal Liability of Enterprises in Switzerland. A new Programme: Organisational Deficiencies, in: Adam Stanislaw/Colette-Basiecz Nathalie/Nihoul Marc (Hrsg.), Corporate Criminal Liability in Europe, Bruxelles 2008, 303 ff.
- Der Fall Liechtenstein, insbesondere Fragen der Beweisverwertung vor völkerrechtlichem Hintergrund, auf dem Prüfstand des Strafrechts, in: Festschrift für Roland von Büren, Bern 2009 (im Druck).
 - Die Schweiz, das Bankgeheimnis und die Rechtshilfe, insbesondere bei Fiskaldelikten, in: Triffterer Otto (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Theo Vogler, Heidelberg 2004, 67 ff.
 - Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, Baden-Baden 1995.
 - E-Banking und Strafrecht, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), E-Banking. Die einzelnen Rechtsgeschäfte. Berner Bankrechtstag 2002, Band 9, Bern 2003, 109 ff.
 - Organisationsverschulden aus strafrechtlicher Sicht: Zum Spannungsfeld von zivilrechtlicher Haftung, strafrechtlicher Geschäftsherrenhaftung und der Strafbarkeit von Unternehmen, in: Niggli Marcel Alexander/Amstutz Marc (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmen. Zivil- und strafrechtliche Perspektiven, Basel 2007, 93 ff.
 - Quasi-Strafrecht und Verantwortlichkeit von Unternehmen im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften und der Schweiz, in: ZStrR 125 (2007), 105 ff.
 - Straftäter Unternehmen: Das Spannungsfeld von StGB, Verwaltungsstrafrecht und Steuerstrafrecht, in: recht 2005, Heft 1, 1 ff.
- HESS MARTIN, Art. 16, 26, 27, 37d BankG, in: Watter Rolf et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel 2005.
- HOPF THOMAS, Vor Art. 271-274, Art. 271-274 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht II. Art. 111-292 StGB, 2. Aufl., Basel 2007.
- HOYER PETRA/KLOS JOACHIM, Regelungen zur Bekämpfung der Geldwäsche und ihre Anwendung in der Praxis, 2. Aufl., Bielefeld 1998.
- HUFSCMID DANIEL, «Tax fraud and the like». Die Voraussetzungen der Aufhebung des Bankgeheimnisses im Rahmen der Amtshilfe bei Steuerdelikten gemäss DBA-USA, in: ASA 72, 2004, 433 ff.
- HÜPKES EVA, Art. 29-31 BankG, in: Watter Rolf et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel 2005.
- JAHN MATTHIAS, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kri-

- minalität und Terrorismus. Gutachten C zum 67. Deutschen Juristentag, Erfurt 2008, 77 ff.
- JAMETTI GREINER MONIQUE/PFENNINGER HANSPETER, Der Schutz des schweizerischen Bankgeheimnisses im Abkommen zur Assoziierung der Schweiz an Schengen, in: AJP 2/2005, 159 ff.
- KLEINER BEAT/SCHWOB RENATE/WINZELER CHRISTOPH, Art. 47 BankG, in: Bodmer Daniel/Kleiner Beat/Lutz Benno (Begründer), Zobl Dieter et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 17. Aufl., Zürich 2006.
- KUNZ PETER V., Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, in: Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (ZVglRWiss) 108 (2009), 31 ff.
- Mythos schweizerisches «Bankgeheimnis», in: Jusletter vom 17. November 2008.
- KUTZNER LARS, Kontenabfragen im Rahmen des Rechtshilfeverkehrs in der Europäischen Union, in: DStR 2006 Heft 15, 639 ff.
- LENCKNER THEODOR, §§ Vorbem. 32, 153-173, 185-206 StGB, in: Schönke Adolf/Schröder Horst (Begründer), Lenckner Theodor et al. (Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 27. Aufl., München 2006.
- LENCKNER THEODOR/PERRON WALTER, §§ 14, 19-21, 32-37, 264, 265a-266b, 353a-355 StGB, in: Schönke Adolf/Schröder Horst (Begründer), Lenckner Theodor et al. (Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 27. Aufl., München 2006.
- LOCHER PETER, Das schweizerische Bankgeheimnis aus steuerrechtlicher Sicht, STR 2003, 346 ff.
- Die Schweizerische Haltung zur internationalen Amtshilfe bei den direkten Steuern in einem veränderten Umfeld, in: Locher Peter/Rolli Bernhard/Spori Peter (Hrsg.), Internationales Steuerrecht der Schweiz. Festschrift zum 80. Geburtstag von Walter Ryser, Bern 2005, 269 ff.
- LÜDERSSEN KLAUS, Aus Unrecht entsteht kein Recht, NZZ Online vom 14. März 2008.
- MÜLLER JÖRG PAUL, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999.
- NEUHEUSER STEPHAN, §§ 261, 262 StGB, in: Joecks Wolfgang/Miebach Klaus/Sander Günther M. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, §§ 185-262 StGB, München 2003.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/GFELLER DIEGO R., Art. 102 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht I. Art. 1-110 StGB/Jugendstrafgesetz, 2. Aufl., Basel 2007.
- NOBEL PETER, UBS-Urteil: «Wirtschaftlich Berechtigter» ist nicht gleich wirtschaftlich Berechtigter, in: Jusletter vom 23. März 2009.
- PARMA VIKTOR/VONTOBEL WERNER, Schurkenstaat Schweiz?, München 2009.
- PIETH MARK, Art. 305^{bis}, 305^{ter}, 322^{ter}-322^{octies} StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht II. Art. 111-292 StGB, 2. Aufl., Basel 2007.
- Selbstregulierung zum Schutz vor strafrechtlicher Organisationshaftung: Die Bank und das Geldwäscherisiko, in: Müller-Dietz Heinz et al. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung, Baden-Baden 2007, 717 ff.

- PIETH MARK/AIOLFI GEMMA, A Comparative Guide to Anti-Money Laundering, Cheltenham 2004.
- POPP PETER, Grundzüge der Internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2001.
- POPP PETER/LEVANTE PATRIZIA, Art. 1-9 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht I. Art. 1-110 StGB/Jugendstrafgesetz, 2. Aufl., Basel 2007.
- RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel 1998.
- ROGALL KLAUS, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, in: JZ 17/2008, 818 ff.
- SALIGER FRANK, Absolutes im Strafprozess?, in: ZStW 116 (2004), 43 ff.
- SATZGER HELMUT, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2008.
- SCHOMBURG WOLFGANG ET AL., Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Aufl., München 2006.
- SCHÜNEMANN BERND, Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaats, NStZ 2008, 305 ff.
- SCHWOB RENATE, Art. 25-32, 33-37g BankG, in: Bodmer Daniel/Kleiner Beat/Lutz Benno (Begründer), Zobl Dieter et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 17. Aufl., Zürich 2006.
- STEGER-BRUHIN CHRISTOPH, Das Bankgeheimnis im Spannungsfeld zwischen Individual- und Gemeininteressen, in: Sutter Patrick (Hrsg.), Selbstbestimmung und Recht – Festgabe für Rainer J. Schweizer zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 187 ff.
- STRATENWERTH GÜNTER, Art. 46-51^{bis} BankG, in: Watter Rolf et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel 2005.
- Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 3. Aufl., Bern 2005.
 - Voraussetzungen einer Unternehmenshaftung de lege ferenda, in: ZStrR 126 (2008), 1 ff.
 - Zurechnungsprobleme im Unternehmensstrafrecht, in: Grafl Christian/Medigovic Ursula (Hrsg.), Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag, Wien 2004, 191 ff.
- STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil II, 6. Aufl., Bern 2008.
- STRATENWERTH GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG, Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2009.
- THAMAN STEPHEN C., Wahrheit oder Rechtsstaatlichkeit?, in: Arnold Jörg et al. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München 2005, 1042-1056.
- TIEDEMANN KLAUS, Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Köln 2007.
- TRECHSEL STEFAN, Bankgeheimnis – Steuerstrafverfahren – Menschenrechte. Nemo tenetur bei Steuerhinterziehung, in: ZStrR 123 (2005), 256 ff.

- TRÜG GERSON/HABETHA JÖRG, Beweisverwertung trotz rechtswidriger Beweisgewinnung, NStZ 2008, 481 ff.
- VEST HANS/HÖHENER ANDREA, Beweisverwertungsverbote – Quo Vadis Bundesgericht?, in: ZStrR 127 (2009), 95 ff.
- VOGLER ROBERT U., Das Schweizer Bankgeheimnis: Entstehung, Bedeutung, Mythos, in: Beiträge zur Finanzgeschichte, Heft 7, Baden 2005.
- WALDBURGER ROBERT, Amts- und Rechtshilfe in Steuersachen gemäss den sog. Bilateralen II, in: Waldburger Robert et al. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, 1037 ff.
- WINZELER, CHRISTOPH, Die Zukunft des Bankkundengeheimnisses, in: Jusletter vom 11. März 2002.
- WOHLERS WOLFGANG, Betrugsbekämpfung, in: Thürer Daniel et al. (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zürich 2007, 985 ff.

Materialien

- Abkommen über die Zusammenarbeit zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits zur Bekämpfung von Betrug und sonstigen rechtswidrigen Handlungen, die ihre finanziellen Interessen beeinträchtigen (mit Schlussakte), BBl 2004, 6503-6528.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision des Bankengesetzes vom 13. Mai 1970, BBl 1970 I, 1144-1203.
- Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002, BBl 2002, 8060-8116.
- FINMA-Kurzbericht, Untersuchung der EBK des grenzüberschreitenden Geschäfts der UBS AG mit Privatkunden in den USA vom 18. Februar 2009, abrufbar unter: <<http://www.finma.ch/d/aktuell/Documents/kurzbericht-ubs-x-border-20090218-d.pdf>>.
- Pressemitteilung des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) vom 13. März 2009, Die Schweiz will den OECD-Standard bei der Amtshilfe in Steuersachen übernehmen, <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00467/index.html?lang=de&msg-id=25863>>.
- Pressemitteilung des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) vom 21. März 2003, Thema: Zinsenbesteuerung – Bilaterale II: Notiz an die Redaktionen, <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/archiv/02861/index.html?lang=de>>.

I. Einleitung

Ende 2007 lagen in den Kundendepots der Schweizer Banken Wertpapiere im Umfang von 5'235 Milliarden Schweizer Franken. Auch wenn sich aufgrund der epochalen Ereignisse in 2008 der Wert vermindert hat, so dürfte der Anteil von ausländischem Kapital nach wie vor knapp 60 % betragen.¹ Im Ausland schiessen die Mutmassungen, welcher Anteil der ausländischen Gelder un versteuert in die Schweiz gelangte, ins Kraut: Die Deutsche Bank geht von 70 % aus, eine französische Parlamentarierdelegation gar von 90 %.²

In Zeiten der Instabilität, in Zeiten also, in denen die Staaten Milliardenbeträge in das Bankwesen und in bedrohte Wirtschaftszweige pumpen, wird im Ausland die grobe teutonische Keule ausgepackt: Die Schweiz gehöre auf die Schwarze Liste der OECD, man müsse ihr die Peitsche zeigen. Auf einen groben Klotz gehört ein grober Keil, so dachte sich wohl der Präsident der Vereinigung Schweizerischer Privatbankiers, als er in die Debatte einwarf,

¹ Vgl. BAUMANN/RUTSCH, *Swiss Banking*, 12 f.; PARMA/VONTOBEL, *Schurkenstaat?*, 137 f. Vgl. auch die Schätzung der Bankiervereinigung Schweiz, die von 42 % ausgeht, siehe NZZ am Sonntag vom 15. März 2009, 33. Ferner TRECHSEL, *Bankgeheimnis*, 276.

² Vgl. auch den Referentenentwurf für ein Gesetz zur Bekämpfung schädlicher Steuerpraktiken und der Steuerhinterziehung (Deutschland) vom 13. Januar 2009, 1 f.; siehe auch Bilanz 4/09, wonach Schweizer Bankiers von 30-50 % Schwarzgeld ausgehen. Zu beachten ist natürlich, dass all diese Schätzungen sich nicht frei machen von der Verfolgung bestimmter Ziele und deshalb allenfalls als Tendenzen zu begreifen sind. Dazu hin rankt sich ein Mythos um die *Entstehungsgeschichte* des Bankgeheimnisses, gelegentlich, erneut interessengeleitet, glorifiziert als humanitäre Massnahme zum Schutz der Juden vor den Nazis (vgl. krit. GUEX, *Origins*, 237 ff.), in Tat und Wahrheit 1935 in Kraft getreten vor ähnlichen sozial-wirtschaftlichen Rahmenbedingungen wie heute, kulminierend im Debakel der Schweizerischen Volksbank von 1933 und mit veranlasst durch die Spitzeltätigkeit ausländischer Behörden in der Schweiz mit dem Bedürfnis nach verstärktem Schutz der Privatsphäre (siehe eingehend VOGLER, *Bankgeheimnis*, 26 ff., 75 ff.; ferner DE CAPITANI, *Bankgeheimnis*, 13; KUNZ, *Mythos*, 3; STRATENWERTH, *Basler Kommentar*, N2 zu Art. 47 BankG; vgl. auch Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision des Bankengesetzes vom 13. Mai 1970, 1161, wonach auch der Grundsatz der Ausländergleichbehandlung eine Rolle gespielt hat). Bemerkenswert ist aber weiter, dass im Vorfeld die Schweiz es ablehnte, Doppelbesteuerungsabkommen entsprechend den Musterverträgen des Völkerbundes abzuschliessen und sich damit gegenüber der internationalen Zusammenarbeit zur Bekämpfung von Steuerflucht reserviert verhielt (siehe PARMA/VONTOBEL, *Schurkenstaat?*, 25 ff.).

die deutschen Anleger würden ja aus Notwehr handeln, zumal Deutschland, fiskalisch betrachtet, ein Unrechtsstaat sei.³

Lassen wir solche wohlfeile Polemik beiseite und betrachten wir einige der aktuellen Gegebenheiten unter strafrechtlichen Gesichtspunkten, ist doch zu erwarten, dass dem Strafrecht neue Aufgaben erwachsen.

Zunächst werden neue Strafbarkeitsrisiken der Bank im Zusammenhang mit Geldwäscherei und dem Bankgeheimnis erörtert (Kapitel II). Im Anschluss beleuchten wir kollektive Strategien zur Umgehung des Bankgeheimnisses unter strafrechtlichen Gesichtspunkten (Kapitel III). Dabei geht es nicht nur um die mitunter praktizierte sog. Vorhilfe der schweizerischen Rechtshilfebehörden (Kapitel III 1), sondern auch um die Offenbarung von Kundendaten unter Ausschaltung der Rechtshilfe (Kapitel III 2). Weil sich die Ereignisse nach der Schweizerischen Bankrechtstagung am 6. Februar 2009 im Hinblick auf das Bankgeheimnis geradezu überschlagen haben, wird hier ergänzend auf die strafrechtliche Bedeutung der Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) vom 18. Februar 2009 eingegangen, mit welcher die UBS AG angewiesen wurde, die von der US-amerikanischen Einkommenssteuerbehörde (IRS) auf dem Amtshilfeweg begehrten Informationen und Dokumente an die US-amerikanischen Behörden herauszugeben (Kapitel III 3). Für die weitere Entwicklung ist dabei der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. März 2009 von grosser Bedeutung (Kapitel III 4), und zwar sowohl im Hinblick auf die Ausweitung der internationalen Kooperation als auch bezüglich der Strafbarkeit von Unternehmen. An diesen Fragestellungen ändert der Beschluss des Bundesrats vom 13. März 2009, dass die Schweiz den OECD-Standard bei der Amtshilfe in Steuersachen gemäss Art. 26 des OECD-Musterabkommens entgegen ihrem bisherigen Vorbehalt übernehmen will, vorerst nichts.⁴ Denn erst die nächsten Jahre werden zeigen, unter welchen Voraussetzungen die Schweiz bei den rund 70 in Frage stehenden Doppelbesteuerungsabkommen bereit ist, das Bankgeheimnis im Verhältnis zu den ausländischen Vertragspartnern zu lockern. Schliesslich wird als *pars pro toto* die Affäre Liechtenstein thematisiert (Kapitel III 5), zumal diese Fragestellung jederzeit auch die Schweiz betreffen könnte. Dabei geht es um Fragen der Beweisverwertung, insbesondere vor völkerrechtlichem Hintergrund.

Vorab ist zu vermelden, dass der Schweizer Gesetzgeber zuletzt mit Wirkung vom 1. Januar 2009 die Absicherung des Bankgeheimnisses mittels

³ Der Spiegel Nr. 50/2008, 128.

⁴ Pressemitteilung des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) vom 13. März 2009.

Strafrecht deutlich ausgebaut hat: An Stelle von bisher sechs Monaten beträgt die Freiheitsstrafe nunmehr drei Jahre, die Geldstrafe wurde auf max. 1,080 Mio. Franken erhöht und selbst bei fahrlässigem Handeln ist eine maximale Busse von 250'000 Franken vorgesehen. Und seit 2003 droht der Bank selbst Strafbarkeit (mit einer Verbandsgeldbusse von max. 5 Mio. Franken) unter den Voraussetzungen der subsidiären Verantwortlichkeit des Art. 102 Abs. 1 StGB.

II. Geldwäscherei, Bankgeheimnis und neue Strafbarkeitsrisiken der Bank

1. Allgemein

Bekanntlich leistet die Schweiz nur kleine Rechtshilfe, wenn ein sog. Abgabebetrag⁵ vorliegt (siehe Schaubild, I). Das Betrugsbekämpfungsabkommen (BBA) und das Schengener-Assoziierungsübereinkommen (SAA) haben im Rahmen der Bilateralen II Aufweichungen beim strafrechtlichen Schutz des Bankgeheimnisses erbracht und neue Fragen aufgeworfen.

Bei den *direkten* Steuern ergeben sich auf den ersten Blick keine Änderungen. Auch hat sich die Schweiz rechtlich den Bestand des Bankgeheimnisses (vermeintlich)⁶ langfristig rechtlich absichern lassen (Art. 7 Ziff. 5 SAA). Freilich bleiben Verwerfungen: Denn erstens ist innerhalb der Schweiz eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses bei fortgesetzter schwerer Steuerhinterziehung möglich, bei cross-border Sachverhalten wird dagegen praktisch keine Rechtshilfe geleistet.⁷ Der ansonsten hochgehaltene

⁵ Siehe Art. 3 Abs. 3 Satz 2 IRSG, Art. 63 IRSG, dazu BGE 115 Ib 68; BEHNISCH, Entwicklungen, 298 ff.; HEINE, Bankgeheimnis, 69 ff.; krit. POPP, Rechtshilfe, 122 f.

⁶ JAMETTI GREINER/PFENNINGER, Schengener Abkommen, 167, konstatieren im Hinblick auf Steuerhinterziehung im Bereich der direkten Steuern «eine zeitlich unbefristete Ausnahmeregelung». Zur politischen Kurzfristigkeit scheinbarer bilateraler Gewissheiten, siehe Fn. 4; vgl. auch WALDBURGER, Amts- und Rechtshilfe, 1067 f.

⁷ Siehe Art. 190 DBG; BGer 8G.55/1999 vom 6. Oktober 1999, E. 4c; BEHNISCH, AJP, 950 LOCHER, Bankgeheimnis, 349. Siehe auch LOCHER, Internationale Amtshilfe, 274, zu den Amtshilfeklauseln in den Doppelbesteuerungsabkommen, wonach Amtshilfe geleistet werden soll zu «Steuerbetrug nach schweizerischem Recht sowie sinngemäss gleich schwer wiegenden Delikten», siehe Pressemitteilung des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) vom 21. März 2003, wobei die Praxis sehr restriktiv verfahren ist. Ein Perspektivenwechsel der Funktion der Amtshilfe zur Durchsetzung des ausländischen

Grundsatz der Ausländergleichbehandlung ist verletzt. Hinzu kommt, dass innerschweizerisch klar ist, dass es sich bei den Bussen für Steuerhinterziehung um Kriminalstrafen handelt,⁸ während sie im SAA organisatorisch als Verwaltungsrecht ausgewiesen sind⁹ – um die Konsequenzen von Art. 51 SDÜ¹⁰ und damit eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses bei Hinterziehung von direkten Steuern zu vermeiden! Auch wenn das Ergebnis der Verhandlungen als glänzender politischer Erfolg der Schweiz gilt, so sind diese «juristischen Fiktionen»¹¹ – man könnte fast ebenso gut von dogmatischer Flickschusterei sprechen – als rechtlicher Sprengsatz zu begreifen, der spätestens dann zündet, wenn sich die Europäischen Instanzen zu Wort melden. Dabei würde es zu kurz greifen, erstens nur den EuGH im Blick zu haben und zweitens dessen Spruchpraxis kurzerhand als für die Schweiz rechtlich irrelevant abzutun. Denn für die hier in Rede stehenden Fragen besteht auch eine Zuständigkeit des EGMR und im Übrigen etabliert sich auch in der Schweiz unter bestimmten Voraussetzungen der Grundsatz der europarechtskonformen Auslegung.¹²

Innenpolitisch kommt als weitere Verwerfung hinzu, dass den USA bei Steuerhinterziehung im Zusammenhang mit organisierter Kriminalität Rechtshilfe gewährt wird (Schaubild, III). Und aussenpolitisch ist zu sehen, dass zunächst das Fürstentum Liechtenstein, bei ähnlicher Ausgangslage wie die Schweiz, den USA ab 2010 Amtshilfe auch bei Steuerhinterziehung leistet und bereits im November 2008 im Begriff war, der EU Gleiches einzuräumen.¹³ Mittlerweile sind, einem Domino-Effekt vergleichbar, weitere Länder auf diese Linie eingeschwenkt, so dass sich auch der Bundesrat die-

Rechts zeichnet sich aber ab, siehe Bundesverwaltungsgericht vom 5. März 2009, E. 5.4. und Kapitel III 4a.

⁸ Siehe BGE 122 I 257 S. 259 ff.; DONATSCH, Kommentar DBG, N 52 zu Art. 180 DBG m. w. N.

⁹ Siehe die Erklärung der Schweiz in der Schlussakte des SAA, bei JAMETTI GREINER/PFENNINGER, Schengener Abkommen, 166 Fn. 57. Zur Begründung wird angeführt, dass Bussen administrativen Charakter aufweisen, wenn sie erstinstanzlich von Verwaltungsbehörden verfügt würden, entsprechend wurde Art. 57^{bis} Steuerharmonisierungsgesetz eingefügt. Übersehen wird der ahndende Charakter und die Schwere der Sanktion, die Millionenbeträge erreichen kann.

¹⁰ Schengener Durchführungsabkommen vom 19. Juni 1990.

¹¹ JAMETTI GREINER/PFENNINGER, Schengener Abkommen, 171 N 86.

¹² Grundlegend KUNZ, Rechtsvergleichung, 72 ff. Allgemein dazu AMBOS, Internationales Strafrecht, 442 ff.; HECKER, Europäisches Strafrecht, § 10; SATZGER, Internationales und Europäisches Strafrecht, 133 ff.

¹³ Siehe ECOFIN-Rat vom 4. November 2008.

sen politischen Wirkungen nicht zu entziehen vermochte. Der Eindruck eines taumelnden Tanzes um das Bankgeheimnis macht sich breit.¹⁴

Im Bereich der *indirekten* Steuern wird dagegen Rechtshilfe und dabei auch Auslieferung neu auf der Grundlage des Betrugsbekämpfungsabkommens auch bei Steuerhinterziehung gewährt (unter Ausgrenzung von Bagatellwerten).¹⁵

2. Neu: Abgabebetrug im Ausland als genügende Vortat für Geldwäscherei

Neu ist auch auf der Grundlage des BBA,¹⁶ dass Abgabebetrug und gewerbsmässiger Schmuggel im Ausland als Vortat für Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB) genügen.¹⁷ In diesen Fällen kann also das Bankgeheimnis gelüftet werden. Verletzt ist damit der sog. Äquivalenzgrundsatz, wonach dem ausländischen Fiskus keine Auskünfte offenbart werden dürfen, die nach interner (Steuer-)Gesetzgebung nicht beschafft werden können.¹⁸ Denn inländisch sind die relevanten Delikte (Abgabebetrug und gewerbsmässiger Schmuggel) mangels Charakter eines Verbrechens keine tauglichen Vortaten für Geldwäscherei.¹⁹ Aufgegeben ist zudem das Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit.

Angesichts derartiger Systembrüche scheint sich die politische Prämisse breitzumachen: Not kennt kein Gebot! Als existentielle Überlebensmaxime völkerrechtlich natürlich akzeptabel. Nur: Rationale Rechtspolitik, und darum geht es, muss anders geleitet werden. Andernfalls sind Kollateralschäden im gesamten Rechtssystem die Folge!

Zu diesen Kollateralrisiken gehört, dass in der bisherigen Diskussion unbeobachtet geblieben ist, dass im Zuge der Mobilität und damit der cross-border Kundenakquisition neue Strafbarkeitsrisiken entstanden sind – ungeachtet der Bilateralen II als vermeintlicher safe haven.

¹⁴ Vgl. bereits krit. COTTIER/MATTEOTTI, *Steuerstreit Schweiz – EG*, 254 ff.; KUNZ, *Mythos*, 5 f.; LOCHER, *Internationale Amtshilfe*, 280 f.

¹⁵ Siehe Einzelheiten z. B. bei WOHLERS, *Betrugsbekämpfung*, III.

¹⁶ Abkommen über die Zusammenarbeit zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits zur Bekämpfung von Betrug und sonstigen rechtswidrigen Handlungen, die ihre finanziellen Interessen beeinträchtigen vom 26. Oktober 2004; SR 0.351.926.81.

¹⁷ Zu Einzelheiten zu Art. 2 BBA siehe WOHLERS, *Betrugsbekämpfung*, III 2.

¹⁸ Siehe dazu BGE 96 I 737 S. 745 ff. und die Nachweise bei LOCHER, *Internationale Amtshilfe*, 274.

¹⁹ Siehe PIETH, *Selbstregulierung*, 723 m. w. N.

a) Schweizer Strafgerichtsbarkeit

Zunächst ist im Hinblick auf die Strafbarkeit der Bank bzw. der Bankmitarbeiter festzuhalten, dass die Entgegennahme von Geldern, die aus Abgabebetrug und gewerbsmässigem Schmuggel im Ausland herrühren, zwar einen Rechtshilfetatbestand auslösen, in der Schweiz mangels tauglicher Vortat aber nicht von Art. 305^{bis} (Geldwäscherei) erfasst wird – also kein Fall eines «erhöhten Risikos» im Sinne von Art. 7 EBK-VO vorliegt.²⁰ Eine weitere Frage ist, unter welchen Voraussetzungen diese Bankinformationen für weitergehende Strafverfolgungszwecke verwendet werden können. Soweit es um Schweizer geht und die Tathandlung ausschliesslich in der Schweiz begangen wurde, so besteht ein Verwendungsverbot für die Schweizer Strafverfolgungsbehörden.²¹ Im Zuge von globalisiertem Private Banking stellen sich Fragen:

Der *E-Mail-Verkehr* der Schweizer Bank mit ausländischen Kunden unterliegt nach den Grundsätzen von Art. 8 StGB jenem Verwendungsverbot, soweit der PC und der Webserver sich in der Schweiz befinden.²² Soweit dagegen *Kundenbesuche im Ausland* stattfinden, ist die Verwendung der Information frei. Dies gilt dann, wenn hierdurch die Haupttat in der Schweiz (Geldwäscherei und Abgabebetrug als Vortat) gefördert wird.²³ Und Gleiches tritt ein (freie Verwendung der Information) bei einer Tochtergesellschaft im Ausland, sofern im Hinblick auf Art. 102 Abs. 2 StGB Anlasstat und Organisationsmängel im Ausland erfolgten und zudem Organisationsmängel bei der Muttergesellschaft in der Schweiz nachweisbar sind.²⁴

²⁰ Siehe WOHLERS, Betrugsbekämpfung, III N 16.

²¹ Gemeinsame Erklärung über die Geldwäsche, Abkommen über die Zusammenarbeit zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits zur Bekämpfung von Betrug und sonstigen rechtswidrigen Handlungen, die ihre finanziellen Interessen beeinträchtigen (mit Schlussakte), 6525. Siehe dazu auch PIETH, Basler Kommentar, N 13 zu Art. 305^{bis} StGB.

²² Vgl. BGer 6S. 719/1999 vom 22. März 2000; POPP/LEVANTE, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 8 m. w. N.

²³ Argumentum e contrario BGE 104 IV 77; vgl. STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar, N 3 zu Art. 8 StGB m. w. N.

²⁴ Vgl. NIGGLI/GFELLER, Basler Kommentar, N 412 zu Art. 102 StGB; siehe auch WINZLER, Zukunft, 3.

b) Ausländische Strafgerichtsbarkeit

Zu beachten ist weiter, dass jene Gemeinsame Erklärung keine Straflosigkeit im Hinblick auf die ausländische Strafgerichtsbarkeit zur Folge hat.²⁵ EU-weit ist die Strafbarkeit wegen Geldwäscherei dabei erheblich weiter als in der Schweiz, gilt doch überall Steuerhinterziehung als taugliche Vortat für Geldwäscherei und wird vom Geldwäschereistraftatbestand auch, anders als in der Schweiz, grobe Fahrlässigkeit erfasst!²⁶

c) Beispiel Deutschland

Speziell im Vergleich zu Deutschland kommt Folgendes hinzu:

Das Unterlassen von Angaben über steuerrechtlich erhebliche Vorgänge in der Einkommenssteuererklärung versteht sich in Deutschland als Kriminalstraftat (§ 370 Abs. 1 Abgabenordnung [AO]), Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren und Geldstrafe bis 1,8 Mio. Euro sind vorgesehen, in schweren Fällen sogar Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren. Schon bei nicht deklarierten Einkünften über 1 Mio. Euro ist Freiheitsstrafe obligatorisch.

Deutlich wird hier ein fundamentaler Unterschied im Rechtsverständnis. In Deutschland trifft den Bürger eine strafbewehrte Sonderpflicht, fiskalisch gleichsam die Hosen herunterzulassen – übrigens abgesichert über ein automatisiertes Abrufverfahren von Kontoinformationen und im Rechtshilfeverkehr in der Europäischen Union konsentiert durch das Protokoll vom 16. Oktober 2001 zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen.²⁷

²⁵ Ebenso WALDBURGER, Amts- und Rechtshilfe, 1052 N 37; in der Sache auch DRENKHAN/HANEBRINK, Steuerhinterziehung, 5 ff.

²⁶ Siehe HOYER/KLOS, Regelungen, 95 ff.; PIETH/AIOLFI, Comparative Guide, 415 ff. und z. B. NEUHEUSER, Münchener Kommentar StGB, N 24 ff., 37, 81 zu § 261 StGB. Ferner Art. 1 EG-Übereinkommen zum Schutz der finanziellen Interessen der EG vom 26. Juli 1995, wonach als Betrug auch unvollständige Erklärungen gegenüber der Finanzbehörde erfasst sind.

²⁷ Siehe dazu KUTZNER, Kontenabfragen, 639 ff. Zu Deutschland siehe das Gesetz zur Förderung der Steuerehrlichkeit vom 23. Dezember 2003 und §§ 93 VII, VIII, 93b AO. Dieses Kontenabrufverfahren ermöglicht es den Finanzbehörden ab 1. April 2005, gezielt auf die Kontostammdaten des § 24c KWG zurückzugreifen. Dies erlaubt weitere Ermittlungen, auch weil die Strafverfolgungsbehörden Zugriff haben. Verfassungsrechtlich sieht das BVerfG unter dem Aspekt der informationellen Selbstbestimmung und der Eigentumsgarantie keine Bedenken (vgl. BVerfGE 110, 94 ff.), zumal für die Steuerpflichtigen ein angemessenes Entdeckungsrisiko bestehen muss, und mit Blick auf eine effektive Durchsetzung und Gleichheit im Belastungserfolg steht sogar einer Rückwirkung nichts im Wege (BVerfG, NJW 2008, 3205 ff.) – aus Schweizer Perspektive eine fast fremdländisch anmutende Rechtskultur!

In der Schweiz setzt man demgegenüber auf das Gewissen des Einzelnen und seinen bürgerschaftlichen Goodwill. Dies zeigt sich nicht nur bei der liberalen, dekriminisierten Einstufung der Steuerhinterziehung, sondern auch bei der Verteilung der Risiken Bürger/Staat beim Abgabebetrug. Wo sonst als in der Schweiz wird Kriminalstrafe bei einer unvollständigen Einnahmen-Überschuss-Rechnung abgelehnt mit der Begründung, das Finanzamt habe von vornherein annehmen müssen, dass «möglicherweise nicht alle Angaben [...] der Wahrheit entsprechen».²⁸

In Deutschland pfeift ein anderer Wind – ebenso wie in der EU. Danach ist es Aufgabe jeden nationalen Rechts, angemessen zu verhindern, dass Bürger, die einerseits von den öffentlichen Dienstleistungen eines «Hochsteuerlandes» in vielfältiger Weise profitieren, andererseits ihr Einkommen oder Vermögen jedoch in einer «Steuroase» nicht versteuern. Und wenn der Ansässigkeitsstaat das Recht hat, das weltweite Einkommen seiner Steuerinländer zu besteuern, und wenn er sogar weitergehend die verfassungsrechtliche Pflicht hat, dafür zu sorgen, dass diese Einkünfte und Vermögen mit Hilfe ausländischer Behörden in angemessenem Umfang verifiziert werden,²⁹ ihm diese Hilfe aber zu einem guten Teil schlichtweg verweigert wird, so verschärft er die Rahmenbedingungen – mit bislang in der Schweiz überhaupt nicht zur Kenntnis genommenen *neuen Strafbarkeitsrisiken* für die Bankenwelt, korrespondierend mit dem weltweit tiefen Fall des «Bankers»³⁰ auf der gesellschaftlichen Werteskala, der mittlerweile in der öffentlichen Wahrnehmung sogar in der Nähe der skrupellosen «Raser» eingestuft wird.

Deshalb kommt leicht *Gehilfenschaft* zur Kriminalstraftat der *Steuerhinterziehung* (§ 370 AO) bzw. der Geldwäsche (§ 261 StGB i. V. m. § 9 Abs. 2 StGB) für Schweizer Bankmitarbeiter bzw. die Bank selbst in Frage! Denn erstens genügen als Beitrag, der die Haupttat fördert, beispielsweise die Einrichtung separater Konti oder in grösseren Bezügen die Zwischenschaltung von «Tarngesellschaften», der Rat, Belege nicht zu Hause aufzubewahren ebenso

²⁸ BGE 125 II 258; krit. HEINE, Bankgeheimnis, 75 m. w. N.; vgl. auch Bundesstrafgericht, Urteil vom 22. September 2004, SK 003-007/04 (Arglist bei Betrug verneint wegen Mitverantwortung der Steuerbehörde selbst bei Verwendung inhaltlich unwahrer Urkunden).

²⁹ Zum Verfassungsrecht siehe Anm. 27. Zur Akzeptanz dieser Sichtweise aus Schweizer Perspektive siehe LOCHER, Internationale Rechtshilfe, 281; vgl. auch COTTIER/MATTEOTTI, Steuerstreit Schweiz – EG, 255 f.

³⁰ Nach Bundespräsident Horst Köhler nicht zu verwechseln mit dem «Bankier», der sich der massgebenden gesellschaftlich-rechtlichen Werte bewusst ist. Zum Problem auch BAUMANN/RUTSCH, Swiss Banking, 210 ff.

wie die Banklagerung von persönlichen Notizen wie auch der Aktenvermerk «katholisch» (als Verschlüsselung für Schwarzgeld). Gleiches gilt (in entsprechendem Kontext) für banklagernde Post, die Vereinbarung von Nummernkonti oder die Zuweisung von Codenamen – dies alles nicht am Schreibtisch im Elfenbeinturm der UniS³¹ ersonnen, sondern Praxis bestimmter Schweizer Banken, wie nunmehr auch die FINMA in ihrem Bericht vom 18. Februar 2009, E. 6.1. erkennt. Zweitens wird der Eventualvorsatz für Gehilfenschaft weit gefasst, es genügt, dass sich der Bankmitarbeiter die Förderung eines «erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein lässt». ³² Schon das berühmte Augenzwinkern, jedem Bankier als professionelle Handlung geläufig, erfüllt nach höchstem deutschen Strafgericht diese Voraussetzung! Drittens genügen, anders als nach der Gemeinsamen Erklärung BBA, Teilnahmehandlungen im scheinbar sicheren Hafen Schweiz, weil § 370 Abs. 7 AO in Deutschland das Weltrechtsprinzip eingeführt hat und § 9 Abs. 2 Satz 2 StGB-Deutschland auf Teilnahme im Ausland die deutsche Strafgewalt erstreckt. Nichts spricht dafür, dass aufgrund der Gemeinsamen Erklärung BBA die Strafgewalt Deutschlands eingeschränkt wurde. Und viertens droht auch die «Strafbarkeit» der Schweizer Bank nach §§ 30, 130 OWiG-Deutschland mit einer Verbandsgeldbusse bis zu 1 Mio. Euro samt Gewinnabschöpfung, die in den hier einschlägigen Fällen die Hauptsanktion deutlich übersteigen kann. Dabei ist zudem zu beachten, dass das deutsche ebenso wenig wie das europäische Strafrecht die subsidiäre Unternehmensverantwortlichkeit des Art. 102 Abs. 1 StGB kennt. Vielmehr gilt bei Straftaten von Leitungspersonen bzw. deren Aufsichtspflichtsverletzungen eine Art strict liability: Das Fehlverhalten von Leitungspersonen wird kurzerhand der Bank zugerechnet. ³³ Und schliesslich, fünftens, dehnt Art. 26 BBA die Rechtshilfe auf juristische Personen aus.

Freilich – wie stets – gilt: «Die Deutschen hängen keinen, sofern sie ihn nicht haben.» Eine Auslieferung von Schweizer Bankern ist ausgeschlossen, es geht ja nicht um Völkerstraftaten. Wer sich jedoch die Praxis der deutschen Strafverfolgung im Fall des Postchefs Zumwinkel vor Augen führt³⁴ und sich die politische Rückendeckung durch die Spitze des deutschen Fi-

³¹ Universität Schanzeneckstrasse, Bern.

³² Ständige Rechtsprechung, BGHSt 46, 112; siehe auch BGH NJW 2006, 522 ff., N 47 ff.; siehe dazu CRAMER/HEINE, Kommentar Schönke/Schröder, N 10a zu § 27 StGB; DRENCKHAN/HANEBRINK, Steuerhinterziehung, 5 ff.

³³ Dazu HEINE, Criminal Liability, 311.

³⁴ Siehe dazu Der Spiegel Nr. 8 vom 18. Februar 2008, 20 ff.

finanzministeriums verdeutlicht, der wird den Aufenthalt in bestimmten deutschen Regionen mit engagierter Wirtschaftsstaatsanwaltschaft tunlichst vermeiden. Dabei droht dem Schweizer Banker zusätzliches Ungemach bei Reisen nicht bloss nach Deutschland, sondern in die umgebende EU durch den Europäischen Haftbefehl: Denn zu der Liste von Straftaten, bei denen die beiderseitige Strafbarkeit nicht geprüft wird, gehören Betrugsdelikte, einschliesslich des weiten Betrugsbegriffs, zum Nachteil der finanziellen Interessen der EG, ebenso wie Geldwäscherei.³⁵

Unter dem Strich bedeutet dies alles, dass die offiziellen, gelegentlich fast gebetsmühlenhaft wiederholten Verlautbarungen, erstens das Bankgeheimnis sei gesichert und zweitens, alles bleibe beim Alten, ganz erheblich zu relativieren sind. Im Verhältnis zum Ausland bestehen offene Flanken im Sinne neuer Strafbarkeitsrisiken für Bank und Banker, dazu hin schlummert in den bilateralen Verträgen ein hohes Sprengpotential – dies alles, um das schweizerische Bankgeheimnis im Verhältnis zum Ausland mühsam auf Krücken aufrechtzuerhalten.

Um uns ein möglichst vollständiges Bild zu machen, sind kollektive Umgehungsstrategien des Bankgeheimnisses zu sichten.

III. Bankgeheimnis und kollektive Umgehungsstrategien

1. Cross-border: «Vorhilfe» als kollusives behördliches Zusammenwirken?

Vorhilfe durch schweizerische Behörden für ersuchende ausländische Behörden im Rechts- und Amtshilfeverfahren wird zusehends salonfähig,³⁶ etwa bei der Formulierung der Voraussetzungen für das Erfordernis der Arglist beim «Abgabebetrug», zumal im Zuge der Globalisierung Deals oder der Handel mit Gerechtigkeit mehr und mehr zu Strukturelementen in wirtschaftlichen Bezügen herangewachsen sind.

Aus der Sicht des Betroffenen erscheint jegliche Vorprüfung durch die ersuchte schweizerische Behörde als potentiell kollusiv. Aus Sicht des Völkerrechts, also der bilateralen Zusammenarbeit zwischen zwei Staaten, gilt

³⁵ Dazu SCHOMBURG ET AL., Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, VII A.3., Einleitung N 56 f.

³⁶ Siehe dazu auch PETER HONEGGER/ANDREAS KOLB in diesem Band.

demgegenüber der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit, sodass hier von jegliche Hilfe als gedeckt erscheint.

Richtigerweise versteht sich die Rechtshilfe als grenzüberschreitender, arbeitsteiliger, internationaler Strafprozess ohne Schmälerung der subjektiven Rechte des Betroffenen.³⁷ Danach ist zunächst klar zu stellen, dass die Zusammenarbeit zwischen ersuchender und ersuchter Behörde nicht vergleichbar ist mit den Funktionen von Staatsanwaltschaft und Strafgericht, folglich gibt es bei «Vorhilfe» kein justizielles Unabhängigkeitsproblem. Massstab muss demgegenüber im Rechtshilfeverkehr der Gesichtspunkt der Souveränität sein, verstanden als hinreichende Unabhängigkeit der ersuchten Behörde, gekoppelt mit fair trial und Waffengleichheit.³⁸

Dies bedeutet, dass *allgemeine Auskünfte* zur rechtlichen Nachbesserung von Rechtshilfeersuchen, wie etwa Angabe der Bankkonten des wirtschaftlich Berechtigten, zulässig sind. Verboten ist demgegenüber Organisations- und Formulierungsherrschaft durch die schweizerische Behörde. Dies ist eindeutig dort der Fall, wo Hinweise gegeben werden, natürlich verkleidet formuliert, den Sachverhalt zu klittern, bis er passt, um die schweizerischen Voraussetzungen des Abgabebetrugs an Stelle von blosser Steuerhinterziehung zu erfüllen.

Die Achillesferse ist natürlich, dass sämtliche Arten von Vorhilfe schwer justiziabel sind.

Die Lösung ist in einer Stärkung der Rechte des Betroffenen zu sehen, und zwar durch eine Erhöhung der Plausibilitätsprüfung der Beweise, wie sie das Bundesgericht bereits im Ansatz verwirklicht hat.³⁹

2. Offenbarung durch die Bank unter Ausschluss der Rechtshilfe aufgrund ausländischen Drucks: Massendaten

Es geht um die Strafbarkeit der Bank bzw. von Bankmitarbeitern, wenn diese – wie hier demi-fiktiv angenommen wird – aufgrund ausländischen Drucks Informationen über Kunden und deren wirtschaftliche Verhältnisse an das Ausland übermitteln, etwa 20'000 Kundendaten US-amerikanischer Bürger. Mitbehandelt ist damit gleichzeitig der Fall, dass die Bank pro-aktiv

³⁷ Siehe deutsches BVerfGE 61, 34; SCHOMBURG ET AL., Internationale Rechtshilfe, Einleitung N 90, 105; vgl. auch POPP, Rechtshilfe, 14.

³⁸ Vgl. SCHOMBURG ET AL., Internationale Rechtshilfe, Einleitung N 106, 112.

³⁹ Siehe BGer 1A.63/2001 vom 20. Juli 2001; BGer 1A.57/2000 vom 8. Mai 2000, E. 5c, d aa; HEINE, Bankgeheimnis, 72 f.

wird und gewissermassen zur Verhinderung einer ausländischen Autoritätsvorgabe diese Daten liefert. Anliegen ist hier zunächst die Herausbildung von Grundsätzen für die wichtigen Fragestellungen, ungeachtet der Besonderheiten der Tagespolitik.

Im Wesentlichen ist Thema eine Strafbarkeit wegen Art. 273 StGB (Wirtschaftlicher Nachrichtendienst) und Art. 47 BankG.

Im Hinblick auf *Art. 273 (Wirtschaftlicher Nachrichtendienst)* ist zunächst im europäischen Rechtsvergleich zu vermerken, dass die Schweizer Lösung ungewöhnlich etatistisch daherkommt. Im Gegensatz zu der liberalen Lösung bei Steuerwiderhandlungen geht es hier um den Schutz öffentlicher Interessen: die Volkswirtschaft der Schweiz, die schweizerische Gebietshoheit sollen vor Eingriffen zugunsten ausländischer Hoheitsträger geschützt werden.⁴⁰

Im Streit ist, ob der für eine Strafbarkeit notwendige «Binnenbezug zur Schweiz» bei ausländischem Kapital auf schweizerischem Bankkonto gegeben ist.⁴¹ Ich habe wenig Zweifel, dass das Bundesgericht hier diesen Bezug bejahen wird, da es um das Interesse der Schweiz geht, dass die unter ihrer Gebietshoheit stehenden Personalinteressen kollektiv vor Auskundschaftung geschützt werden.

Im Hinblick auf *Art. 47 BankG* stellt sich die Rechtslage nicht wesentlich anders dar, denn hier geht es einerseits um den Schutz individueller Interessen (wirtschaftliche Privat- und Geheimsphäre), aber eben auch um wirtschaftliche Interessen der Schweiz. Das Bankkundengeheimnis hat neben der vertraglichen Grundlage prominente Fundamente in Art. 28 ZGB.⁴² Teils wird Art. 13 BV (Schutz der Privatsphäre) im Gewande der informationellen Selbstbestimmung bemüht, wobei aber unbestritten ist, dass damit keine Vorrangfunktion verbunden ist.⁴³ Art. 47 BankG beschränkt sich aber nicht auf diesen Schutz individueller Interessen, vielmehr gehört das Bankge-

⁴⁰ BGE 104 IV 175 S. 182; 98 IV 209 S. 210; HOPF, Basler Kommentar, N 5 zu Art. 273 StGB; Memorandum der Bundesanwaltschaft vom 30 Juli 1986, abgedruckt bei HOPF N 11; STRATENWERTH/BOMMER, Strafrecht BT II, § 44 N 25-28

⁴¹ Bejahend z. B. STRATENWERTH/BOMMER, Strafrecht BT II, § 44 N 25; a. M. DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, 270, je m. w. N.

⁴² Siehe BGE 97 II 97 S. 100; KLEINER/SCHWOB/WINZELER, Kommentar Bodmer/Kleiner/Lutz, N 2 zu Art. 47 BankG; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, Wirtschaftsrecht, § 35 N 21. Zur historischen Genese siehe Fn. 1.

⁴³ STEGER-BRUHIN, Bankgeheimnis, 195 f.; siehe BGE 124 I 176; 115 Ib 68; 104 Ia 49; MÜLLER, Grundrechte, 648. Und selbst, wie gelegentlich proklamiert wird, bei einer expliziten Aufnahme in die BV, wäre dieser Schutz natürlich nicht abwägensfest.

heimnis nach ständiger Rechtsprechung «zu den wesentlichen Interessen der Schweiz»,⁴⁴ nämlich dann, wenn die Preisgabe das Bankgeheimnis «geradezu aushöhlen oder der ganzen schweizerischen Wirtschaft Schaden zufügen würde». Es geht folglich um den Schutz der Institution Bankgeheimnis in ihrer Bedeutung für den Finanzplatz Schweiz und damit auch um kollektives Vertrauen.

Dies hat Konsequenzen im Hinblick auf die Disponibilität bei Einwilligung:

Soweit es um einzelne, individualisierte Beziehungen zwischen Kunde und Bank geht, steht die Dispositionsbefugnis allein dem Bankkunden zu, weil ausschliesslich seine individuellen Interessen betroffen sind. Die genannten überindividuellen Interessen können nie berührt sein bei jedenfalls «einigen wenigen in- oder ausländischen Kunden».⁴⁵ Sie sind aber stets tangiert bei automatischem Kontenabruf wie auch bei massenhafter Weitergabe von Bankkundendaten – weshalb es in diesen Fällen regelmässig einer gesetzlichen Grundlage und eines Entscheids einer Behörde bedarf, die befugt ist, über jene kollektiven Interessen zu befinden.⁴⁶ Daraus folgt, dass Art. 47 BankG – übrigens ähnlich wie Art. 273 StGB – partiell akzessorisch ist, nämlich, soweit kollektive Interessen betroffen sind, in der Regel abhängig ist von einer behördlichen Entscheidung.

Keine Frage ist daher, dass die Tatbestände von sowohl Art. 273 StGB als auch Art. 47 BankG bei der massenhaften Weitergabe von Kundendaten erfüllt sind.

Die Frage ist aber, ob sich die Bank bzw. deren Mitarbeiter auf *Rechtfertigung* berufen können.

⁴⁴ BGE 123 II 153; 115 Ib 68; 113 Ib 164; BGer 1A.234/2005 vom 31. Januar 2006.

⁴⁵ Wobei das BGer diesen Personenkreis numerisch nicht näher beziffert, ja ihn nicht abschliessend beziffern kann: Institutionenschutz und kollektives Vertrauen sind strukturell einzelfallbezogen und massgeblich auch von den aktuellen sozio-politischen Rahmenbedingungen geprägt. Dabei können sich sogar Unterschiede ergeben, je nachdem ob nur inländische und/oder ausländische Interessen berührt sind.

⁴⁶ Dies gilt dem Grunde nach auch für die gelegentliche Praxis, mittels AGB der Bank unter bestimmten Voraussetzungen die Weitergabe der Kundendaten zu erlauben, gewissermassen um der Bank im Vorfeld der heute aktuellen Probleme einen «Blankoscheck» auszustellen: Selbst wenn eine wirksame Einwilligung aller Betroffenen vorläge (informed consent!), so endet die individuelle Dispositionsbefugnis dort, wo die genannten kollektiven Interessen tangiert sind – was eben nicht allein von der Menge, sondern auch von den gesellschaftlichen Gesamtumständen abhängt (zur Diskussion siehe HEINE, E-Banking, 123 ff.).

Eine Rechtfertigung kommt in Betracht, wenn ein förmliches Rechts- bzw. Amtshilfeverfahren durchgeführt worden ist, dies ist, gegebenenfalls unter Mithilfe und Legitimation der obersten Gerichte, als spezialgesetzliche Interessenabwägung zu begreifen, welche legalisiert (vgl. Art. 14 StGB). Auf den Umstand, dass mit Urteil vom 5. März 2009 das Bundesverwaltungsgericht in Sachen UBS post festum einen Grundsatzentscheid gefällt hat, wird nachfolgend eingegangen.

Die Frage stellt sich, ob Art. 17 StGB (*rechtfertigender Notstand*) überhaupt zum Zuge kommt. Dabei kann man mit guten Gründen von vornherein den Standpunkt vertreten, dass das förmliche Amts- oder Rechtshilfeverfahren bei cross-border Sachverhalten abschliessend ist, somit kein Raum besteht für den Rückgriff auf Art. 17 StGB.⁴⁷ Aber auch dieser Gesichtspunkt der Vorwertung des Gesetzgebers durch Zuweisung an ein Verfahren steht vor der Frage, was in besonderen, vom Gesetzgeber nicht einkalkulierten Fällen, wie etwa exorbitantem ausländischem Druck mit knapper Fristsetzung, auf die das Amts- und Rechtshilfeverfahren nicht eingestellt ist, geschehen darf. Dann stellt sich als nächste Frage, ob nicht, wenn nicht schon formal das Rechts- oder Amtshilfeverfahren eingehalten worden ist, zumindest die materiellen Voraussetzungen vorliegen müssen. Denn dann wäre jedenfalls allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen genüge getan. Aber auch dies ist dann nicht gegeben, wenn es nicht um Steuer- oder Abgabebetrug, sondern um Steuerhinterziehung geht!

Wer alle diesen Hürden zu überspringen bereit ist, etwa weil es um einen einmaligen wirtschaftlichen Systemkonflikt geht, selbst diesem kühnen Wirtschaftsführer sind strafrechtlich Grenzen gesetzt. Klar ist zwar, dass eine Notstandslage für die Bank und deren Vermögens- und Reputationsinteressen besteht, nämlich durch angedrohte Beugebussen, durch Lizenzentzug und durch die Androhung der Verhaftung von Leitungspersonen durch US-Behörden. Rechtfertigung im Strafrecht mit dem Tenor: «Der Bankier/die Bank haben in jeder Hinsicht richtig gehandelt» ist jedoch nicht zu kleiner Münze zu bekommen. So stellt sich die Frage, ob die Gefahr von der Bank pflichtwidrig herbeigeführt wurde und die Notstandslage vorhersehbar war.⁴⁸ Ob danach die Bank zur Duldung der angedrohten Einbussen an ihren Rechtsgütern verpflichtet ist, hängt davon ab, ob ein Verstoss gegen die

⁴⁷ Zum Problem siehe LENCKNER/PERRON, Kommentar Schönke/Schröder, N 10, 35 zu § 34 StGB m. w. N.; TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht AT, N 193. Ferner ARZT, Kleiner Notstand, 29 ff.

⁴⁸ Vgl. STRATENWERTH, Strafrecht AT, § 10 N 48.

Regeln des «Qualified Intermediary System» vorliegt.⁴⁹ Und sofern gar der Aufbau eines Umgehungssystems nachweisbar wäre, erledigt sich jegliche weitere Diskussion.

Aber auch wenn man in die Interessenabwägung von Art. 17 StGB eintritt, ist eines unabweislich: Ungeachtet der Schwierigkeit der Taxierbarkeit der einschlägigen Interessen liegt jedenfalls die erforderliche *eindeutige Höhergewichtigkeit* der Individualinteressen der Bank im Vergleich zu den verletzten öffentlichen Interessen (Volkswirtschaft Schweiz, Bankgeheimnis als Institution, Rechtshilferecht, Souveränität) und den betroffenen individuellen Interessen (Wirtschaftsgeheimnis, Bankkundengeheimnis) ohne Zweifel nicht vor.⁵⁰

Die Weitergabe von 20'000 Kundendaten seitens der Bank ist *rechtswidrig*. Das Strafrecht bietet keinerlei Hand dafür, «blocking statutes» der Schweiz samt Rechtshilferecht auszuhebeln.

In Frage kommt allenfalls, die Voraussetzungen von entschuldbarem Notstand (Art. 18 StGB) zu bejahen, sofern der einzelne Täter ausnahmsweise wegen Unzumutbarkeit entschuldigt ist – was hier auf den ersten Blick abwegig erscheint, bei näherem politischen Zusehen (Flug einer schweizerischen Delegation, zusammengesetzt aus Mitgliedern des Bundesrats und der Banken), (politisch!) nicht ganz fernliegend sein dürfte.

Hinzuweisen ist schliesslich darauf, dass der *Bank als solcher* schwerlich Strafe droht. Zwar kennt Art. 102 Abs. 1 StGB die subsidiäre Unternehmensverantwortlichkeit. Diese ist aber ausgeschlossen angesichts eines in solchen Fällen vorliegenden fixierbaren Entscheids auf Führungsebene.⁵¹ Anders als im Ausland, wo, wie gesehen, Straftaten der Führungsgremien unmittelbar die Strafbarkeit der Bank auslöst, bleibt die Bank als solche in der Schweiz verschont. Folglich geht es um die Strafbarkeit jener Personen, die in den Führungsgremien gemeinsam den fehlerhaften Entschluss zur Preisgabe der Kundendaten gefasst haben.

⁴⁹ Siehe dazu FINMA-Kurzbericht, Untersuchung der EBK des grenzüberschreitenden Geschäfts der UBS AG mit Privatkunden in den USA vom 18. Februar 2009, 13 ff.; Bundesverwaltungsgericht A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5. März 2009, E. 4.6, 5.5.3.2, 5.5.4; vgl. auch NOBEL, UBS-Urteil, 6 f. Vgl. aber auch BEHNISCH, QI-Normen, 9 f.

⁵⁰ Vgl. aber auch noch BGer, Urteil vom 16. Dezember 1930, zit. nach STRATENWERTH, Basler Kommentar, N 43 zu Art. 47 BankG; DE CAPITANI, Bankgeheimnis, N 46; vgl. auch WALDER bei S.E.C. v. Banca della Svizzera Italiana, 92 F.R.D. 111 (1981) 118; zutreffend weist STRATENWERTH, Basler Kommentar, N 44 zu Art. 47 BankG, auf eine Abwägung in jedem Einzelfall hin.

⁵¹ Siehe nur HEINE, Organisationsverschulden, 105 f.

3. Offenbarung aufgrund behördlicher Verfügung – Feststellungswirkung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts

Mitunter überstürzen sich die Ereignisse. So hatte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), nachdem die US-amerikanischen Behörden ihr Herausgabeverlangen ungeachtet des Ausgangs eines laufenden Amtshilfeverfahrens (das beim Bundesverwaltungsgericht anhängig war) unter Fristsetzung massiv verstärkten, mit Verfügung vom 18. Februar 2009 die UBS AG angewiesen, die strittigen Informationen über die Namen von US-Personen (dem Vernehmen nach rund 300) und sämtliche Kontounterlagen, auf die sich der Verdacht von Steuerdelinquenz richte, herauszugeben und zwar unter Androhung von Strafe nach Art. 292 StGB.

Die UBS übermittelte daraufhin an die US-amerikanischen Behörden «grundsätzlich jene Dokumente», die Gegenstand jenes Amtshilfeverfahrens waren. In diesem Verfahren stellte das Bundesverwaltungsgericht mit bemerkenswert ausführlichem Urteil vom 5. März 2009 fest, dass die Voraussetzung der Gewährung von Amtshilfe nach Art. 26 DBA-USA an und für sich «gegeben wären»⁵² – ohne aber ein aktuelles und praktisches Rechtsschutzinteresse der beschwerdeführenden Bank zu bejahen.

In strafrechtlicher Perspektive ist von Interesse, welche Bedeutung diesen Entscheiden, einmal der Verfügung der FINMA vom 18. Februar 2009, dann dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. März 2009, im Hinblick auf Art. 47 BankG zukommt, zumal die Verantwortlichen der UBS mit der Übermittlung der Kundendaten an die US-amerikanischen Behörden zweifellos den objektiven und subjektiven Tatbestand des Art. 47 BankG erfüllt haben.

Um das, aufgrund der bisherigen, zwangsläufig nicht vollständigen Aktenlage, daher salvatorische Ergebnis vorwegzunehmen: Die Übermittlung der Kundendaten ist unter bestimmten Voraussetzungen nicht nach Art. 47 BankG strafbar.

Zwar ist die Abstützung der *Verfügung der FINMA* auf Art. 25 und 26 BankG durchaus zweifelhaft. Auf der einen Seite ist in Rechnung zu stellen,

⁵² Bundesverwaltungsgericht A-7342/2008 und A-7426 vom 5. März 2009, E. 7. Die weiteren Ausführungen zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens sind ein klarer Auftrag an die politischen Instanzen, Wiederholungsfälle tunlichst zu vermeiden und proaktiv alles zu unternehmen, um eine solche «faktische Aushebelung des rechtsstaatlichen Amtshilfeverfahrens» prospektiv zu unterbinden – nüchterne Skepsis ist angesichts der politischen Gegebenheiten angebracht.

dass der FINMA mit den Massnahmen bei Insolvenzgefahr ein grosser Ermessensspielraum eingeräumt worden ist und die Wahl der geeigneten Massnahmen sich neben dem vorrangigen Gläubigerschutz auch nach dem Schutz des Finanzsystems in seiner Gesamtheit und der Wahrung des Vertrauens in das Finanzsystem zu richten hat.⁵³ Auf der anderen Seite sind die Art. 25 ff. BankG zugeschnitten auf die konkrete Gefahr eines ganz normalen Bankzusammenbruchs; die Schutzmassnahmen bezwecken, eine drohende Gefahr für die Gläubiger abzuwenden.⁵⁴ Deshalb ist die entscheidende Frage, ob die zur Debatte stehenden individuellen und öffentlichen Interessen, welche das Bankgeheimnis tragen, und die Aushebelung des Amtshilfeverfahrens im BankG nicht zu Unrecht strukturelle Geringschätzung durch das Gesetz erfahren haben.

Indes müssen und dürfen diese Fragen hier nicht vertieft werden, weil diese Verfügung der FINMA *Bindungswirkung für das Strafrecht* entfaltet. Denn dieser Behördenentscheid unterliegt verwaltungsgerichtlicher Kontrolle (Art. 24 Abs. 1 BankG), und für offensichtliche Rechtsverletzung oder offensichtlichen Ermessensmissbrauch ist nichts ersichtlich.⁵⁵

Ein Weiteres kommt hinzu: Auch wenn das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 5. März 2009 den Entscheid über die Gewährung von Amtshilfe aus den erwähnten formalen Gründen letztlich offen gelassen hat, so hat es in der Sache doch festgestellt, dass die Voraussetzungen für die Herausgabe der Informationen über die vertraulichen Bankdaten «vorliegend gegeben wären».⁵⁶ Das Bankgeheimnis des Art. 47 BankG ist, wie gesehen, kein absolutes Recht, sondern ein relatives, abhängig von mannigfachen gesetzlichen Möglichkeiten der Durchbrechung, so etwa im Wege der internationalen Amts- und Rechtshilfe. Diese Akzessorietät hat Konsequenzen: Es wäre überspitzter Formalismus, jenem Urteil rundum straffreistellende Bedeutung im Hinblick auf Art. 47 BankG unter Hinweis auf das vom Bundesverwaltungsgericht abgelehnte aktuelle und praktische Rechtsschutzinteresse abzusprechen. Dem Umstand, dass zunächst die Herausgabe der Daten erfolgte und erst danach in der Sache eine gerichtliche materielle «Freistel-

⁵³ Siehe BGE 126 II 111; 121 II 147; HÜPKES, Basler Kommentar, N 20 zu Vor 11. Abschnitt BankG m. w. N.

⁵⁴ Siehe Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002, 8070; HESS, Basler Kommentar, N 1 zu Art. 26 BankG; SCHWOB, Kommentar Bodmer/Kleiner/Lutz, N 1 zu Art. 26 BankG.

⁵⁵ Zu den Voraussetzungen der Bindungswirkung siehe BGE 129 IV 246 S. 249; 121 IV 29 S. 31; 98 IV 106 S. 108; sowie STRATENWERTH/BOMMER, Strafrecht BT II, § 51 N 6 ff.

⁵⁶ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 5. März 2009, E. 7.

lungswirkung» eintrat, ist natürlich nicht durch Rechtfertigung, jedoch durch die Zubilligung eines objektiven Strafaufhebungsgrundes Rechnung zu tragen – ein Strafbedürfnis ist nicht mehr zu erkennen.⁵⁷

Dies alles steht unter dem Vorbehalt, dass die gelieferten Daten mit den durch die gerichtlich und behördlich überprüften Daten identisch sind – andernfalls steht – um mit der Politik zu sprechen – «eine Katastrophe zu befürchten».

4. Jüngste Entwicklungen

Die jüngste Betriebsamkeit der Behörden hat für die Zukunft des schweizerischen Bankgeheimnisses und für Strafbarkeitsrisiken der Banken unversehens neue Eckpunkte gesetzt. Der eine betrifft die Voraussetzungen für Amts- und Rechtshilfe (Kapitel III 4a.), der andere die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Unternehmen «Vorsatz» und Ähnliches haben können (Kapitel III 4b.).

a) Ausweitung bei internationaler Kooperation

Bekanntlich hat der Bundesrat am 13. März 2009 entschieden, dem Trend anderer Länder (Hongkong, Singapur, Andorra, Liechtenstein, Luxemburg, Österreich) zu folgen, seinen Vorbehalt gegen Art. 26 des OEDC-Musterabkommens zurückzuziehen und über eine Anpassung der bilateralen Doppelbesteuerungsabkommen neu mit dem Ziel zu verhandeln, auch bei Steuerhinterziehung Amts- und Rechtshilfe zu leisten. Sog. fishing expeditions, also flächendeckende «kleine» Rechtshilfe ohne konkreten Tatverdacht gegen Personen, werden abgelehnt, cross-border-Hilfe müsse auf den Einzelfall begrenzt werden.⁵⁸

Zu berücksichtigen ist bei alledem, dass das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 5. März 2009 in weiterem Umfang als bislang üblich bereit ist, den erwähnten ausländischen Anliegen, das weltweite Einkommen ihrer Steuerinländer zu besteuern, entgegen zu kommen. Zwar sind «reine Beweisausforschungen (fishing expeditions) verboten». Jedoch genügt, wie ausführlich begründet wird, der Anfangsverdacht im Sinne eines einfachen Verdachts einer *Straftat*, die Angabe der Namen von Steuerdefraudanten ist nicht erforderlich. Was allerdings vorliegen muss, sind konkrete Gründe für

⁵⁷ Siehe CRAMER/HEINE, Kommentar Schönke/Schröder, N 21 zu Vorbem. § 324 StGB m. w. N.; LENCKNER, Kommentar Schönke/Schröder, N 62 zu Vorbem. § 32 StGB.

⁵⁸ Siehe nur NZZ vom 14./15. März 2009, Nr. 61, 19.

die Annahme, dass sich weitere Personen als der in der Strafuntersuchung Beschuldigte Steuerwiderhandlungen haben zu Schulden kommen lassen. Dies könnte sich bereits aus Renditen ergeben, die viel zu hoch erscheinen (20-30 %).⁵⁹ Entsprechend spielt keine ausschlaggebende Rolle, ob bloss einem Einzelnen oder einer Vielzahl von Steuerpflichtigen Abgabebetrug vorgeworfen wird und ob Namen- und Personenangaben fehlen oder nicht.

Insofern bleibt es zwar im Grundsatz dabei, dass reine Beweisausforschungen ins Blaue hinein unzulässig sind, aber eben nur im Grundsatz. Denn durch den expliziten Perspektivenwechsel vom Täter zur Straftat und durch das Abstellen auf ein Schema, das als einschlägige Straftat qualifiziert werden kann, wird in Tat und Wahrheit die Amts- und Rechtshilfe erweitert.⁶⁰ Hinzu kommt die Absegnung der Amts- und Rechtshilfe bei «fortgesetzter Hinterziehung grosser Steuerbeträge».⁶¹ Der rechtliche Rahmen ist dadurch für die bilateralen Verhandlungen abgesteckt.

Ebenso eine neue Seite aufgeschlagen wird bei der subjektiven Tatseite der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Bank.

b) Kollektives Wissen?

Mit gewisser Selbstverständlichkeit geht das Bundesverwaltungsgericht in dem Urteil vom 5. März 2009 von hinreichenden Verdachtsmomenten dafür aus, dass die Bank «wissentlich falsche Angaben gemacht hat», dass der Bank in ihrer Eigenschaft als Qualified Intermediary «bewusst war, dass die Erklärung [...] nicht den Tatsachen entsprach», dass sie «actual knowledge» über den effektiven «Beneficial Owner» besass und dass die Unternehmung insgesamt arglistig i. S. eines Betrugsdelikts handelte.⁶²

Diese Selbstverständlichkeit, mit der der Bank diese Fähigkeit, auch die subjektiven Elemente eines Betrugs zu begehen, zugestanden wird, überrascht, wenn nicht schon mit Blick auf den Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit und das Fehlen seiner näheren Prüfung, so doch wegen gelegentlicher kritischer Stimmen im Strafrecht. «Unternehmen», so tönt es apodiktisch, «haben keine Psyche».⁶³ Es gehe deshalb immer nur um die Zurechnung deliktischen Verhaltens von natürlichen Leitungspersonen. Gera-

⁵⁹ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 5. März 2009, E. 4.3, 4.5.

⁶⁰ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 5. März 2009, E. 5.4 zu «Betrug und dergleichen». Siehe dazu auch HUFSCHMID, Tax fraud, 450 ff.

⁶¹ Ebenso NOBEL, UBS-Urteil, 6.

⁶² Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 5. März 2009, E. 5.5.3.2 ff., 5.5.4.

⁶³ STRATENWERTH, Unternehmenshaftung, 6.

de dies ist aber in casu problematisch, hat doch die FINMA in ihrem Kurzbericht vom 18. Februar 2009 festgestellt, dass «keine Anzeichen für ein Mitwissen der obersten Organe der Bank» aufzufinden waren. Führungsschwächen und fehlendes Wissen sind danach «keinen aktuellen Gewährsträgern der Bank anzulasten. Vielmehr muss sich die Bank als Ganzes, als komplexes Unternehmen, die Versäumnisse anrechnen lassen».⁶⁴

Thema ist folglich kollektives Risikowissen und kollektive Arglist. Man wende nicht ein, es ginge ja bloss um Amtshilfe. Denn was heute der Amtshilfe billig ist, ist morgen der Rechtshilfe recht, und schon steht der international arbeitsteilige Strafprozess mit der Verantwortlichkeit von Unternehmen auf der Agenda. Ein Verantwortungssystem wie das Individualstrafrecht, dessen Haftungsvoraussetzungen auf die bestimmte Situation einer persönlichen Gewissensentscheidung von Menschen zugeschnitten sind, muss an solchen Fragen scheitern. Die unrechtsbegründende Funktion des subjektiven Tatbestandes mittels Gesamtwissen der juristischen Person auszufüllen, erscheint fast als biblischer Sündenfall, verwandle es doch die Straftat zu einem «reinen Phantomdelikt».⁶⁵

Dieses Phantom ist nun aber, man mag es beklagen, Rechtswirklichkeit geworden, und die Praxis verlangt nach Antworten. Hätte das Amtshilfegesuch wirklich mit der Begründung abgelehnt werden sollen, die Schweizer Dogmatik zum Strafrecht von Menschen setze wegen der unrechtsbegründenden Funktion des subjektiven Tatbestandes eben ein unüberwindbares Hindernis? Wie verträgt sich dies dann mit den Verlautbarungen des Bundesrats zur Umsetzung von internationalen Übereinkommen zur Strafbarkeit von juristischen Personen, hierzulande seien keinerlei Änderungen von Nöten?⁶⁶ Wir müssen zur Kenntnis nehmen, dass, je mehr sich das Schweizer Strafrecht in völkerrechtlichen Verträgen und im innerstaatlichen Recht auf die Verantwortlichkeit von Unternehmen einlässt, desto absurder ein naturalistischer Vorsatzbegriff etc. wird, der unter Berufung auf die Dogmatik des Individualstrafrechts, für strukturell ganz andere Konfliktsituation erdacht und gewachsen, die Augen vor der Wirklichkeit verschliesst. Das Zivilrecht hat übrigens die Zeichen der Zeit tendenziell erkannt und erlaubt

⁶⁴ FINMA-Kurzbericht, Untersuchung der EBK des grenzüberschreitenden Geschäfts der UBS AG mit Privatkunden in den USA vom 18. Februar 2009, 17 f.

⁶⁵ STRATENWERTH, Unternehmenshaftung, 5; vgl. auch STRATENWERTH, Zurechnungsprobleme, 195.

⁶⁶ Bundesamt für Justiz, Vorentwurf «Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarats über die Cyberkriminalität», März 2009, 19.

die Zurechnung von Wissenselementen, die erst zusammengefügt ein rechtlich relevantes Wissen ergeben, als Gesamtwissen der juristischen Person.⁶⁷

In der Tat wird es auch im Strafrecht, markiert aber als separates System, darum gehen müssen, adäquate Antworten auf die Frage zu formulieren, unter welchen Voraussetzungen der entsprechende Begriffsinhalt der subjektiven Voraussetzungen einer Straftat einem Unternehmen mit ausreichender sozialer Sinnbedeutung zugeschrieben werden kann. Sie sind im Individualstrafrecht nicht eins zu eins zu finden. Gerade der vorliegende Sachverhalt macht deutlich, dass die Annahme vorhandener umfassender Rechtskenntnis bei einem Einzeltäter, denktheoretischer Ausgangspunkt des Individualstrafrechts, zur Fiktion wird, gleichwohl kriminalpolitischer Präventionsbedarf bestehen kann, und deshalb austarierende Zuschreibung von individuellem Wissen einerseits und kollektivem Wissen andererseits gefragt ist.⁶⁸ Gleiches gilt für die Kompensation des voluntativen Elements. Nach den «Raser»-Fällen dürfte vielleicht darin ein erster Konsens zu erzielen sein, dass bei dessen normativer Festlegung präventiver Bedarf die Feder mitführt. Gestern noch als «Luftnummer» apostrophiert, heute von der Rechtswirklichkeit auf den Boden der Tatsachen zurück geholt: Die Strafrechtsdogmatik wäre schlecht beraten, sich aus dieser internationalen Diskussion auszuklinken.

Die «Badische Zeitung» besitzt eine sympathische Ecke, das «Sprüchle zum Wochenende». Jüngst kam der Religionsphilosoph ROMANO GUARDINI zu Wort: «Wir müssen lernen, nicht aus dem Gedränge [...] unserer Vorurteile, sondern aus dem Wesen der Dinge heraus zu entscheiden». Zum Wesen der Dinge gehören heutzutage die Funktionsbedingungen von Unternehmen.

Bislang war fast durchgehend die Rede von ausländischem Druck und Zwang, der das kriminalpolitische Handeln in der Schweiz mitbestimmt. Zum Abschluss wird gezeigt, dass ausländischem Handeln bei cross-border Sachverhalten durchaus Grenzen gesetzt sind.

⁶⁷ Siehe den Grundsatzentscheid BGer 5C.104/2001 vom 13. Juni 2000; sowie ABEGGLEN, Wissenszurechnung, 132 ff., 218 ff.; CHOU, Wissen, N 372, auch mit Beschreibung der Problematik des voluntativen Elements bei Arglist, z. B. Art. 966, 1030 OR, N 373 ff.

⁶⁸ Vgl. Lösungsansätze bei FORSTER, Verantwortlichkeit, 176 ff.; HEINE, Kartellrecht, 120 f.; HEINE, Straftäter, 7; HEINE, Unternehmen, 261 ff.

5. Fragen der Beweisverwertung: Als pars pro toto die Affäre Liechtenstein

Der Sachverhalt ist natürlich jedem Schweizer Bankier bekannt, gleichsam als Gute-Nacht-Geschichte für die Sprösslinge. Nicht bekannt sind dagegen die rechtlichen Implikationen,⁶⁹ zunächst zum materiellen Strafrecht:

Die Entwendung der CD-ROM bei der Liechtensteiner LGT stellt sich als Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen dar, der sowohl nach deutschem Recht als auch nach liechtensteinischem Recht strafbar ist. Die Zahlung von mindestens 4 Mio. Euro durch die deutschen Finanzbehörden bzw. den Bundesnachrichtendienst erfüllt dabei den Straftatbestand der Beihilfe zum Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen (§ 17 UWG), wobei nach deutschem Recht allenfalls der Ankauf zu Gefahrenabwehr im Hinblick auf organisierte Geldwäscherei gerechtfertigt ist, nicht aber derjenige zu Zwecken der Strafverfolgung.

Der Ankauf zum Zwecke der Strafverfolgung ist darüber hinaus *völkerrechtswidrig*. Unter befreundeten Staaten sollte sich verstehen, dass die zwischenstaatlichen Beziehungen durch Grundsätze des rechtshilfefreundlichen Verhaltens, des Gebots der Beachtung staatlicher Souveränität und der Selbstbindung eines Rechtsstaats an seine völkerrechtlich vereinbarten Regeln geprägt wird. Daraus folgt, dass der *Mittel-Zweck-Bezug*, also der Ankauf dieser Daten unter Umgehung des Rechtshilfeverhältnisses für Zwecke der Strafverfolgung auch von Steuerhinterziehung, *völkerrechtswidrig* ist.⁷⁰

Die Frage ist, ob und inwieweit hierauf erfolgte Geständnisse und zuvor erfolgte Ergebnisse von Hausdurchsuchungen *strafprozessual verwertbar* sind.

Klar ist, dass die angekaufte CD-ROM *nicht unmittelbar* verwertbar ist. Die in Deutschland hundertfach eingeleiteten Strafverfahren können deshalb nicht auf das Beweismittel der CD-ROM zurückgreifen. Denn erstens werden durch das Bankgeheimnis natürlich massgebend, wie gesehen, Interessen der Bankkunden geschützt. Zweitens werden durch den Rechtshilfevertrag Deutschland/Liechtenstein nicht bloss die Interessen der beteiligten Staaten abgesichert, sondern auch (Rechtshilfe als arbeitsteiliger internationaler Strafprozess) Rechte der Betroffenen. Und drittens wären die Informa-

⁶⁹ Eingehend dazu HEINE, Fall Liechtenstein.

⁷⁰ Einzelheiten bei HEINE, Fall Liechtenstein, 3c.; vgl. auch GLESS, Beweisverbote, 322 m. w. N.

tionen ohne den illegalen Ankauf und die Gewährung dieser hohen Belohnung nicht anders erlangbar gewesen.⁷¹

Darüber hinaus sind aber auch die *Geständnisse* nicht verwertbar. Denn in Deutschland bestand eine aussergewöhnliche Drucksituation, mit veranlasst von den Strafverfolgungsbehörden, um auf der Grundlage der für Strafverfolgungszwecke illegal erlangten CD-ROM final zum Einsatz von Geständnissen zu kommen. Mit diesem Verwertungsverbot korrespondiert Art. 35 Resolution 56/83 UN. Denn bei Völkerrechtspflichtverletzungen versteht sich Restitution als «den vor der Begehung der Handlung herrschenden Zustand wieder herzustellen». Dies bedeutet in ständiger Rechtsprechung «wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed».⁷²

Und noch weitergehend ist auch die Verwertung der *Früchte des verbotenen Baumes* verboten, also etwa im Rahmen der Durchsuchungsmassnahmen erlangte weitere Beweismittel, wie etwa private Kontoauszüge. In Deutschland ist man zwar, ebenso wie in der Schweiz, sehr zurückhaltend bei der Zubilligung von Fernwirkung von Beweisverboten.⁷³ Jedoch geht es hier um eine neue Qualität: nämlich die Disziplinierung der Geheimdienste mittels Verwertungsverboten im Strafrecht. Es entspricht der Sachgesetzlichkeit von Geheimdiensten, dass deren Tätigkeit nicht offen, sondern eben geheim ist und deshalb Sachaufklärung strukturell erschwert ist, schon allein deshalb, weil Aussagegenehmigungen in der Regel nicht erteilt werden. Der deutsche Bundesnachrichtendienst bewegt sich, wie andere Geheimdienste auch, zu einem guten Teil in einer rechtlichen Grauzone. An diesen Gegebenheiten ist unmittelbar nicht zu rütteln. Deshalb lässt sich rechtlich auch nicht verhindern, dass Geheimdienste unorthodoxe Methoden zur Gefahrenabwehr in Szene setzen. Der Staat mag diese Informationen zur Garantie der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durchaus in Anspruch nehmen: Rechtlich wirksame Disziplinierungsmittel sind nicht ersichtlich.⁷⁴ Eine ganz andere

⁷¹ Vgl. auch SCHÜNEMANN, Menetekel, 309; TRÜG/HABETHA, Beweisverwertung, 490. Allgemein AMELUNG, Prinzipien, 422 ff.

⁷² PCIJ, Factory at Chorzow, Jurisdiction Judgement Nr. 8, 1923, series A Nr. 9, 47 International Law Commission, Draft, 91 f.

⁷³ BGHSt 27, 358, 51, 8. Dagegen aber ein Grossteil des Schrifttums, siehe die Nachweise bei JAHN, DJT-Gutachten, C 94 f. Rechtsvergleichend THAMAN, Wahrheit, 1049 ff. Zur Schweiz siehe VEST/HÖHENER, Beweisverwertungsverbote, 95 ff.

⁷⁴ Vgl. auch LÜDERSSEN, Unrecht, 5; THAMAN, Wahrheit, 1050 f.

Frage ist dagegen, ob solcher Art erlangte Information im Strafverfahren Berücksichtigung finden darf.

Muss man in Deutschland (und um es auf den Punkt zu bringen: im vergleichbaren Fall in der Schweiz) nicht von vornherein mit einem Aufschrei in der Bevölkerung rechnen, wenn selbst Früchte des verbotenen Baumes strafprozessual nicht verwertbar sind? Die sprichwörtliche Leiche auf dem Richtertisch, deren Erlangung durch verbotene Vernehmungsmethoden ermöglicht wurde, hat das Bild in der Schweiz geprägt. Die Kraft des Faktischen scheint eine Verwertung zu gebieten!⁷⁵

Im Fall Liechtenstein stellt sich als Grundsatzfrage, ob die Justiz in Deutschland sub specie «Gewaltenteilung» hinreichend Kraft aufbringt, um sich vor vermeintlichen Sachgegebenheiten aus der Praxis autonom zu stellen. Dort ist dabei in casu etwa zu berücksichtigen, dass das riesige Öffentlichkeitsinteresse nicht zuletzt staatlich, nämlich von den Strafverfolgungsorganen, mit veranlasst erscheint.

Grundsätze der *actio illicita in causa* spüren die Verhältnismässigkeitsprüfung rechtlich vor. Dies bedeutet, dass der Staat bei der Strafverfolgung eingeschränkt ist, wenn er zurechenbar Gründe gesetzt hat, die einen Aufschrei in der Bevölkerung verursachen. Und wer öffentlichkeitswirksam Verhaftungen auf völkerrechtswidriger Grundlage durchführt, der muss mit einer Sperre des Strafverfahrensrechts rechnen. In jedem Fall darf der Strafprozess nicht zum verlängerten Arm der Innen- und Aussenpolitik geraten. Die Justiz spielt mit einem Brandsatz und läuft Gefahr, die moralische Überlegenheit des Strafverfahrens zu zerstören.⁷⁶ Das Strafverfahren darf sich nicht wie andere mächtige Gruppen im Zeitalter der Globalisierung dazu aufschwingen, seine faktische Macht zur beliebigen Durchsetzung solipsistischer Interessen zu gebrauchen. Insgesamt ist daher auch eine Fernwirkung von Beweisverboten zu bejahen.

⁷⁵ Siehe AESCHLIMANN, Strafprozessrecht, 71; vgl. auch BEULKE, Beweiserhebungsverbote, 664 f. Zukünftig für die Schweiz, durchaus problematisch, Art. 141 Abs. 2 Schweizerische StPO; dazu auch ROGALL, Beweisverwertungsverbote, 828.

⁷⁶ Vgl. HASSEMER, Unverfügbares, 202; JAHN, DJT-Gutachten, C 68; LÜDERSEN, Unrecht, 5; SALIGER, Absolutes 51 ff.

IV. Perspektiven

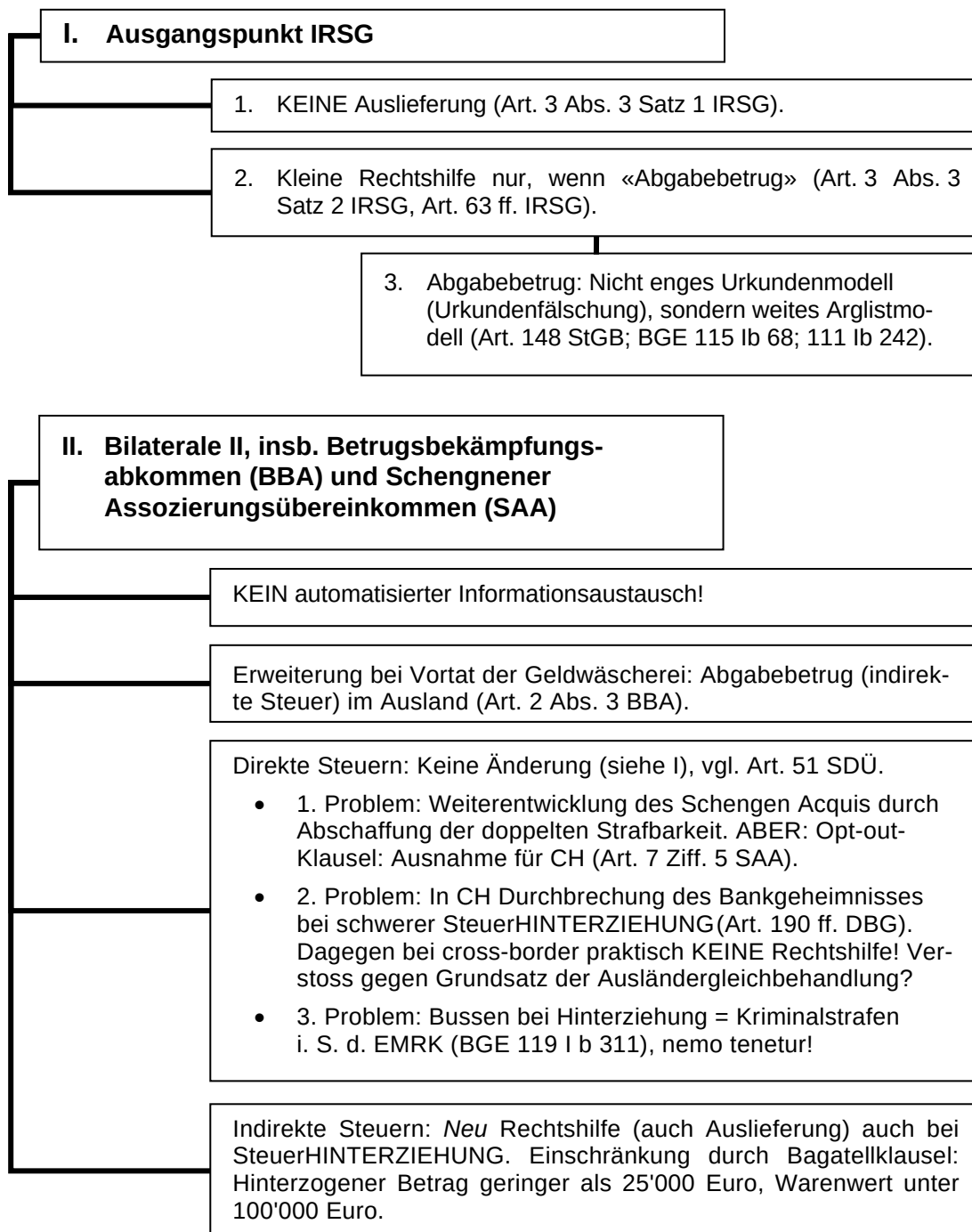
Über Jahrzehnte hinweg konnte sich um das Bankgeheimnis der Schweiz global ein Mythos aufbauen. Er hat sich spätestens mit der Verfügung der FINMA vom 18. Februar 2009 international verflüchtigt. Unsere kleine Studie hat gezeigt, dass der «Preis» für die Aufrechterhaltung des Bankgeheimnisses bei cross-border Sachverhalten, insbesondere der Steuerdelinquenz, enorm gewachsen ist. Auch wenn die Bilateralen II als glänzender Erfolg der Schweizer Diplomatie verbucht werden konnten, so bergen BBA und SAA gleichwohl rechtliches Sprengpotential und können ausländischem Strafrechtsimperialismus mit neuen Strafbarkeitsrisiken für Bank und Bankiers keine wirksamen Grenzen stecken. Grenzen erwachsen dagegen aus Völkerrecht, wenn ein ausländischer Staat unter finaler Umgebung eines bilateralen Rechtshilfeverhältnisses für Zwecke der Strafverfolgung Bankdaten ankauft.

Der Rahmen für die bevorstehenden Verhandlungen der Schweiz mit den Vertragspartnern der Doppelbesteuerungsabkommen ist nun nicht so offen, wie es gelegentlich öffentlich tönt. Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. März 2009 setzt gewichtige Eckdaten. Dies betrifft die Zulässigkeit von Amts- und Rechtshilfe ungeachtet des Fehlens von Personenangaben, sofern nur Straftaten als typisches Schema mit Anfangsverdacht erweisbar sind. Und dies betrifft die internationale Kooperation im Hinblick auf Unternehmen als Betroffene, mittlerweile steter key point auf jeder Agenda völkerrechtlicher Verträge. Mit einem Beharren auf dogmatischen Positionen des Strafrechts für Menschen ist international kein Blumentopf zu gewinnen.

Natürlich bedarf auch der Berücksichtigung, dass die ausländischen Verhandlungspartner nicht so blütenrein daherkommen wie sie gelegentlich vorgeben. Die Schweiz wäre freilich gut beraten, auf der Grundlage einer offenen Bestandesaufnahme eine nicht reaktive, sondern prospektive Strategie zu entwickeln. Dazu gehört gewiss die Einsicht, dass die Unterscheidung Steuerhinterziehung/Steuerbetrug dem Ausland weder zu vermitteln noch bei cross-border Sachverhalten praktikabel ist.⁷⁷

⁷⁷ Siehe auch KUNZ, Mythos, 7; LOCHER, Internationale Amtshilfe, 280 f.; vgl. auch COTTIER/MATTEOTTI, Steuerstreit Schweiz – EG, 256. Weitergehend TRECHSEL, Bankgeheimnis, 275 f.

Schaubild: Bankgeheimnis und Steuerdelinquenz



**III. CH – USA: Durchbrechung des
Bankgeheimnisses**

Bei «Betrugsdelikten und dergleichen» (Art. 26 DBA-US 1996).
Prinzipiell nicht bei blosser Steuerhinterziehung, aber Flexibilität
(siehe Vereinbarung vom 23. Januar 2003).

Bei Steuerhinterziehung, wobei Anwendungsbereich auf führende
Köpfe des organisierten Verbrechens beschränkt ist (Art. 2 Ziff. 2
lit. a i. V. m. Art. 6 Ziff. 2 RVUS).

Die Standards zur Aufhebung des Bankgeheimnisses

Susan Emmenegger und Andrea Zbinden, Bern

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	196
Materialien.....	200
Einleitung.....	201
I. Das Bankgeheimnis.....	202
1. Begriff.....	202
2. Rechtsgrundlagen.....	202
a) Vertragsrecht.....	202
b) Persönlichkeitsrecht (Art. 28 ZGB).....	203
c) Datenschutzgesetz	204
d) Strafrecht.....	204
e) Aufsichtsrecht als flankierende Massnahme.....	205
3. Verhältnis der Rechtsgrundlagen zueinander	206
a) Formelle Normrelation: Kumulative Geltung der Regelwerke... 206	
aa) Grundsatz.....	207
bb) Sonderfrage: Datenschutzgesetz.....	208
b) Materielle Normrelation: Inhaltlichen Wechselwirkung der Regelwerke.....	213
c) Fazit	214
II. Aufhebungsgründe und Aufhebungsstandards.....	214
1. Aufhebungsgründe: Einwilligung, Interessenvorrang, Gesetz	214
a) Rechtsgrundlagen.....	215
aa) Vertragsrecht.....	215
bb) Persönlichkeitsrecht (Art. 28 ZGB).....	215
cc) Datenschutzgesetz	216
dd) Strafrecht (Art. 47 BankG).....	216

ee) Aufsichtsrecht.....	216
b) Kumulative Geltung der Rechtsgrundlagen.....	217
2. Aufhebungsstandards: Inhaltlicher Gleichklang der verschiedenen Rechtsgrundlagen?	217
a) Umfassende Gestaltungswirkung des Persönlichkeitsrechts?	217
b) Notwendigkeit der Differenzierung.....	218
3. Rechtsfolgen der ungültigen Aufhebung: Eigenständigkeit der Rechtsgrundlagen.....	218
III. Der Aufhebungsgrund der Einwilligung.....	219
1. Grundlagen.....	220
a) Inhaltliche Kongruenz der privatrechtlichen Einwilligungstatbestände.....	220
b) Privatrechtliche und strafrechtliche Einwilligung: Kongruenzen und Divergenzen.....	221
aa) Koordinationsdogmatische Grundlagen.....	222
bb) Eckpunkte der beiden Einwilligungslehren.....	224
c) Sonderrolle des Aufsichtsrechts.....	229
2. Anwendung: Allgemeine Geschäftsbedingungen.....	230
a) Privatrecht.....	230
aa) Allgemeine Schranken.....	230
bb) AGB-spezifische Schranken.....	231
cc) Konvergenz der allgemeinen und der AGB-spezifischen Schranken.....	234
b) Strafrecht.....	234
aa) Allgemeine Schranken.....	235
bb) AGB-spezifische Schranken?	235
c) Fazit.....	236
aa) Konvergenz der Einwilligungsstandards.....	236
bb) Eigenständigkeit beim Rechtsfolgeneintritt	237
3. Anwendung: Outsourcing.....	238
a) Aufsichtsrecht.....	238
b) Privatrecht.....	239
aa) Einwilligung bei Vertragsschluss	239
bb) Einwilligung bei bestehender Kundenbeziehung.....	240
cc) Einwilligung pro futuro: Einseitiges Vertragsänderungsrecht der Bank.....	241
c) Strafrecht.....	243
aa) Einwilligung bei Vertragsschluss	244

bb)	Einwilligung bei bestehender Kundenbeziehung.....	244
cc)	Einwilligung pro futuro: Einseitiges Vertragsänderungsrecht der Bank.....	246
d)	Fazit	248
aa)	Teilweise Konvergenz der Einwilligungsstandards	248
bb)	Eigenständigkeit beim Rechtsfolgeneintritt	248
IV.	Der Aufhebungsgrund des Interessenvorrangs	248
1.	Grundlagen.....	249
a)	Inhaltliche Kongruenz der privatrechtlichen Vorrangstatbestände.....	249
aa)	Allgemeiner Grundsatz	249
bb)	Datenschutzrechtliche Konkretisierung	250
cc)	Auswirkungen auf den privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz	251
b)	Privatrechtlicher und strafrechtlicher Interessenvorrang: Konvergenzen und Divergenzen.....	253
aa)	Strafrechtlicher Interessenvorrang	253
bb)	Vergleich mit dem Privatrecht.....	257
2.	Anwendung: Datenweitergabe zwecks Inkasso	257
a)	Privatrecht.....	258
b)	Strafrecht.....	259
c)	Fazit	260
aa)	Divergenz der Aufhebungsstandards.....	260
bb)	Konvergenz im Ergebnis?.....	260
3.	Anwendung: Die Weitergabe von Kundendaten an eine Kreditauskunftei	262
a)	Privatrecht.....	263
b)	Strafrecht.....	264
c)	Fazit	265
aa)	Divergenz der Aufhebungsstandards.....	265
bb)	Konvergenz im Ergebnis?.....	266
4.	Anwendung: Die Weitergabe von Kundendaten auf Druck ausländischer Behörden	267
a)	Privatrecht.....	268
b)	Strafrecht.....	270
c)	Fazit	273
aa)	Divergenz der Aufhebungsstandards.....	273
bb)	Konvergenz im Ergebnis?.....	274

V.	Der Aufhebungsgrund des Gesetzes.....	275
1.	Grundlagen.....	275
2.	Anwendung: Weiterleitung an den Beauftragten der Bank.....	276
a)	Generelle Aufhebung der Geheimnispflicht gegenüber dem Beauftragten?	276
b)	Stellungnahme	277
3.	Anwendung: Datenweiterleitung zwecks Durchsetzung einer gerichtlichen Forderung.....	279
VI.	Zusammenfassung und Ausblick	280

Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 15. April 2009.

AEBI-MÜLLER REGINA, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland, Bern 2005.

ALTHAUS STÄMPFLI ANNETTE, Personendaten von Bankkunden, Bern 2004.

ARZT GUNTHER, Art. 34-35 DSG, Änderungen des StGB, in: Urs Maurer/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz, Basel/Frankfurt a. M. 1995.

– Willensmängel bei der Einwilligung, Frankfurt a. M. 1970.

AUBERT MAURICE ET AL., Le secret bancaire suisse. Droit privé, pénal, administratif, fiscal, procédure, entraide et conventions internationales, 3^e éd., Berne 1995.

BADDELEY MARGARETA, Le sportif, sujet ou objet? La protection de la personnalité du sportif, in: ZSR 115 II (1996), S. 135-252.

BEHNISCH URS R., Amtshilfe in Steuersachen an die USA: Zur Bedeutung der QI-Normen, in: Jusletter vom 26. Januar 2009.

BERGER BERNHARD, Outsourcing vs. Geheimnisschutz im Bankgeschäft, in: recht 2000, S. 182-197.

BRUCHNER HELMUT/KREPOLD HANS-MICHAEL, § 39, in: Herbert Schimansky/Hermann-Josef Bunte/Hans-Jürgen Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch Band 1, 3. Aufl., München 2007.

BRÜCKNER CHRISTIAN, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000.

BUCHER ANDREAS, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Aufl., Basel 2009.

BUCHER EUGEN, Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit (Diss. Zürich), Zürich 1956.

- CARRANZA CARLOS JAÏCO/MICOTTI SEBASTIEN, Arrêt du Tribunal fédéral du 8 juillet 2008 (Ière Cour de droit civil), 4A_2/2008, in: AJP 2009, S. 115-117.
- DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE, Strafrecht I. Verbrechenslehre, 8. Aufl., Zürich 2006.
- EMMENEGGER SUSAN, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe. Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmung zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht (Habil. Freiburg), Bern 2004.
- ENGISCH KARL, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl., Stuttgart 2005.
- FELLMANN WALTER, Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 394-406 OR, Band VI/2/4, Bern 1992.
- FRIEDRICH HANS-PETER, Art. 7 ZGB, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht. Art. 1-10 ZGB, Band I/1, Bern 1962.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bände, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008. Band I bearbeitet von Jörg Schmid, Band II bearbeitet von Susan Emmenegger.
- GRAVEN PHILIPPE/STRÄULI BERNHARD, L'infraction pénale punissable, 2. Aufl., Bern 1995.
- GRÜNHUT MAX, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, in: August Hegler et al. (Hrsg.), Beiträge zur Strafrechtswissenschaft: Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag. 16. August 1930, Band I, Tübingen 1930, S. 1-32.
- HAAS RAPHAËL, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB (Diss. Luzern), Zürich 2007.
- HAFTER ERNST, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1946.
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Bern 2008.
- HEINE GÜNTER, Die Verletzung des Bankgeheimnisses: neue Strafbarkeitsrisiken der Bank bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Cross-Border Banking, Bern 2009, S. 159 ff. (in diesem Band).
- HESS MARTIN, Die Haftung der Bank für Kundendatendiebstahl, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Bankhaftungsrecht. Schweizerische Bankrechtstagung 2006, Basel 2006, S. 55-91.
- HONEGGER PETER C./FRICK THOMAS A., Das Bankgeheimnis im Konzern und bei Übernahmen, in: SZW 1996, S. 1-10.
- HONEGGER PETER/KOLB ROBERT, Amts- und Rechtshilfe: 10 aktuelle Fragen, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Cross-Border Banking, Bern 2009, S. 1 ff. (in diesem Band).
- JENNY GUIDO, Art. 12, 13, 21-23 StGB, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht I. Art. 1-110 StGB/Jugendstrafgesetz, 2. Aufl., Basel 2007.
- KAUFMANN THOMAS, Der Einsatz eines Hypothekenportfolios einer Bank als Sicherheit bei der Refinanzierung, Zürich u. a. 2006.
- KILLIAS MARTIN/KUHN ANDRÉ/DONGOIS NATHALIE/AEBI MARCELO F., Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, Bern 2009.

- KLEINER BEAT, Datenschutz und Bankgeschäft, in: Ernst Brem et al. (Hrsg.), Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario Pedrazzini, Bern 1990, S. 397-410.
- KLEINER BEAT/SCHWOB RENATE/WINZELER CHRISTOPH, Art. 47 BankG, in: Daniel Bodmer/Beat Kleiner/Benno Lutz (Begründer), Dieter Zobl et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 17. Aufl., Zürich 2006.
- KOLLER MARTIN PH., Bankgeheimnis und Datenschutz im Bankkonzern, Bern 1997.
- KOLLER THOMAS, Einmal mehr: das Bundesgericht und die verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP 2008, S. 943-953.
- KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Bern/Wien/München 2005.
- Berner Kommentar zum Obligationenrecht. Art. 19-22 OR, Band VI/1/2/1a, Bern 1991.
 - Das Prinzip der objektiven Zurechnung im Delikts- und Vertragsrecht, in: AcP 171 (1991), S. 422-439.
- KUHLEN LOTHAR, Ausschluß der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, in: Guido Britz et al. (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 431-451.
- LOGOZ PAUL/SANDOZ YVES, Commentaire du Code Pénal Suisse. Partie générale (Art. 1 à 110), 2^e éd., Neuchâtel/Paris 1976.
- MARGIOTTA ADRIANO, Das Bankgeheimnis – Rechtliche Schranke eines bankkonzern-internen Informationsflusses?, Zürich 2002.
- MARTI ARNOLD, Vorbemerkungen zu Art. 5 und 6, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Band I: Einleitung - Personenrecht, 1. Teilband: Einleitung: Art. 1 - 7 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1998.
- MEILI ANDREAS, Art. 28-28f ZGB, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456 ZGB, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2006.
- MOOR PIERRE, Droit administratif. Volume I: Les fondements généraux, 2^e éd., Berne 1994.
- MÜLLER-ERZBACH RUDOLF, Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes. Zur Beleuchtung der Begriffsjurisprudenz, in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 61 (1913), S. 343-384.
- NIPPERDEY HANS CARL, Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, in: NJW 10 (1957), S. 1777-1782.
- NOLL PETER, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besonderen die Einwilligung des Verletzten, Basel 1955.
- OHLY ANSGAR, «Volenti non fit iniuria» – die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen 2002.
- PICHONNAZ, PASCAL, Vers un contrôle amélioré des conditions générales en droit suisse? Réflexions sur l'art. 20a CO de l'Avant-projet de la Loi sur le contrat d'assurances, in: Peter Gauch et al. (édit.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Zurich 2008, S. 377-396.

- REHBERG JÖRG/DONATSCH ANDREAS, Strafrecht I. Verbrechenslehre, 7. Aufl., Zürich 2001.
- RIEMER HANS MICHAEL, Personenrecht des ZGB: Studienbuch und Bundesgerichtspraxis, 2. Aufl., Bern 2002.
- RIKLIN FRANZ, Art. 34, 35 DSG, in: Urs Maurer-Lambrou/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2006.
- Zum Rechtfertigungsgrund der Wahrung (Wahrnehmung) berechtigter Interessen, in: Andreas Donatsch/Marc Forster/Christian Schwarzenegger (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrecht. Festschrift für Stefan Trechsel, Zürich 2002.
- ROBERTO VITO/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Offene und neue Fragestellungen im Bereich des Persönlichkeitsschutzes, in: Rainer Schweizer/Herbert Burkert/Urs Gasser (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey, Zürich 2002, S. 229-241.
- RÖHL KLAUS F./RÖHL HANS CHRISTIAN, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., Köln 2008.
- ROSENTHAL DAVID, Kommentierung diverser Bestimmungen, in: David Rosenthal/Yvonne Jöhri (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich/Basel/Genf 2008.
- SCHMID JÖRG, KMU und Datenschutz: Der heikle Umgang mit Personendaten, in: Daniel Girsberger/Jörg Schmid (Hrsg.), Rechtsfragen rund um die KMU, Referate einer Veranstaltungsreihe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern, Zürich 2003, S. 151-173.
- Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Zürich 2001.
 - Persönlichkeitsschutz bei der Bearbeitung von Personendaten durch Private, in: ZBJV 131 (1995), S. 809-831.
- SCHWANDER VITAL, Das schweizerische Strafgesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, 2. Aufl., Zürich 1964.
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/HUG MARKUS/JOSITSCH DANIEL, Strafrecht II - Strafen und Massnahmen, 8. Aufl., Zürich 2007.
- SEELMANN KURT, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Basel 2009.
- Art. 11, 14-18 StGB, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht I. Art. 1-110 StGB/Jugendstrafgesetz, 2. Aufl., Basel 2007.
- STEINAUER PAUL-HENRI, Die Verletzung durch private Datenbearbeitung und die allfällige Rechtfertigung einer Verletzung: Einzelheiten der gesetzlichen Regelung, in: Rainer Schweizer (Hrsg.), Das neue Datenschutzgesetz des Bundes, Referate der Tagung der Hochschule St. Gallen vom 15. Oktober und 13. November 1992, Zürich 1993, S. 43-53.
- STEINER CHRISTOPH, Die Abtretung von Forderungen geheimhaltungspflichtiger Gläubiger. Dargestellt am Anwalts- und Bankgeheimnis (Diss. Bern), Bern 2001.
- STRATENWERTH GÜNTER, Art. 46-51^{bis} BankG, in: Rolf Watter et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel 2005.
- Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 1: Die Straftat, 3. Aufl., Bern 2005.

- Der behördlich erzwungene Verzicht auf das Bankgeheimnis, in: Rudolf von Graffenried (Hrsg.), Beiträge zum Schweizerischen Bankenrecht, Bern 1987, S. 227-224.
- STRATENWERTH GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG, Schweizerisches Strafbuch. Handkommentar, Bern 2007.
- THALMANN CHRISTIAN, Datenschutz im Bankverkehr, in: Max Boemle et al. (Hrsg.), Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, 1. Aufl., Zürich 2002.
- TRECHSEL STEFAN/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL MARC, Art. 1, 10-33, 66-73, 102, 102a, 161-162, 322-322^{octies} StGB, in: Stefan Trechsel et al. (Hrsg.), Schweizerisches Strafbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008.
- TRECHSEL STEFAN/NOLL PETER, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I. Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 6. Aufl., Zürich 2004.
- WANK ROLF, Die juristische Begriffsbildung, München 1985.
- WEISSENBERGER PHILIPPE, Die Einwilligung des Verletzten bei den Delikten gegen Leib und Leben (Diss. Basel), Bern 1996.
- WIEGAND WOLFGANG, Von der Obligation zum Schuldverhältnis (Teil 1), recht 1997, S. 85-94.
- WIETHÖLTER RUDOLF, Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens: eine Studie zum zivilrechtlichen Unrecht, Karlsruhe 1960.
- ZIPPELIUS REINHOLD, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl., München 2006.
- ZITTELMANN ERNST, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, in: AcP 99 (1906), S. 1-130.
- ZOBL DIETER, Zur Verbriefung von Hypothekarforderungen, Ein Beitrag zu den Mortgage Backed Securities, in: Rainer Schweizer/Herbert Burkert/Urs Gasser (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey, Zürich 2002, S. 289-306.
- ZULAUF URS, Bankgeheimnis und historische Forschung, Rechtlicher Rahmen des Zugangs von Historikern zu Bankarchiven, in: ZSR 113 I (1994), S. 105-123.

Materialien

- Botschaft vom 28. April 1999 zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, BBl 1999, 6013-6077.
- Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999, 1979-2417.
- Botschaft vom 23. März 1988 zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG), BBl 1988 II, 413-515 (Erläuterungen) und 516- 534 (Gesetzesentwurf).
- Botschaft vom 13. Mai 1970 zur Revision des Bankengesetzes, BBl 1970 I, 1144-1188.
- Botschaft vom 2. Februar 1934 zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, BBl 1934 I, 171-189.

EBK-Bulletin, Band 21/1991, abrufbar unter: <<http://www.finma.ch/archiv/ebk/f/publik/bulletin/pdf/bull21.pdf>>.

EBK-Jahresbericht 1999, abrufbar unter: <<http://www.finma.ch/archiv/ebk/d/publik/bericht/pdf/jb99.pdf>>.

EBK-Rundschreiben, Nummer 99/2, abrufbar unter: <http://www.finma.ch/archiv/ebk/d/regulier/rundsch/pdf/rs_9902_d.pdf>.

FINMA-Rundschreiben, Nummer 08/7, abrufbar unter: <<http://www.finma.ch/d/regulierung/Documents/finma-rs-2008-07.pdf>>.

FINMA-Kurzbericht, Untersuchung der EBK des grenzüberschreitenden Geschäfts der UBS AG mit Privatkunden in den USA vom 18. Februar 2009, abrufbar unter: <<http://www.finma.ch/d/aktuell/Documents/kurzbericht-ubs-x-border-20090218-d.pdf>>.

Einleitung

Es gibt wenige Themen, die mit einer solchen Regelmässigkeit im Fokus des öffentlichen Interesses stehen, wie das Bankgeheimnis. Die Rückschau der letzten zehn Jahre ergibt eine stetige Abfolge von Kontroversen, Krisen und Kompromissen. Beispielfhaft seien genannt: Der Skandal um die nachrichtenlosen Vermögen und die damit verbundenen Vergleichszahlungen der Schweizer Banken, die Schweiz auf der Liste der Offshore-Finanzzentren der G-7, das Zinsbesteuerungsabkommen mit der EU, der zunehmende Druck der OECD, die Verstrickungen der UBS im US-amerikanischen Markt, einschliesslich der Herausgabe von rund 300 Kundennamen an das Department of Justice unter Umgehung der dafür vorgesehenen gerichtlichen Überprüfung. Das Bankgeheimnis wird als urschweizerische Errungenschaft verstanden und es wurde bis vor Kurzem regelmässig als unantastbar apostrophiert. Jenseits der tagespolitischen Debatten galt es allerdings nie absolut. Der vorliegende Beitrag will die rechtlichen Standards, die zur Aufhebung des Bankgeheimnisses führen, näher untersuchen.

I. Das Bankgeheimnis

1. Begriff

Die Schweizerische Gesetzgebung enthält keine Legaldefinition des Bankgeheimnisses. Gemeinhin versteht man darunter die strafbewehrte Verpflichtung einer vom Bankengesetz bezeichneten Person, Stillschweigen hinsichtlich aller privaten und vermögensrechtlichen Belange des Bankkunden und allfälliger Dritter zu wahren sowie die Geschäftsbeziehung mit dem Bankkunden als solche geheim zu halten, wenn diese Tatsachen der vom Bankengesetz bezeichneten Person in Ausübung ihres Berufes zur Kenntnis gelangt oder anvertraut worden sind.¹ Kurz: Es geht um die Geheimhaltungspflicht der im Bankengesetz genannten Personen im Hinblick auf Kenntnisse, die sich aus der geschäftlichen Beziehung der Bank zum Kunden ergeben.

2. Rechtsgrundlagen

Die Geheimhaltungspflicht der Bank wird in verschiedenen Regelwerken festgehalten. Sieht man von der verfassungsrechtlichen Rückkoppelung in Art. 13 BV (Schutz der Privatsphäre) ab,² so kann man im Hinblick auf die Rechtsgrundlagen folgende Bereiche unterscheiden:

a) Vertragsrecht

Noch vor wenigen Jahren konnte man lesen, dass die Banken in ihrer vertraglichen Beziehung zum Kunden das Bankgeheimnis nicht explizit erwähnen.³ Das hat sich geändert. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der

¹ KLEINER/SCHWOB/WINZELER, Kommentar BankG (2006), N 8 zu Art. 47 BankG; ALTHAUS STÄMPFLI, Personendaten, 27; MARGIOTTA, Bankgeheimnis, 59 f., 80 ff.; KOLLER, Bankgeheimnis und Datenschutz, 26 f.

² Die Bestimmung in Art. 13 Abs 2 BV ist im Hinblick auf ihren Konkretisierungsgrad nicht geeignet, im hier interessierenden Kontext einzelfallbezogene Lösungen vorzugeben. Unbestritten ist zudem, dass dem Bankgeheimnis selbst unter dem Dach von Art. 13 BV keine Vorrangfunktion zukommt, sondern dass Geheimnispreisgabe und Geheimniswahrung der Abwägung unterliegen, vgl. etwa BGE 124 I 176 E. 6b S. 183. Zur Bedeutung von Art. 13 Abs. 2 für das Bankgeheimnis vgl. KLEINER/SCHWOB/WINZELER, Kommentar BankG (2006), N 3 zu Art. 47 BankG.

³ Vgl. z. B. HESS, Haftung der Bank, 70; MARGIOTTA, Bankgeheimnis, 97.

Banken enthalten regelmässig einen Hinweis, wonach sich die Bank gegenüber ihrem Kunden verpflichtet, das Bankgeheimnis zu wahren, wobei sie diese Zusicherung auch immer mit den notwendigen Einschränkungen verbindet. Heute bildet also die Geheimhaltungspflicht der Bank regelmässig Gegenstand einer ausdrücklichen Vereinbarung.

Das ändert nichts daran, dass die Bank auch ohne explizite Erwähnung des Bankgeheimnisses zur Geheimhaltung verpflichtet wäre. Die Geheimhaltungspflicht ist eine Nebenpflicht der Bank.⁴ Diese Nebenpflicht stützt sich ihrerseits auf zwei Grundlagen: Die erste Grundlage ist die Treuepflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR.⁵ Sie verpflichtet die beauftragte Bank zur Verschwiegenheit.⁶ Die zweite Grundlage liegt in der allgemeinen vertraglichen Verhaltenspflicht zur Wahrung des Integritätsinteresses der Gegenpartei, wozu auch die Wahrung der Persönlichkeit im Sinne von Art. 28 ZGB gehört. Die Beziehung des Kunden zu seiner Bank, deren genaue Ausgestaltung sowie die in Frage stehenden Vermögenswerte gehören zur Geheimsphäre der Person.⁷ Das Bankgeheimnis fällt somit in den Schutzbereich von Art. 28 ZGB und ist als solches von den vertraglichen Nebenpflichten mit erfasst.⁸

b) Persönlichkeitsrecht (Art. 28 ZGB)

Der Persönlichkeitsschutz von Art. 28 ZGB gilt unabhängig von einer vertraglichen Bindung und bildet daher eine selbständige Gesetzesgrundlage für das Bankgeheimnis. Damit wird der Schutz einerseits erweitert und andererseits verstärkt. Erweitert wird er insofern, als auch Daten geschützt sind, von denen die Bank zufällig Kenntnis erlangt, etwa im Zusammenhang mit den Transaktionen ihrer eigenen Kunden. Verstärkt wird der Schutz,

⁴ Vgl. FELLMANN, Berner Kommentar, N 45 zu Art. 398 OR.

⁵ Vgl. AUBERT ET AL., *Secret bancaire*, 50 f.; BERGER, recht 2000, 184; KLEINER/SCHWOB/-WINZELER, Kommentar BankG (2006), N 4 zu Art. 47 BankG. Wer für die Schweiz die deutschrechtliche Figur des einheitlichen gesetzlichen Schutzverhältnisses bejaht, sieht in den auf die Wahrung des Integritätsinteresses gerichteten Nebenpflichten eine eigenständige Pflichtenkategorie, die unmittelbar auf Art. 2 ZGB gründet. Vgl. dazu etwa BERGER, recht 2000, 185. Zustimmung auch ALTHAUS STÄMPFLI, Personendaten, 27. Grundlegend zur Rechtsfigur des einheitlichen gesetzlichen Schutz- bzw. Schuldverhältnisses: WIEGAND, recht 1997, 85 ff.

⁶ FELLMANN, Berner Kommentar, N 43 zu Art. 398 OR.

⁷ BERGER, recht 2000, 184. Vgl. auch BGE 95 I 439 E. 2b S. 443.

⁸ Gegen die vertragsrechtliche Begründung (unnötig angesichts des persönlichkeitsrechtlichen Schutzes): BERGER, recht 2000, 184.

weil Art. 28 ZGB bereits im Vorfeld, während und schliesslich nach Beendigung der Kundenbeziehung Geltung beansprucht. Dies bedeutet auch die Unabhängigkeit von den Rechtsfiguren der *culpa in contrahendo*, der Anspruchskonkurrenz und der nachwirkenden Vertragspflichten, die allesamt auf Richterrecht beruhen und daher mit einem Unsicherheitsfaktor behaftet sind.

c) Datenschutzgesetz

Das Datenschutzgesetz enthält in Art. 12 bis 15 Regeln für die Bearbeitung von Personendaten durch private Personen. Der Begriff der Bearbeitung umfasst jeden Umgang mit Personendaten, einschliesslich deren Beschaffung, Aufbewahrung, Verwendung, Umarbeitung, Bekanntgabe, Archivierung oder Vernichtung (Art. 3 lit. e DSG). Banken sind Privatpersonen im Sinne des DSG und sie bearbeiten ihre Kundendaten im Sinne des Datenschutzgesetzes.⁹ Soweit das DSG Bestimmungen über die Bekanntgabe von Kundendaten an Dritte enthält, bildet es eine Rechtsgrundlage für den rechtlichen Umgang mit dem Bankgeheimnis.

Relevant für den Geheimnisschutz von bankrelevanten Kundendaten sind insbesondere diejenigen Bestimmungen des DSG, die spezifisch die *Bekanntgabe* von Personendaten regeln oder eine solche voraussetzen.¹⁰ Im Vordergrund stehen Art. 6, 10a, 12 und 13 DSG. Die Bestimmung in Art. 6 DSG regelt die grenzüberschreitende Bekanntgabe von Personendaten. Art. 10a DSG bestimmt die Voraussetzungen für die Übertragung der Bearbeitung von Personendaten an Dritte. Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG präzisiert, dass insbesondere die Bekanntgabe von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen an Dritte widerrechtlich ist, sofern kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Art. 13 Abs. 2 lit. c DSG hält schliesslich die Grundsätze für die Bekanntgabe von Personendaten zur Überprüfung der Kreditbonität fest.

d) Strafrecht

Art. 47 BankG versieht das Bankgeheimnis mit einem zusätzlichen strafrechtlichen Schutz. Erlangt eine in bankrelevanter Funktion tätige Person

⁹ So auch ALTHAUS STÄMPFLI, Personendaten, 32.

¹⁰ Die anderen Bestimmungen des DSG sind für die Banken relevant, weil sie die Bearbeitung im engeren Sinn betreffen. Dazu ausführlich ALTHAUS STÄMPFLI, Personendaten, 70 ff.

gestützt auf diese Funktion Kenntnis von einem Geheimnis, und offenbart sie dieses Geheimnis einem Dritten, so macht sie sich grundsätzlich strafbar. Mit der Einführung des FINMAG wurde insbesondere das Strafmass in Art. 47 BankG verschärft. Neu werden die vorsätzliche Bankgeheimnisverletzung und die Verleitung dazu¹¹ mit drei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe¹² geahndet, die fahrlässige Bankgeheimnisverletzung mit einer Busse bis zu 250'000 Franken.¹³ Im übrigen gelten die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches (Art. 47 Abs. 6 BankG).

e) Aufsichtsrecht als flankierende Massnahme

Auch das Aufsichtsrecht schliesst das Bankgeheimnis in seinen Regelungsbereich ein. Es tut dies einerseits in allgemeiner Form, indem das Bankengesetz von der Bank eine angemessene Organisation (Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG) und von ihren Leitungsorganen die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung verlangt (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG). Das organisatorische oder gewährsmässige Risiko einer Bankgeheimnisverletzung oder gar die Verwirklichung dieses Risikos fallen in den Kompetenzbereich der FINMA (Art. 31 FINMAG). Die verbindliche Entscheidung über die Erfüllung des Tatbestandes von Art. 47 BankG und deren Folgen im Einzelfall verbleibt hingegen in der Kompetenz des Strafrichters.¹⁴ Insofern bietet das Aufsichtsrecht mit seinen Normen «flankierende Massnahmen» zum verstärkten Schutz des Bankgeheimnisses. Es enthält aber – obwohl der einschlägige Straftatbestand formell im Bankengesetz verankert ist – keine unmittelbare Rechtsgrundlage für den Geheimnisschutz an sich.

¹¹ Der Inhalt des Begriffs der «Verleitung» ist umstritten. Überwiegend wird darunter die Anstiftung zur Verletzung des Bankgeheimnisses verstanden, vgl. etwa MARGIOTTA, Bankgeheimnis, 79; KLEINER/SCHWOB/WINZELER, Kommentar BankG (2006), N 2 zu Art. 47 BankG. Nach einer anderen Meinung ist «Verleiten» weiter zu fassen und bedeutet «jede Einwirkung auf den Geheimnisträger, durch die er veranlasst werden soll, den Tatbestand der Verletzung des Bankgeheimnisses objektiv zu erfüllen.» So die Auffassung von STRATENWERTH, Basler Kommentar, N 17 zu Art. 47 BankG.

¹² Maximale Strafe: 1,080 Mio. Franken.

¹³ Fassung gemäss Anhang Ziff. 15 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007, in Kraft seit 1. Januar 2009 (SR 956.1). Vorheriges Strafmass: vorsätzliche Bankgeheimnisverletzung und versuchte Anstiftung dazu: Gefängnis bis zu sechs Monaten oder Busse bis zu 50'000 Franken; fahrlässige Bankgeheimnisverletzung: Busse bis zu 30'000 Franken. Der Bank selbst droht unter dem Regime von Art. 102 Abs. 1 StGB eine Verbandsgeldbusse von bis zu 5 Mio. Franken.

¹⁴ Vgl. auch Art. 38 Abs. 3 FINMAG, wonach die FINMA bei Widerhandlung gegen die Finanzmarktgesetze die zuständige Strafverfolgungsbehörden informiert.

Andererseits hat die FINMA mit dem Outsourcing-Rundschreiben die Datenweitergabe in einem spezifischen Bereich geregelt. Lagert eine Bank einen Geschäftsbereich aus und führt dies zu einem Transfer von Kundendaten an den externen Dienstleister, so hat sie vorbehaltlich einer Sondergenehmigung die einschlägigen Grundsätze des Outsourcing-Rundschreibens zu beachten.¹⁵ Diese Grundsätze verlangen unter anderem die Einhaltung des Bankgeheimnisses und konkretisieren die aufsichtsrechtliche Auffassung darüber, wann der Geheimnisschutz eingehalten wird. Die bankengesetzliche Grundlage für diese Konkretisierung ist Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG (angemessene Organisation). Auch hier zeigt sich: Gestützt auf Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG kann die Aufsichtsbehörde ihre Sicht auf das Bankgeheimnis kundtun und diese Sichtweise mit der Kraft aufsichtsrechtlicher Normen untermauern. Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG bietet aber selbst keine eigenständige Rechtsgrundlage für den Geheimnisschutz.

3. Verhältnis der Rechtsgrundlagen zueinander

Angesichts der verschiedenen Rechtsgrundlagen stellt sich unweigerlich die Frage nach deren Verhältnis zueinander. Konkret: Woran muss sich die Bank halten? Idealerweise sollte der Gesetzgeber planmässig die Beziehung zwischen allen von ihm gesetzten Rechtsnormen bestimmen. Dass ihn diese Aufgabe überfordert, ist eine Trivialität. Für die Verhältnisbestimmung ist daher auf die Grundsätze der Koordinationsdogmatik zurückzugreifen. Diese unterscheidet zwischen der Frage nach der einschlägigen Rechtsgrundlage (formelle Normrelation) und der Frage nach der inhaltlichen Wechselwirkung von Normen (materielle Normrelation).

a) Formelle Normrelation: Kumulative Geltung der Regelwerke

Im Rahmen der formellen Normrelation ist zu fragen, ob die erwähnten Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses trotz des Vorhandenseins konkurrierender Normen einen Geltungsanspruch erheben können – wobei vorab zu präzisieren ist, dass die Normenkonkurrenz keine umfassende ist, weil nicht alle Regelwerke den gesamten Geheimnisschutz abdecken.¹⁶

¹⁵ FINMA-RS 08/7 (Outsourcing Banken).

¹⁶ Das Vertragsrecht beschränkt sich auf diejenigen Konstellationen, in denen zwischen Kunde und Bank eine vertragliche Bindung besteht. Das Outsourcing-Rundschreiben der FINMA regelt nur die Weitergabe von Kundendaten im Kontext der Auslagerung von Bankdienstleistungen an externe Dritte.

aa) Grundsatz

Für den Konkurrenzbereich selbst ergibt sich aus der Teleologie der Regelwerke und deren Normen ein starkes Indiz für deren kumulative Geltung. Der Geltungsanspruch gehört zur inhärenten Zielsetzung einer jeden Norm, ist doch grundsätzlich davon auszugehen, dass der Gesetzgeber keine Normen erlässt, deren Geltung er von vornherein ausschliesst. Kurz: Es gilt die Vermutung des gesetzlichen Normativanspruchs.

Diese Vermutung wird mit Blick auf die Zielsetzung der verschiedenen Regelwerke zusätzlich verstärkt. Zwar gibt es zwischen den Zielsetzungen durchaus Verbindungslinien; trotzdem bleiben auch teilrechtseigene Zielsetzungen erhalten. So geht es beim vertraglichen Geheimnisschutz um die Wahrung der diesbezüglichen privatautonomen Vereinbarung der Parteien, auch wenn über die Rechtsfigur der Nebenpflichten der Persönlichkeitschutz (Art. 28 ZGB) und dessen Ziel, jeden Menschen in seiner Individualität zu schützen, zusätzlich in das vertragliche Schutzinstrumentarium eingebunden wird. Auch das Strafrecht will mit Art. 47 BankG die Persönlichkeit des Bankkunden schützen. Nichtsdestotrotz bleibt das Strafrecht täterbezogen und zielt namentlich auf die Individual- und Allgemeinprävention.¹⁷ Zudem – und atypisch für das Strafrecht – dient Art. 47 BankG auch dem Funktionsschutz in Gestalt eines öffentlichen Interesses an einem attraktiven Finanzplatz Schweiz.¹⁸ Die Bestimmung dient demgemäss auch

¹⁷ Vgl. etwa SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, Strafrecht II, 18 f.; TRECHSEL/NOLL, Strafrecht AT, 22. Zu den Unterschieden auch AEBI-MÜLLER, System des Persönlichkeitschutzes, N 515.

¹⁸ So bereits die Materialien zum BankG, vgl. Botschaft zum BankG, BBl 1934 I 180, wonach man die Bankkundschaft über das Weiterbestehen des Bankgeheimnisses beruhigen müsse, weil man sonst mit einer Kapitalflucht rechnen müsse, «ein Schaden, vor dem wir unser Land bewahren müssen.» Vgl. auch BGE 115 Ib 68 E. 4b S. 83 («Zu diesen wesentlichen Interessen der Schweiz kann der Schutz des Bankgeheimnisses nur unter bestimmten Voraussetzungen zählen. Es muss sich bei der von einem um Rechtshilfe ersuchenden Staat verlangten Auskunft um eine solche handeln, deren Preisgabe das Bankgeheimnis geradezu aushöhlen oder die der ganzen schweizerischen Wirtschaft Schaden zufügen würde.»). Dem folgend BGE 123 II 153 E. 7b S. 160; BGer 1A.234/2005 vom 31. Januar 2006, E. 4. Vgl. zudem die Äusserungen des Bundesgerichts in BGE 111 IV 74 E. 4c S. 80, die im Zusammenhang mit Art. 273 StG ergingen, für das Bankgeheimnis aber gleichermassen Geltung haben: «Les relations entre les banques et leurs clients dépendent dans une large mesure de la confiance de ces derniers dans la discrétion dont la banque fera preuve à l'égard des faits touchant à la sphère privée du client. Si disparaît la garantie que de tels faits, révélés ou appris, res-

der Funktionsfähigkeit des Finanzplatzes. Damit wird eine Überschneidung mit der Zielsetzung des Bankaufsichtsrechts geschaffen, das allerdings neben dem Funktionsschutz auch den Individualschutz der Gläubiger gewährleisten soll. Kurz: Die verschiedenen Rechtsgrundlagen dienen verschiedenen Zielen.¹⁹ Die Zurückstellung einer Rechtsgrundlage zugunsten einer oder mehreren anderen würde einen Zielverzicht bedeuten, von dem ohne gegenteilige Indizien nicht auszugehen ist.

Dasselbe gilt auch für die unterschiedlichen Mittel, mit denen die einzelnen Ziele sichergestellt werden sollen. Das Vertragsrecht bietet schadenersatzbewehrte Ansprüche, das Persönlichkeitsrecht ergänzt diese durch die Beseitigungs- und Feststellungs-, Gewinnherausgabe- und Genugtuungsansprüche sowie den Anspruch auf Urteilsveröffentlichung, das Strafrecht stellt das pönale Sanktionsinstrumentarium zur Verfügung, und das Aufsichtsrecht bietet den Eingriff durch die zuständige Behörde. Die Zurückstellung einer Rechtsgrundlage zugunsten der anderen würde also gleichzeitig den Verzicht auf ein umfassendes Schutzinstrumentarium bedeuten. Wiederum ist aber von einem solchen Verzicht ohne gegenteilige Indizien nicht auszugehen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die bankgeheimnisrelevanten Normen des Vertragsrechts, des Persönlichkeitsschutzes, des Strafrechts und des Aufsichtsrechts als Rechtsgrundlagen nebeneinander Geltung haben.

bb) Sonderfrage: Datenschutzgesetz

Der gesonderten Untersuchung bedarf das Datenschutzgesetz, denn dieses ordnet sich im Gegensatz zu den anderen Rechtsgrundlagen nicht in die gängige Systematik der Teilrechtsordnungen ein. Vielmehr folgt es einer neueren Tendenz, die vor allem auf europarechtlicher Ebene Programm ist: Die objektorientierte Gesetzgebung in Form von Einheitsgesetzen.²⁰ Regelt wird eine Sachmaterie – die Bearbeitung von Personendaten – unter Einschluss der öffentlichrechtlichen, strafrechtlichen und privatrechtlichen Aspekte. Da das Datenschutzgesetz auch Regelungen über die Weitergabe von Personendaten enthält, stellt sich jeweils die Frage nach deren Verhältnis zu

teront secrets, disparaît du même coup la confiance à cet égard du client envers la banque, et s'effondre ainsi l'une des conditions essentielles d'une activité bancaire viable.»

¹⁹ Weitere Ausführungen zu den Unterschieden zwischen Strafrecht und Privatrecht unten auf S. 222 (Koordinationsdogmatische Grundlagen, a.E.).

²⁰ Zu den Einheitsgesetzen MARTI, Zürcher Kommentar, N 70 ff. Vorb. Art. 5, 6 ZGB; MOOR, Droit administratif I, 134.

den anderen Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses. Der Koordinationsbedarf besteht insbesondere bezüglich des Persönlichkeitsschutzes (Art. 28 ZGB) und in geringerem Masse mit Blick auf den Strafrechtsschutz in Art. 47 BankG sowie dem genuinen Bankaufsichtsrecht. Zu beachten ist hier wiederum, dass generelle Aussagen über die Normrelation immer auch anhand des Einzelfalles und der konkret betroffenen Bestimmungen überprüft werden müssen.

(1) *Verhältnis zum Persönlichkeitsrecht (Art. 28 ZGB)*

Dass zwischen dem Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 28 ZGB und dem Datenschutzgesetz ein Überschneidungsbereich (eine Normenkonkurrenz) besteht, ist unstrittig. Fraglich ist lediglich, welche Konkurrenzfolge daraus resultiert. Gelten auch hier die Bestimmungen der beiden Teilrechtsordnungen kumulativ, oder verdrängen die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes die allgemeine Schutznorm in Art. 28 ZGB (Derogation)?

Das Bundesgericht geht offenbar vom Grundsatz der kumulativen Geltung der beiden Regelwerke aus; jedenfalls prüft es im Einzelfall sowohl Art. 28 ZGB als auch die einschlägigen Bestimmungen des DSG.²¹ Dem folgt auch die überwiegende Lehre.²² Für das selbstständige Nebeneinander von Art. 28 ZGB und den jeweiligen Bestimmungen des DSG sprechen auch die Materialien; die Botschaft zum DSG hält fest, dass der privatrechtliche Teil des Gesetzes «eine Ergänzung und Konkretisierung» des Persönlichkeitsschutzes des Zivilgesetzes darstelle.²³ Daraus ist auf eine inhaltliche Beeinflussung von Art. 28 ZGB durch das DSG zu schliessen, die allerdings nur dann sinnvoll ist, wenn Art. 28 ZGB neben dem DSG noch Bestand hat. Keinen schlüssigen Hinweis auf die Normrelation liefert die grammatikalische Auslegung. Zwar nimmt das DSG wiederholt auf den privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz in Art. 28 ZGB Bezug; in Art. 13 Abs. 1 wiederholt es gar wörtlich die Rechtfertigungsgründe von Art. 28 Abs. 2 ZGB. Daraus lässt sich aber höchstens der (unbestrittene) Geltungsanspruch des DSG ableiten, nicht aber, dass das DSG gleichzeitig den Geltungsanspruch von Art. 28 ZGB verneint. Gänzlich unergiebig ist zudem hier die Systematik. Was

²¹ BGE 127 II 481 E. 1 ff. S. 483 ff.

²² Vgl. etwa AEBI-MÜLLER, System des Persönlichkeitsschutzes, N 545; ROSENTHAL, Kommentar DSG, N 2 zu Art. 2 DSG, N 101 zu Art. 10a DSG; SCHMID, ZBJV 131 (1995), 817; in der Tendenz auch STEINAUER, Die Verletzung durch private Datenbearbeitung, 43 f., 53; A.A. BUCHER, Natürliche Personen, N 464 (DSG tritt [weitgehend] an die Stelle von Art. 28 ZGB).

²³ Botschaft zum DSG, BBl 1988 II 434, 458.

schliesslich die Teleologie angeht, so wäre angesichts der parallelen Zielsetzung der beiden Regelwerke (Schutz der Autonomie und Entscheidungsfreiheit der betroffenen Personen)²⁴ der Vorrang des DSG nicht mit einem Zielverzicht verbunden: Die Zielsetzung von Art. 28 ZGB im Bereich der informationellen Selbstbestimmung bliebe auch gewahrt, wenn das DSG an die Stelle von Art. 28 ZGB treten würde. Gegen die derogative und für die kumulative Geltung spricht aber andererseits der Normativanspruch als inhärente Zielsetzung eines jeden Gesetzes.

Insgesamt ist also davon auszugehen, dass Art. 28 ZGB und die einschlägigen privatrechtlichen Bestimmungen des DSG als selbständige Normen(gruppen) nebeneinander bestehen.

(2) *Verhältnis zum Strafrecht (Art. 47 BankG)*

Zu überprüfen ist auch das Verhältnis des Datenschutzgesetzes zum bankengesetzlichen Geheimnisschutz. Die Verhältnisfrage betrifft einerseits die Strafbestimmungen des DSG, andererseits aber auch alle Normen, welche die Weiterleitung von Kundendaten betreffen.

Hinsichtlich der Strafbestimmungen des Datenschutzgesetzes steht das Verhältnis von Art. 47 BankG zu Art. 35 DSG im Vordergrund. Strafbar gemäss Art. 35 Abs. 1 DSG ist namentlich die vorsätzliche Bekanntgabe von geheimen, besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen, die bei der Ausübung des Berufes erlangt wurden. Erforderlich ist zudem, dass die Ausübung des Berufes die Kenntnis solcher Daten erfordert. Art. 35 Abs. 1 DSG ist ein Antragsdelikt, die Strafe ist eine Busse. Die Absätze 2 und 3 von Art. 35 DSG dehnen die Strafbarkeit auf weitere Personen – etwa auf Auszubildende – aus. Insgesamt ist der Anwendungsbereich von Art. 35 DSG enger als derjenige von Art. 47 BankG, denn die für das Bankgeheimnis zentralen wirtschaftlichen Daten gehören gerade nicht zu den besonders schützenswerten Daten nach DSG.²⁵ Damit entfällt regelmässig bereits der Normenkonflikt und damit die Frage nach dem Verhältnis zwischen den beiden Strafnormen. Für diejenigen (Rest-)Fälle, in denen eine Normenkonkurrenz besteht, ist davon auszugehen, dass das Bankgeheimnis den Tatbestand in Art. 35 DSG konsumiert.²⁶

²⁴ Botschaft zum DSG, BBl 1988 II 458.

²⁵ Vgl. Art. 3 lit. c DSG.

²⁶ Vgl. ARZT, Basler Kommentar, N 63 zu Art. 35 DSG; RIKLIN, Basler Kommentar, N 55 zu Art. 35 DSG. Beide Autoren beziehen sich auf das Verhältnis von Art. 35 DSG zu Art. 320, 321 StGB. Die Begründung gilt aber auch für Art. 47 BankG. Ähnlich ALT-

Was den übrigen Überschneidungsbereich zwischen den Normen des DSG und Art. 47 BankG betrifft, so ist im Regelfall von einer kumulativen Geltung der beiden Teilrechtsordnungen auszugehen. Dass Art. 47 BankG die Datenweitergabe teilweise an strengere Voraussetzungen knüpft,²⁷ hat diesbezüglich keinen Einfluss. Solange es für die Rechtsunterworfenen möglich ist, beide Teilrechtsordnungen einzuhalten, liegt kein (Rechtsfolgen-) Widerspruch vor, der als Lösung zwingend nach einer Vorrangregelung (Derogation) oder nach einer Neutralisierung (gegenseitige Aufhebung) rufen würde. Soweit die anderen Auslegungselemente – also die grammatikalische, systematische und historische Auslegung – keine Vorrangregelung nahe legen, ist auf die Teleologie abzustellen. Diese spricht grundsätzlich für die kumulative Geltung der Normen beider Regelwerke: Der Geltungsanspruch gehört zur inhärenten Zielsetzung einer jeden Norm, weil davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber keine Normen erlässt, deren Geltung er von vornherein ausschliessen will.

Eine Sonderfrage stellt sich im Zusammenhang mit Art. 10a DSG. Diese Bestimmung erlaubt die Übertragung von Personendaten zwecks Bearbeitung an Dritte (Outsourcing) unter bestimmten Voraussetzungen. Sie knüpft aber die Erlaubnis an den Vorbehalt, dass keine vertraglichen oder gesetzlichen Geheimhaltungspflichten die Übertragung verbieten. Art. 10a DSG enthält mit anderen Worten eine (seltene) gesetzliche Koordinationsnorm, mit welcher der eigene Regulierungsanspruch sowohl zugunsten einer allfälligen privatautonomen Regelung als auch zugunsten anderer Teilrechtsordnungen mit Geheimnisnormen explizit zurückgenommen wird.²⁸ Konkret: Da Art. 47 BankG für seinen Anwendungsbereich die Weitergabe von

HAUS STÄMPFLI, Personendaten, 35; KLEINER/SCHWOB/WINZELER, Kommentar BankG (2006), N 409 zu Art. 47 BankG; ROSENTHAL, Kommentar DSG, N 17 zu Art. 35 DSG. Diese Lehrmeinungen gehen von der Spezialität des Bankgeheimnisses aus. Im Ergebnis ändert sich nicht viel: Art. 35 DSG bleibt im Konkurrenzverhältnis ohne eigenes Gewicht: Er geht in anderen Normen (Konsumtion) auf oder wird von ihnen verdrängt (Spezialität).

²⁷ Das Bankgeheimnis verbietet die Weitergabe von Kundendaten auch ausserhalb des Bereichs der besonders schützenswerten Personendaten (zu denen die finanziellen Belange eben gerade nicht gehören). Auch trifft es im Vergleich zu Art. 1 Abs. 7 VDSG eine strengere Regelung, vgl. dazu auch KLEINER/SCHWOB/WINZELER, Kommentar BankG (2006), N 407 zu Art. 47 BankG.

²⁸ A.A. ROSENTHAL, Kommentar DSG, N 101 zu Art. 10a DSG: Die Bestimmung präzisiere nur, was insgesamt gelte: die kumulative Geltung des DSG neben anderen Vorschriften.

Kundendaten verbietet, findet Art. 10a DSG und der darin enthaltene Erlaubnistatbestand keine Anwendung.

(3) *Verhältnis zum Aufsichtsrecht*

Schliesslich stellt sich punktuell auch die Frage des Verhältnisses zwischen dem Datenschutzgesetz und dem Bankaufsichtsrecht. Allerdings stellt sich die Verhältnisfrage nicht auf der unmittelbaren gesetzlichen Ebene, sondern mit Blick auf eine Verwaltungsverordnung der FINMA. Diese nimmt nämlich im Zusammenhang mit ihrem Outsourcing-Rundschreiben²⁹ explizit Bezug auf das Datenschutzgesetz: Im Zweckartikel wird festgehalten, dass nach Auffassung der Aufsichtsbehörde bei Einhaltung der festgelegten Grundsätze die Outsourcing-Lösungen den Erfordernissen einer angemessenen Organisation, des Bankgeheimnisses und des *Datenschutzes* entsprechen. Im Outsourcing-Rundschreiben finden sich die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes zudem nicht nur als Regulierungsgrundlage³⁰ und als Voraussetzung für ein bewilligungsfreies Outsourcing, sondern sie bilden darüber hinaus Gegenstand einzelner Outsourcing-Grundsätze. So übernimmt das Rundschreiben beispielsweise im Zusammenhang mit den Sicherheitsanforderungen (Grundsatz 4) die Bestimmung von Art. 7 DSG, einschliesslich dessen Ausführungsbestimmungen. Die Parallelität der Normgebung wird durch den ausdrücklichen Verweis auf die entsprechenden Bestimmungen des Datenschutzgesetzes zusätzlich unterstrichen.³¹ Daneben trägt auch die Vorschrift der Kundenorientierung (Grundsatz 6) zur Verwirklichung datenschutzrechtlicher Ziele bei, indem im Falle der Übermittlung von Kundendaten an einen externen Dienstleister die Kunden in allgemeiner Form (bei Inlandübermittlung) oder detailliert (bei Auslandübermittlung) in Kenntnis zu setzen sind.

Am Grundsatz der kumulativen Geltung beider Teilrechtsordnungen (Bankaufsichtsrecht, Datenschutzgesetz) ändert das Outsourcing-Rundschreiben nichts. Die Aufsichtsbehörde reguliert die Datenweitergabe von Banken gestützt auf das Erfordernis der angemessenen Organisation (Art. 3 Abs. 2 BankG) und mit Blick auf die bankengesetzliche Zielsetzung, namentlich den Gläubigerschutz und den Funktionsschutz.³² Wenn sie in ihrer Pra-

²⁹ FINMA-RS 08/7 (Outsourcing Banken).

³⁰ Als rechtliche Grundlagen für das Rundschreiben werden unter anderem die Art. 6-7, 12-14 DSG und Art. 8 ff. VDSG angegeben, vgl. FINMA-RS 08/7 Ingress.

³¹ Vgl. FINMA-RS 08/7 Rz. 33.

³² Zur Funktionsschutzrelevanz des Bankgeheimnisses vgl. vorne Fn. 18.

xis dafür die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes heranzieht, so trägt sie dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung Rechnung. Sie behält aber gestützt auf das Bankengesetz die Definitionshoheit darüber, welche Standards im Hinblick auf die bankengesetzlichen Normen und Ziele einen angemessenen Schutz von Kundendaten darstellen.

Umgekehrt führt eine Regelung der Aufsichtsbehörde nicht zur Geltungsreduktion des DSG. Eine vom DSG abweichende aufsichtsrechtliche Norm oder Praxis ist nur für den aufsichtsrechtlichen Rahmen von Bedeutung und führt nicht zu einer Verdrängung der Normen des Datenschutzgesetzes als verbindliches Regelwerk für die Banken.

b) Materielle Normrelation: Inhaltlichen Wechselwirkung der Regelwerke

Bei der formellen Normrelation ging es nur darum, ob die verschiedenen Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses angesichts der vielfältigen Parallelnormierungen überhaupt ihren Geltungsanspruch bewahren – also um eine Alles-oder-nichts-Entscheidung über ihre Anwendbarkeit. Diesbezüglich lautete das Fazit für die Verhältnisbestimmung: Kumulative Geltung, mit wenigen Ausnahmen.

Die grundsätzlich kumulative Geltung der verschiedenen Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses sagt allerdings noch nichts über die Möglichkeiten und Grenzen der wechselseitigen Einflussnahme auf der inhaltlichen Ebene. Dies ist die Frage der materiellen Normrelation. Sie ist für jeden Einzelfall einer Normenkonkurrenz zu prüfen.

Dass im Zusammenhang mit dem Bankgeheimnis ausgeprägte inhaltliche Verknüpfungen bestehen, ist offensichtlich. Wenn Art. 47 BankG als Strafrechtsnorm seine Wurzel im Privatrecht hat, so bleibt dies nicht ohne Auswirkungen auf seine inhaltliche Ausgestaltung – wobei deren Art und Umfang noch zu bestimmen ist. Wenn Art. 28 ZGB auch als vertragliche Nebenpflicht fungiert, so wird die vertragliche Haftung selbstredend vom privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz beeinflusst. Und wenn das Datenschutzgesetz in Art. 12 Abs. 1 klarstellt, dass die Bearbeitung von Personendaten die Persönlichkeit nicht verletzen darf, so schafft die Norm damit im Ausgangspunkt eine inhaltliche Wertungsparallelität mit Art. 28 ZGB.

Im vorliegenden Kontext interessieren diese Wechselbezüge insbesondere im Hinblick auf die Frage, ob und inwieweit inhaltlich ein Gleichklang zwischen den verschiedenen Rechtsgrundlagen besteht, wenn es um die

Aufhebung des Bankgeheimnisses geht. Diese Frage wird im Zusammenhang mit den einzelnen Aufhebungsgründen vertieft zu behandeln sein.

c) Fazit

Im Ausgangspunkt stand die Frage, woran sich die Bank angesichts der multiplen Rechtsgrundlagen für das Bankgeheimnis halten muss. Als Grundsatz kann festgehalten werden: Die erwähnten Regelbereiche stehen als gleichwertige Ordnungen nebeneinander und sie verlangen allesamt die Anwendung ihrer Normen. Die Bank muss also alle einschlägigen Vorschriften beachten. An das Vertragsrecht ist sie gebunden, weil sie Vertragspartei ist. Das Persönlichkeitsrecht gilt für sie in ihrer Rolle als Privatrechtssubjekt. Das Datenschutzgesetz findet Anwendung, weil die Bank private Datenbearbeiterin im Sinne des Datenschutzgesetzes ist. Vom Strafrecht wird sie kraft Art. 47 BankG erfasst. In den aufsichtsrechtlichen Bereich fällt sie, weil sie Bewilligungsträgerin nach Bankengesetz ist. Ausnahmen bestehen in wenigen Einzelfällen im Zusammenhang mit Bestimmungen des Datenschutzgesetzes, die gegenüber Art. 47 BankG zurückweichen.

Von der Frage des formellen Geltungsanspruchs zu trennen ist die Frage nach der inhaltlichen Wechselwirkung der verschiedenen Rechtsgrundlagen. Hier ergibt sich aufgrund der geschichtlichen Entwicklung, der Sachnähe, der teilweise ausdrücklichen Bezugnahme und dem allgemeinen Kohärenzziel der Rechtsordnung eine starke inhaltliche Verknüpfung.

II. Aufhebungsgründe und Aufhebungsstandards

Das Bankgeheimnis gilt nicht absolut, sondern es kann unter bestimmten Voraussetzungen aufgehoben werden. Aufhebung wird hier verstanden als Rechtfertigung für die Offenbarung von Daten, die an sich unter das Bankgeheimnis fallen, weshalb ihre Offenbarung ohne den Rechtfertigungsgrund den Tatbestand der Geheimnisverletzung erfüllen würde.

1. Aufhebungsgründe: Einwilligung, Interessenvorrang, Gesetz

Aus der Existenz multipler Rechtsgrundlagen für den bankrelevanten Geheimnisschutz folgt unter anderem, dass auch die Aufhebungsgründe in verschiedenen Regelwerken verankert sind. Die Aufhebungsgründe mögen teilweise unterschiedlich formuliert und ausgestaltet sein. Im Kern kann

man sie aber mit den Stichworten: «Einwilligung, Interessenvorrang und Gesetz» umschreiben.

a) Rechtsgrundlagen

aa) Vertragsrecht

Da aus Sicht des Vertragsrechts die Geheimnispflicht der Bank auf dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Konsens der Parteien beruht, kann diese Pflicht ohne weiteres durch gegenseitige Übereinkunft modifiziert oder gänzlich aufgehoben werden. Die Einwilligung gehört mithin zu den klassischen Aufhebungsgründen des vertraglichen Bankgeheimnisschutzes.

Auch der Interessenvorrang bildet im Vertragsrecht einen Aufhebungsgrund. Die Grundlage für die Interessenabwägung liegt im Grundsatz von Treu und Glauben. Aus diesem Grundsatz leitet sich letztlich die Geheimhaltungspflicht ab, und dieser Grundsatz bildet auch die Schranke für den Interessenschutz des Auftraggebers: «Der Auftraggeber hat seine Interessen deshalb zurückzustellen, wenn die Interessen des Beauftragten deutlich prävalieren und die Berufung auf die Geheimhaltungspflicht somit Treu und Glauben widersprechen würde.»³³

Schliesslich besteht auch im Vertragsrecht die Geheimnispflicht der Bank nur «innerhalb der Schranken des Gesetzes.» Soweit die Bank gesetzlich³⁴ zur Offenlegung von Bankkundendaten gegenüber Behörden verpflichtet ist, kann sie sich vertraglich nicht gültig zu deren Geheimhaltung verpflichten. Diese Schranke ist gestützt auf das Vertrauensprinzip bei der Auslegung des Vertrages zu beachten. Ein explizites Verbot zur Auskunftserteilung würde zudem gegen zwingendes öffentliches Recht verstossen.³⁵ Der Vertrag wäre in diesem Punkt widerrechtlich im Sinne von Art. 20 OR.

bb) Persönlichkeitsrecht (Art. 28 ZGB)

Dass im Bereich des Persönlichkeitsrechts die drei Aufhebungsgründe Geltung haben, ergibt sich bereits aus dem Gesetzestext, wonach eine Persönlichkeitsverletzung dann nicht widerrechtlich ist, wenn sie durch die Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 28 Abs. 2 ZGB).

³³ FELLMANN, Berner Kommentar, N 89 zu Art. 398 OR.

³⁴ «Kraft öffentlichen Rechts»: FELLMANN, Berner Kommentar, N 76 zu Art. 398 OR.

³⁵ So auch FELLMANN, Berner Kommentar, N 88 zu Art. 398 OR.

cc) Datenschutzgesetz

Der privatrechtliche Teil des Datenschutzgesetzes übernimmt in Art. 13 Abs. 1 die Rechtfertigungsgründe von Art. 28 Abs. 2 ZGB. Insofern steht die Geltung der drei Aufhebungsstandards für die Fragen des Bankgeheimnisschutzes aus datenrechtlicher Sicht ausser Frage. Dass Art. 13 Abs. 2 DSG im Hinblick auf den Interessenvorrang weitere Präzisierungen vornimmt, ändert daran nichts.

dd) Strafrecht (Art. 47 BankG)

Vorab ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass Art. 47 Abs. 6 BankG ausdrücklich darauf hinweist, dass die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches zur Anwendung kommen. Im Strafrecht gilt die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund kraft Gewohnheitsrecht.³⁶ Auch der Interessenvorrang ist Teil der strafrechtlichen Rechtfertigungsdogmatik; er spielt eine zentrale Rolle beim rechtfertigenden Notstand (Art. 17 StGB), bei der rechtfertigenden Notwehr (Art. 15 StGB) und beim allgemeinen Grundsatz der Wahrung berechtigter Interessen (Art. 14 StGB). Schliesslich gilt unstreitig auch im Strafrecht, dass das Gesetz die Rechtswidrigkeit eines Straftatbestandes aufheben kann.³⁷

ee) Aufsichtsrecht

Im Aufsichtsrecht präsentiert sich die Lage grundlegend anders, denn hier wird nicht das Verhalten zwischen Rechtsunterworfenen normiert, sondern das Verhältnis vom (rechtsgebundenen) Staat zum Bürger. Eine allfällige Einwilligung der Behörde und ein möglicher Interessenvorrang der Bürger und Bürgerinnen in die Datenweitergabe können hier von vornherein nicht die Funktion von allgemeinen Rechtfertigungsgründen übernehmen.

Im Fall des Bankgeheimnisses geht es allerdings auch nicht um die Innensicht des Verwaltungsrechts auf mögliche generelle Rechtfertigungsgründe von Rechtsunterworfenen. Das Aufsichtsrecht knüpft in diesem Fall vielmehr an einen Straftatbestand an und bringt sein eigenes Regelwerk in Stellung, *falls* dieser Straftatbestand verletzt worden ist oder ein Risiko für seine Verletzung besteht. Die Rechtfertigungsdogmatik bleibt damit im Strafrecht, das Aufsichtsrecht kommt lediglich als Vorsorge- oder Nachsorgeordnung hinzu.

³⁶ SEELMANN, Basler Kommentar, N 15 ff. und N 24 ff. zu Art. 14 StGB.

³⁷ SEELMANN, Basler Kommentar, N 4 zu Art. 14 StGB.

b) Kumulative Geltung der Rechtsgrundlagen

Bezüglich der verschiedenen Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses wurde als Ergebnis festgehalten, dass auf der Stufe der formellen Normrelation die Regelwerke kumulativ gelten, die Bank sich also an alle genannten Rechtsgrundlagen zu halten hat.³⁸ Wenn die verschiedenen Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses als selbständige Ordnungen für sich jeweils Verbindlichkeit beanspruchen, so gilt dies auch für die darin enthaltenen Rechtfertigungsgründe bezüglich der Aufhebung des Geheimnisschutzes. Soweit im Einzelfall mehrere Rechtsgrundlagen berührt oder angerufen sind, ist auch das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds gestützt auf diese Rechtsgrundlagen zu prüfen.

2. Aufhebungsstandards: Inhaltlicher Gleichklang der verschiedenen Rechtsgrundlagen?

Als Ergebnis wurde bislang festgehalten, dass in formeller Hinsicht das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes für die Aufhebung des Bankgeheimnisses für jede einschlägige Teilrechtsordnung separat zu prüfen ist. Zu untersuchen bleibt, ob die Rechtfertigungsgründe materiell demselben Massstab folgen. Das ist die Frage nach dem Aufhebungsstandard: Der Aufhebungsstandard beschreibt die *inhaltlichen* Anforderungen der verschiedenen Regelwerke im Hinblick auf die drei zentralen Aufhebungsgründe. Die zentrale Frage lautet dabei, ob diese Anforderungen in allen einschlägigen Teilrechtsordnungen dieselben sind.

a) Umfassende Gestaltungswirkung des Persönlichkeitsrechts?

In der Lehre wird regelmässig betont, dass die Begründung und der Umfang des Geheimnisschutzes allein im Privatrecht liege.³⁹ Es sei das Privatrecht, namentlich das Persönlichkeitsrecht, das für den konkreten Einzelfall den Schutzzumfang definiere. Das Strafrecht trete lediglich als Sanktionsordnung zu dieser privatrechtlichen Schutzordnung hinzu, ohne selbst schutzbe gründende oder schutzbeschränkende Funktionen zu übernehmen.

³⁸ Vgl. oben S. 206 (Formelle Normenrelation).

³⁹ ALTHAUS STÄMPFLI, Personendaten, 27; BERGER, recht 2000, 186; KLEINER/SCHWOB/-WINZELER, Kommentar BankG (2006), N 6 zu Art. 47 BankG; MARGIOTTA, Bankgeheimnis, 79 f.

Das Persönlichkeitsrecht übernimmt nach dieser Auffassung zuhanden des Strafrechts die Definitionsmacht in zweierlei Hinsicht: Es definiert einerseits, welche Informationen überhaupt geheim sind. Und es definiert andererseits, wann eine Transgression in den Geheimnisbereich dennoch zulässig ist, weil diese aufgrund der Einwilligung des Verletzten, des Interessenvorrangs oder des Gesetzes gerechtfertigt ist. Einwilligung, Interessenvorrang und Gesetz bestimmen sich dabei aus der Warte von Art. 28 ZGB.

Zusammengefasst: Nach weit verbreiteter Auffassung setzt der Straftatbestand in Art. 47 BankG voraus, dass eine Verletzung der bankrelevanten Geheimosphäre im Sinne von Art. 28 ZGB besteht. Entsprechend ist die Aktivierung von Art. 47 BankG von vornherein ausgeschlossen, wenn ein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 28 ZGB vorliegt.

b) Notwendigkeit der Differenzierung

Hinsichtlich einer umfassenden inhaltlichen Gestaltungswirkung der persönlichkeitsrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Bereich des Bankgeheimnisses sind Zweifel angebracht. Allein aus der formellen Geltung der einzelnen bankgeheimnisrelevanten Regelwerke ergibt sich, dass ihnen die Definitionsmacht über die inhaltliche Ausgestaltung der einzelnen Aufhebungsgründe zufällt. Eine Öffnung gegenüber anderen Teilrechtsordnungen – hier namentlich dem Persönlichkeitsrecht – ist zwar möglich und im Fall des Bankgeheimnisses sogar plausibel. Die Übernahme der persönlichkeitsrechtlichen Doktrin in die eigene Ordnung muss aber einzelfallweise geprüft und insbesondere im Hinblick auf die Kompatibilität mit den eigenen Wertungen untersucht werden. Das zeigt sich vorab mit Blick auf das wichtigste Koordinationsfeld, dem Privatrecht und dem Strafrecht: Diese beiden Teilrechtsgebiete verfügen über eine eigene, durchaus unterschiedliche Einwilligungsvorrangsdogmatik, die sich nicht ohne weiteres in das Korsett eines inhaltlichen Gleichklangs einfügen lassen.

3. Rechtsfolgen der ungültigen Aufhebung: Eigenständigkeit der Rechtsgrundlagen

Die Aufhebungsstandards in den berührten oder angerufenen Rechtsgrundlagen des Geheimnisschutzes können inhaltlich übereinstimmen. Entsprechend kann man zum Ergebnis kommen, dass es sowohl im Strafrecht als auch im Privatrecht an einer Rechtfertigung für die Geheimnisverletzung fehlt. Ob allerdings sowohl die strafrechtlichen als auch die privatrechtli-

chen Rechtsfolgen effektiv greifen, ist damit noch keineswegs entschieden. Im Bereich der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen besteht nämlich weitgehende Autonomie: Sie zeigt sich an den unterschiedlichen Konzeptionen des Verschuldens sowie etwa an den genuin strafrechtlichen Rechtsfiguren wie dem Putativirrtum oder dem Verbotsirrtum oder der ebenso genuin privatrechtlichen Rechtsfigur der Ungewöhnlichkeitsregel, die bei der formelmässigen Einwilligung in die Aufhebung des Bankgeheimnisschutzes eine zentrale Rolle spielt. Dies kann dazu führen, dass zwar eine Bankgeheimnisverletzung insgesamt bejaht wird, aber nur die privatrechtlichen Sanktionen greifen, während im Strafrecht – etwa aufgrund eines Verbotsirrtums – die Sanktion ausbleibt.

III. Der Aufhebungsgrund der Einwilligung

Das Rechtsspruchwort «volenti non fit iniuria» bringt ein grundlegendes rechtsethisches Prinzip zur Geltung.⁴⁰ Entsprechend vielfältig ist sein Gebrauch.⁴¹ Im vorliegenden Kontext interessiert die Einwilligung in ihrer Gestalt als Rechtfertigungsgrund. In diesem Sinne kann sie «als Erlaubnis definiert werden, die das Unrecht eines tatsächlichen Verhaltens ausschliesst.»⁴² Auf das Bankgeheimnis bezogen: Die Einwilligung bewirkt, dass die an sich widerrechtliche Bankgeheimnisverletzung rechtmässig wird. Diesen Aufhebungsgrund kennen sowohl das Privatrecht als auch das Strafrecht. Im Strafrecht ist sie zwar nicht explizit geregelt.⁴³ Sie bildet aber nach Lehre und

⁴⁰ OHLY, «Volenti non fit iniuria», 1.

⁴¹ In der Alltagssprache bedeutet er vorab die Zustimmung zu einem bestimmten Vorgang. Dem entspricht auf der juristischen Ebene die Zustimmung im Sinne der Konsenslehre; man «willigt» in die Offerte des Antragsstellers «ein». Die Einwilligung ist zudem Gültigkeitsvoraussetzung für gewisse Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte; so kann bei einer einfachen Gesellschaft ein Gesellschafter ohne die Einwilligung der übrigen Gesellschafter keinen Dritten in die Gesellschaft aufnehmen (Art. 542 OR), ein Ehegatte kann ohne ausdrückliche Zustimmung des anderen die Familienwohnung nicht kündigen (Art. 169 ZGB). Weiter erfüllt sie die Rolle als Gefahrentragungsregel; so handelt der Kommissionär, der ohne Einwilligung des Kommittenten einem Dritten Vorschüsse macht oder Kredite gewährt, grundsätzlich auf eigene Gefahr (Art. 429 OR), und der Aufbewahrer der hinterlegten Sache haftet für den Zufall, wenn diese ohne Einwilligung des Hinterlegers gebraucht (Art. 474 Abs. 2 OR).

⁴² OHLY, «Volenti non fit iniuria», 4.

⁴³ Der Gesetzgeber verzichtete auf eine Kodifizierung, mit der Begründung, die Tragweite der Einwilligung sei noch zu unbestimmt. Vgl. Botschaft Revision StGB, BBl 1999, 2003 f.

Rechtsprechung einen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund, der auf Gewohnheitsrecht gründet.⁴⁴ Im Rahmen des Strafrechts ist allerdings weiter zu beachten: Wie bereits erwähnt, bezweckt Art. 47 BankG auch den Funktionsschutz, indem der Finanzplatz Schweiz als solcher geschützt werden soll.⁴⁵ Diese überindividuellen Interessen sind im Falle von automatisierten Kontoabrufen und der massenweisen Datenweitergabe betroffen, weshalb die individuelle Einwilligung – falls sie denn überhaupt je gegeben sein sollte – als Rechtfertigung nicht ausreicht.⁴⁶ In solchen Fällen sind eine gesetzliche Grundlage und eine behördliche Entscheidung notwendig. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich nicht auf diese Fälle.

1. Grundlagen

a) Inhaltliche Kongruenz der privatrechtlichen Einwilligungstatbestände

Im privatrechtlichen Bereich sind hinsichtlich der Einwilligung drei verschiedene Rechtsgrundlagen zu beachten: das Vertragsrecht, das Persönlichkeitsrecht (Art. 28 ZGB) und der privatrechtliche Teil des Datenschutzgesetzes. Zwischen diesen Rechtsgrundlagen besteht allerdings eine inhaltliche Kongruenz, weshalb man die Eckpunkte der Einwilligungsdogmatik unter dem Titel der privatrechtlichen Einwilligung zusammenfassen kann.

Zunächst einmal ist festzuhalten, dass die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund im Vertragsrecht und im Kontext von Art. 28 ZGB inhaltlich dasselbe bedeuten, sofern nicht vertraglich zusätzliche Modalitäten oder Formvorschriften vereinbart werden. Die Konvergenz ergibt sich insbesondere daraus, dass der Persönlichkeitsschutz kraft seiner Stellung als vertragliche Nebenpflicht in jedem Vertrag mitgeführt wird.

Auch der Einwilligungsbegriff des Datenschutzgesetzes fügt sich in die allgemeine privatrechtliche Einwilligungsdogmatik ein: Art. 13 Abs. 1 DSG wiederholt exakt den Wortlaut von Art. 28 Abs. 2 ZGB, wonach die Persön-

⁴⁴ Zuletzt BGE 134 IV 26 E. 3.2.4. S. 29, m.w.N. Ausführlich WEISSENBERGER, Einwilligung, 27 ff. Vgl. auch REHBERG/DONATSCH, Strafrecht I, 207; STRATENWERTH, Strafrecht AT I, § 10 N 3, m.w.N.; STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar StGB, N 2 Vorb. Art. 14 ff. StGB.

⁴⁵ Vgl. die Nachweise oben in Fn. 18.

⁴⁶ Vgl. HEINE, Neue Strafbarkeitsrisiken, III./2. (Offenbarung durch Banken), in diesem Band.

lichkeitsverletzung dann widerrechtlich ist, wenn sie nicht durch die Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist. Methodisch liegt also ein Fall der Regelungsparallelisierung vor: Zwei formell verschiedene Teilrechtsordnungen treffen eine inhaltsgleiche Anordnung.⁴⁷ Zwar bleibt der eigenständige Geltungsanspruch der beiden Normen bestehen (kumulative Geltung).⁴⁸ Hingegen indiziert die parallele Normierung das gesetzgeberische Motiv der materiellen Gleichgestaltung. In den Worten des Bundesgerichts: «Gleichartige Tatbestände erheischen nach Möglichkeit ein gleichartiges rechtliches Verständnis, da dem Gesetzgeber das Streben nach Folgerichtigkeit und nach Vermeidung von Widersprüchen zu unterstellen ist.»⁴⁹ Unabhängig von der formellen Eigenständigkeit gilt also bezüglich des Rechtfertigungsgrundes der Einwilligung die Vermutung der inhaltlichen Kongruenz zwischen Art. 28 ZGB und dem Datenschutzgesetz. Diese Vermutung kann im Einzelfall widerlegt werden – auch dies ist ein methodisches Gebot, das im Zusammenhang mit der Rechtsfigur der Regelungsparallelisierung zu beachten ist.⁵⁰ Wo die Übernahme von Auslegungsergebnissen in der Parallelordnung dem Zweck der eigenen Ordnung zuwiderläuft, bleibt sie unbeachtlich. Die wechselseitige Einwirkung der Parallelnormierung steht mit anderen Worten unter dem Vorbehalt der eigenen Systemkompatibilität. Mit Blick auf Art. 28 ZGB und Art. 13 DSG ist allerdings ein solcher Zielvorbehalt nicht anzunehmen; das Datenschutzgesetz will explizit den Persönlichkeitsschutz auf dem Gebiet der Bearbeitung von Personendaten verstärken (Art. 1 DSG). Sind aber die Zielsetzungen der beiden Regelungen identisch, so bleibt es bei der (unwiderlegten) Vermutung der inhaltlichen Gleichordnung.

b) Privatrechtliche und strafrechtliche Einwilligung: Kongruenzen und Divergenzen

Nachdem feststeht, dass innerhalb des Privatrechts das Institut der Einwilligung materiell denselben Inhalt aufweist, stellt sich weiter die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem privatrechtlichen und dem strafrechtlichen Einwilligungsbegriff.

⁴⁷ Zur Rechtsfigur der Regelungsparallelisierung vgl. EMMENEGGER, Bankorganisationsrecht, 105 ff.

⁴⁸ Siehe oben S. 206 (formelle Normenrelation).

⁴⁹ BGE 120 II 112 E. 3a S. 114.

⁵⁰ Siehe dazu EMMENEGGER, Bankorganisationsrecht, 105 ff., m.w.N.

aa) Koordinationsdogmatische Grundlagen

Zunächst einmal ist im Hinblick auf die Verhältnisfrage festzuhalten, dass dem Privatrecht und dem Strafrecht im Kontext des Bankgeheimnisses ein eigenständiger Normativanspruch zukommt. Entsprechend steht ihnen auch die Definitionsmacht bezüglich der inhaltlichen Ausgestaltung des Aufhebungsgrundes der Einwilligung zu. Andererseits ist zu beachten, dass mit der Rechtsfigur der Einwilligung beide Teilrechtsordnungen einen begrifflich identischen Aufhebungsgrund gewählt haben.⁵¹ Die Verwendung gleicher rechtstechnischer Begriffe hat auf der Ebene der Koordination zwischen Teilrechtsordnungen eine spezifische Wirkung: Gleichlautenden Begriffen kommt vermutungsweise, aber nicht zwingend, derselbe rechtstechnische Sinngehalt zu.⁵² In der Ausgangslage ist demnach davon auszugehen, dass dieselben Rechtsbegriffe denselben Bedeutungsinhalt aufweisen.⁵³ Das wird auch in der Rechtsprechung immer wieder betont, wobei hier die Rechtsfigur der «*Einheit der Rechtsordnung*» eine tragende Rolle spielt.⁵⁴

Die Ausgangsvermutung der Bedeutungskongruenz kann aber widerlegt werden. Zivilrecht und Strafrecht haben ihre eigene Historie, Systematik und Teleologie, so dass Begriffe wie etwa die Einwilligung, wenngleich formell identisch, in unterschiedliche Zusammenhänge eingebettet sind und entsprechend eine unterschiedliche Bedeutung erhalten können (*Relativität der Rechtsbegriffe*).⁵⁵ Die Definitions- und Wertungsherrschaft der jeweiligen

⁵¹ Dass das Privatrecht diesen explizit erwähnt und er im Strafrecht auf Gewohnheitsrecht beruht, spielt dabei keine Rolle. Der Revisionsgesetzgeber von 2002 war sich der Existenz dieses Aufhebungsgrundes durchaus bewusst, auch wenn er auf eine Kodifizierung verzichtet hat. Vgl. Botschaft Revision StGB, BBl 1999, 2003 f.

⁵² Für diese Wirkung zwischen Zivilrecht und Strafrecht im Allgemeinen: KRAMER, AcP 171 (1991), 422 ff.; NIPPERDEY, NJW 10 (1957), 1777 ff.; WIETHÖLTER, Rechtfertigungsgrund, 1 ff.

⁵³ Vgl. etwa KRAMER, Methodenlehre, 58 Fn. 97; ZIPPELIUS, Juristische Methodenlehre, 49, 53.

⁵⁴ Vgl. BGE 116 II 689 E. 3c/bb S. 694, m.w.N. wonach bei der Norminterpretation danach zu trachten ist, die Norm in das *gesamte* Rechtssystem zu integrieren und nach Möglichkeit Widersprüche zu vermeiden. Siehe auch BGE 118 II 50 E. 3a S. 53; 104 Ib 269 E. 3. S. 272.

⁵⁵ Grundlegend der Beitrag von MÜLLER-ERZBACH, Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes, in: Jherings Jahrbücher 61 (1913), 343 ff. Eingehend auch WANK, Juristische Begriffsbildung, 110 ff. WANK zeigt auch eindrucksvoll, dass die Relativität der Begriffsbildung auch innerhalb derselben Teilrechtsordnung gilt. Für weitere Nachweise vgl. ENGISCH, Einführung, 95, 211; RÖHL/RÖHL, Allgemeine Rechtslehre, 455 f.

Teilrechtsordnung bleibt also auch bei einer Identität von Rechtsbegriffen bestehen und kann im Einzelfall zu einer individualisierenden Variation der Begriffsinhalte führen.⁵⁶ Gesamthaft gesprochen steht der gleiche Sinngehalt gleichlautender Rechtsbegriffe immer unter dem *Vorbehalt der teilrechtseigenen Systemkompatibilität*.⁵⁷

Ob zwischen dem Privatrecht und dem Strafrecht für die Frage der Einwilligung der teilrechtseigene «Filter» eine Rolle spielt und spielen muss, war in der älteren Doktrin umstritten. Nach einer Auffassung bestimmten sich die Erfordernisse einer wirksamen Einwilligung durchweg nach zivilrechtlichen Grundsätzen.⁵⁸ Heute gilt diese Auffassung als überholt, und zwar nicht zuletzt im Hinblick auf die unterschiedlichen Zielsetzungen der beiden Rechtsgebiete. Um ein paar Stichworte zu nennen: Das Privatrecht will im Kern die Voraussetzungen und Wirkungen der selbstbestimmten Gestaltung von Rechtsbeziehungen zwischen Privaten regeln. Im Strafrecht geht es dagegen um den Strafanspruch des Staates gegenüber Personen, deren Handeln als Grenzüberschreitung im sozialen Zusammenleben bewertet wird.⁵⁹ Ideeller Ausgangspunkt des Privatrechts ist die Privatautonomie, ideeller Ausgangspunkt des Strafrechts ist das Gemeinwohl. Das Privatrecht ist transaktionsbezogen, das Strafrecht ist täterbezogen. Im Privatrecht geht es um wirtschaftliche Funktionalität, im Strafrecht geht es um Allgemein- und Spezialprävention.⁶⁰ Entsprechend unterschiedlich sind auch die primären Instrumente, mit denen die beiden Teilrechtsordnungen «regulieren»: Schadenersatz als Ausgleich für die Vermögenseinbusse des Geschädigten im Privatrecht – nicht zuletzt auch im Hinblick auf seine weitere Teilnahme am Transaktionsgeschehen, Strafe als Sanktion für den Täter im Strafrecht – als Ausdruck einer moralischen Bewertung und auch im Hinblick auf seine «Besserung».

Neben diesen allgemeinen Unterschieden können bei Einzelfragen noch weitere Abweichungen auftreten, die in der Historie, Grammatik, Systematik oder Teleologie der spezifischen Vergleichsnormen begründet sind. Bei

⁵⁶ GRÜNHUT, Methodische Grundlagen I, 19.

⁵⁷ Für Beispiele kongruenter und teilrechtsspezifischer Begriffsinhalte im Vergleich zwischen ZGB und OR vgl. FRIEDRICH, Berner Kommentar, N 56 zu Art. 7 ZGB.

⁵⁸ Diese Doktrin wurde vor allem von ERNST ZITTELMANN vertreten. Zur Lehre ZITTELMANNs vgl. die ausführliche Auseinandersetzung bei NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 68 ff.

⁵⁹ Vgl. hierzu etwa OHLY, «Volenti non fit iniuria», 121 f.

⁶⁰ Zur Täterbezogenheit und dem Präventionsgedanken im Strafrecht Vgl. etwa SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, Strafrecht II, 18 f.; TRECHSEL/NOLL, Strafrecht AT, 22.

allem ist zudem die Besonderheit zu beachten, dass Art. 47 BankG seine Wurzel im Persönlichkeitsrecht hat und diese Norm zudem eine Funktionschutzkomponente aufweist, die sonst für das Strafrecht nicht typisch ist.

bb) Eckpunkte der beiden Einwilligungslehren

Als Eckpunkte der beiden Einwilligungslehren können folgende Punkte genannt werden:

(1) Funktion der Einwilligung

Die Einwilligung wird nach herkömmlicher Auffassung als Rechtfertigungsgrund für eine an sich widerrechtliche Geheimnisverletzung angesehen.⁶¹ In beiden Gebieten wird allerdings von einer Mindermeinung vertreten, die Einwilligung sei nicht auf der Stufe der Rechtfertigung, sondern auf der Stufe des Tatbestandes anzusiedeln.⁶² In zwei jüngeren strafrechtlichen Entscheiden hat das Bundesgericht die Frage der tatbestandsausschliessenden Wirkung der Einwilligung offen gelassen.⁶³

(2) Art und Zeitpunkt der Einwilligung

Für das Privatrecht und für das Strafrecht gilt: Die Einwilligung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen.⁶⁴ Notwendig ist aber allemal, dass die Einwilligung nach aussen in Erscheinung getreten ist. Blosses Nichtstun (Schweigen) gilt weder im Privatrecht noch im Strafrecht als Einwilligung.⁶⁵

⁶¹ Für das Privatrecht: BGE 133 III 121 E. 4.1.1. S. 128; BUCHER, Natürliche Personen, N 495 und 497; MEILI, Basler Kommentar, N 46 zu Art. 28 ZGB. Für das Strafrecht: BGE 134 IV 26 E. 3.2.4. S. 29, m.w.N.; REHBERG/DONATSCH, Strafrecht I, 207; STRATENWERTH, Strafrecht AT I, § 10 N 10, m.w.N.

⁶² Für das Privatrecht etwa BUCHER, Persönlichkeitsrechte, 103 ff.; ROBERTO/HRUBESCH-MILLAUER, Fragestellungen des Persönlichkeitsschutzes, 232 ff. Zur Kontroverse siehe etwa HAAS, Einwilligung, N 104 ff. Für das Strafrecht etwa REHBERG/DONATSCH, Strafrecht I, 207; TRECHSEL/NOLL, Strafrecht AT I, 142; STRATENWERTH, Strafrecht AT I, § 10 N 10, m.w.N. (alle Vorgenannten mit Einschränkungen). Weitergehend SEELMANN, Basler Kommentar, N 6 ff. Vor Art. 14 ff. StGB; WEISSENBERGER, Einwilligung, 38 ff. (ohne Einschränkung).

⁶³ BGer 6P.106/2006 vom 18. August 2006, E. 6.3.2.; 6S.835/1999 vom 5. April 2000, E. 1c/bb.

⁶⁴ Für das Privatrecht: HAAS, Einwilligung, N 212 ff. Für das Strafrecht: BGE 134 IV 26 E. 3.2.4. S. 29, m.w.N. (konkludente Einwilligung); SEELMANN, Strafrecht AT, 43.

⁶⁵ Für das Privatrecht ausdrücklich Art. 6 OR. Für das Strafrecht: SEELMANN, Basler Kommentar, N 14 Vor Art. 14 StGB.

Darüber hinaus anerkennen sowohl das Privatrecht⁶⁶ als auch das Strafrecht⁶⁷ die Rechtsfigur der mutmasslichen Einwilligung,⁶⁸ wobei im Einzelnen Differenzen bestehen.⁶⁹ Zudem anerkennen beide Teilrechtsordnungen die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung⁷⁰, wobei auch hier im Einzelnen Differenzen bestehen.⁷¹

Was sodann den Zeitpunkt der Einwilligung angeht, so muss aus strafrechtlicher Sicht die Einwilligung vor dem Eingriff erfolgen; für das täterbezogene Strafrecht ist die nachträgliche Genehmigung unerheblich, weil die Erlaubtheit der Tat im Zeitpunkt ihrer Vornahme feststehen muss; wäre es anders, so könnte der Geschädigte über den Strafanspruch des Staates entscheiden.⁷² Im Privatrecht ist die Frage umstritten.⁷³ Für beide Teilrechtsord-

⁶⁶ AEBI-MÜLLER, System des Persönlichkeitsschutzes, N 233.

⁶⁷ Vgl. BGE 124 IV 258 E. 3 S. 261; 100 IV 155 E. 4 S. 159, m.w.N. Für die Lehre: SEELMANN, Strafrecht AT, 64 ff.; STRATENWERTH, Strafrecht AT I, § 10 N 25 ff.; STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar StGB, N 2 Vorb. Art. 14 ff. StGB; TRECHSEL/NOLL, Strafrecht AT I, 143.

⁶⁸ Bei der mutmasslichen Einwilligung besteht ein dringendes Eingriffsbedürfnis, ohne dass es möglich ist, rechtzeitig eine gültige Einwilligung einzuholen. Zur Rechtsfigur vgl. HAAS, Einwilligung, N 877 ff.

⁶⁹ Teilweise ist umstritten, ob – wie im Zivilrecht – auf das Interesse *und* den mutmasslichen Willen des Eingriffsoپfers abzustellen ist, Vgl. z. B. SEELMANN, Basler Kommentar, N 16 ff. zu Art. 14 StGB.

⁷⁰ Bei der hypothetischen Einwilligung liegt aufgrund mangelnder Aufklärung eine ungültige Einwilligung vor; dem Eingreifenden steht aber der Nachweis offen, dass der Betroffene auch bei umfassender Aufklärung dem Eingriff zugestimmt hätte. Für die Anerkennung im Privatrecht: HAAS, Einwilligung, N 925; AEBI-MÜLLER, System des Persönlichkeitsschutzes, N 237. Für die Anerkennung im Strafrecht: SEELMANN, Strafrecht AT, 44.

⁷¹ Nach einer Meinung bewirkt im Strafrecht die hypothetische Einwilligung (wie im Zivilrecht) die Wirksamkeit der Einwilligung. Nach einer anderen Meinung entfällt zwar die vollendete, nicht aber die versuchte Tat. Vgl. SEELMANN, Basler Kommentar, N 19 Vor Art. 14 StGB; KUHLEN, FS Müller-Diez, 443. Da auch die versuchte Bankgeheimnisverletzung strafbar ist, bliebe es im Fall der zweiten Meinung bei der Strafbarkeit.

⁷² Vgl. BGer 6S.835/1999 vom 5. April 2000, E. 1c/bb; BGE 124 IV 258 E. 3 S. 261; WEISSENBACHER, Einwilligung, 89 f.; NOLL, übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 132; STRATENWERTH, Strafrecht AT I, § 10 N 23; TRECHSEL/NOLL, Strafrecht AT I, 143. Für die Möglichkeit der ausdrücklichen nachträglichen Genehmigung MARGIOTTA, Bankgeheimnis, 94, der allerdings für die Rechtfertigungsgründe des Art. 47 BankG generell die Standards von Art. 28 ZGB übernimmt. Dort spricht sich in der Tat eine Mindermeinung zugunsten der nachträglichen Genehmigung aus. Wie hier dagegen BERGER, recht 2000, 192.

⁷³ Bejaht wird die rechtfertigende Wirkung der nachträglichen Einwilligung von MEILI, Basler Kommentar, N 48 zu Art. 28 ZGB; RIEMER, Personenrecht, N 371. Spezifisch für

nungen gilt hingegen, dass die einmal abgegebene Einwilligung jederzeit widerrufen werden kann.⁷⁴

(3) *Auslegung der Einwilligungserklärung*

Unterschiede zwischen den beiden Gebieten bestehen auch auf der Stufe der Auslegung der Einwilligungserklärung, namentlich bei der Frage, ob überhaupt eine Einwilligung vorliegt und welches ihr Umfang ist. Sie wird im Zivilrecht nach dem Vertrauensprinzip beurteilt.⁷⁵ Die Einwilligungserklärung ist mithin so auszulegen, wie sie vom Empfänger nach Treu und Glauben verstanden wird und verstanden werden darf.⁷⁶ Im Strafrecht dagegen wird der natürliche Wille des Verletzten nicht mit einer rechtlichen (Vertrauens-)schicht überlagert und umgeformt. Anders als im transaktionsbezogenen Privatrecht, das dem Ziel der Sicherheit im Geschäftsverkehr verpflichtet ist, unterstellt man im Strafrecht dem Betroffenen nicht, er habe normativ eine Einwilligung abgegeben, die er faktisch nicht abgeben wollte. Vielmehr löst man diese Fälle – täterbezogen – über den Sachverhaltsirrtum (Art. 13 StGB).⁷⁷

(4) *Handlungsfähigkeit*

In der strafrechtlichen Doktrin wird betont, die zivilrechtliche Handlungsfähigkeit sei für die strafrechtliche Einwilligung nicht erforderlich;⁷⁸ notwendig sei vielmehr, dass der Verletzte urteilsfähig sei und die Tragweite der Verletzung richtig beurteilen könne.⁷⁹ Das trifft allerdings auch für das Zivilrecht zu, denn beim Geheimnisschutz handelt es sich um ein höchstpersönliches Recht, weshalb Art. 19 Abs. 2 ZGB zum Tragen kommt.⁸⁰ Im übrigen spielt diese Voraussetzung im Kontext des Bankgeheimnisses, bei dem in aller Regel handlungsfähige Kunden betroffen sind, einzig unter dem Aspekt

das Bankgeheimnis: MARGIOTTA, Bankgeheimnis, 94. Verneint wird sie von HAAS, Einwilligung, N 462 ff.; AEBI-MÜLLER, System des Persönlichkeitsschutzes, N 225; SCHMID, Personenrecht, N 873; SCHMID, KMU und Datenschutz, 166.

⁷⁴ Für das Privatrecht: MEILI, Basler Kommentar, N 48 zu Art. 28 ZGB, m.w.N. Spezifisch für den Bankbereich: MARGIOTTA, Bankgeheimnis, 95. Für das Strafrecht: TRECHSEL/NOLL, Strafrecht AT I, 143; STRATENWERTH, Bankgeheimnis, 238.

⁷⁵ HAAS, Einwilligung, N 498 m.w.N.

⁷⁶ Statt vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, N 207.

⁷⁷ SEELMANN, Basler Kommentar, N 21 Vor Art. 14 StGB.

⁷⁸ SEELMANN, Strafrecht AT, 44.

⁷⁹ STRATENWERTH, Strafrecht AT I, § 10 N 21; STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar StGB, N 2 Vorb. Art. 14 ff. StGB; TRECHSEL/NOLL, Strafrecht AT I, 143.

⁸⁰ Ausführlich HAAS, Einwilligung, N 259 ff.

der genügenden Aufklärung eine Rolle.⁸¹ Das Erfordernis des «informed consent» hat sich allerdings weitgehend verselbstständigt und wird daher auch hier separat behandelt.

(5) *Inhaltsmängel, insbesondere Art. 27 Abs. 2 ZGB*

Auch die Inhaltsmängel (Art. 20 OR)⁸² einer Einwilligung treten im Strafrecht nicht als solche auf. Gerade der in diesem Kontext wichtige Inhaltsmangel, nämlich das Verbot der übermässigen Selbstbindung, entfaltet im Strafrecht keine Schrankenwirkung. Nach überzeugender Auffassung der Strafrechtsdoktrin richtet sich Art. 27 ZGB nur gegen die übermässige Beschränkung der persönlichen Freiheit durch vertragliche Bindung und sagt nichts darüber aus, dass eine Handlung, wenn sie dennoch mit der Einwilligung des Verletzten vorgenommen wird, auch strafrechtlich zu sanktionieren ist.⁸³ Leitlinie für die Gültigkeit der Einwilligung im Strafrecht ist die Abwägung zwischen der individuellen Freiheit, die eine Einwilligung in eine Rechtsgutverletzung zulässt, und die Schwere der Rechtsgutverletzung bzw. das betroffene Rechtsgut.⁸⁴ Bei Eingriffen in die Geheimsphäre ist nach dieser Leitlinie – anders als etwa im Falle des Lebens oder der körperlichen Unversehrtheit – eine Einwilligung ohne Einschränkungen möglich.⁸⁵ Für das Bankgeheimnis hätte dies zur Folge, dass eine gegen Art. 27 ZGB verstossende Einwilligung im Rahmen von Art. 47 BankG dennoch einen gültigen Rechtfertigungsgrund darstellt.

(6) *Willensmängel*

Auch bei den Willensmängeln übernimmt die vorherrschende strafrechtliche Doktrin die zivilrechtlichen Parameter nicht vollständig. Auch hier lässt sich dies mit der unterschiedlichen Funktion der beiden Teilrechtsgebiete erklären. So dienen die zivilrechtlichen Vorschriften über die Willensmängel der

⁸¹ Zum engen Zusammenhang zwischen Urteilsfähigkeit und Aufgeklärtheit vgl. HAAS, Einwilligung, N 272 (Zivilrecht); STRATENWERTH, Strafrecht AT I, § 10 N 22 (Strafrecht).

⁸² Art. 19 und 20 OR gelten auch für einseitige Rechtsgeschäfte, vgl. etwa KRAMER, Berner Kommentar, N 9 zu Art. 19 - 20 OR.

⁸³ Prägnant NOLL, übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 71: «Art. 27 ZGB erklärt nicht die Verletzung des Einwilligenden als widerrechtlich, sondern die Einwilligung des Verletzten als unverbindlich.» Gleicher Ansicht auch STRATENWERTH, Strafrecht AT I, § 10 N 16; GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, N 105; HAFTER, Strafrecht, 169; LOGOZ/SANDOZ, Commentaire du code pénale suisse, N 5c zu Art. 32 StGB. A.A. SCHWANDER, Strafgesetzbuch, N 173.

⁸⁴ NOLL, übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 74 ff.

⁸⁵ STRATENWERTH, Strafrecht AT I, § 10 N 19.

Sicherung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, während es im Strafrecht allgemein und auch bei den Willensmängeln um die Sicherung von Individualrechtsgütern geht.⁸⁶

Nach überwiegender Auffassung sollen etwa Willensmängel bei der strafrechtlichen Einwilligung nur dann beachtlich sein, wenn sie rechtsgutbezogen sind, sich also auf die Art, den Umfang oder die Gefährlichkeit der Verletzung beziehen, und nicht auf andere Motive wie etwa die erwartete Gegenleistung oder sonstige Begleitumstände.⁸⁷ Das führt bezüglich der Unverbindlichkeit der Einwilligung nicht immer zu anderen Ergebnissen als im Zivilrecht. Ungültige Einwilligungen kraft Willensmangel gibt es also auch im Strafrecht. Hingegen wird sich im Strafrecht der Verletzer in den Fällen des Irrtums des Einwilligenden selbst wiederum auf den Sachverhaltsirrtum (Art. 13 StGB) berufen können.⁸⁸ Während also im Zivilrecht der Erklärungsempfänger durch die irrtumsbehaftete Erklärung mit der Ungültigkeitsfolge «belastet» wird, erfolgt im täterbezogenen Strafrecht richtigerweise keine entsprechende Belastung.

(7) *Genügende Aufgeklärtheit: Der «informed consent»*

Sowohl das Privatrecht als auch das Strafrecht kennen als weitere und zentrale Gültigkeitsvoraussetzung für die Einwilligung die Aufgeklärtheit des Einwilligenden: Nur wenn dieser über die notwendigen Informationen verfügt, kann er die Tragweite des Eingriffs in sein Rechtsgut abschätzen.⁸⁹ Die Parallelität zum Arztrecht ist unverkennbar, und es ist auch das Arztrecht, das die zentralen Impulse für die Beurteilung der Rechtsfragen im Kontext des Bankgeheimnisses liefert.⁹⁰

Die genügende Aufgeklärtheit des Einwilligenden, dessen «informed consent» oder dessen «consentement éclairé», stützt sich auf verschiedene Rechtsgrundlagen, wobei sich das Privatrecht auf eine breitere Grundlage

⁸⁶ Vgl. NOLL, übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 130 f.

⁸⁷ Grundlegend ARZT, Willensmängel, 15 ff. Ausführlich auch WEISSENBERGER, Einwilligung, 80 ff. Teilweise anderer Auffassung NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 129 ff.

⁸⁸ Vgl. WEISSENBERGER, Einwilligung, 87.

⁸⁹ Vgl. BERGER, recht 2000, 193; MARGIOTTA, Bankgeheimnis, 94 f. Für die Doktrin im Allgemeinen: HAAS, Einwilligung, N 585; AEBI-MÜLLER, System des Persönlichkeitsschutzes, N 224; BADDELEY, ZSR 115 II (1996), 212; SCHMID, Personenrecht, N 871; BUCHER, Natürliche Personen, N 498. Zu den einzelnen aufklärungsbedürftigen Punkten: SCHMID, KMU und Datenschutz, 165 f.

⁹⁰ Vgl. dazu auch BERGER, recht 2000, 193. Zum «aufgeklärten Patienten» statt vieler: BGE 134 II 235 E. 4.1. S. 137, m.w.N.

abstützen kann als das Strafrecht. Für das Privatrecht zu erwähnen sind namentlich das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen, die auftragsrechtliche Treuepflicht der Bank, die mängelfreie Willensbildung, die Konsensstheorie⁹¹ und das Verbot der übermässigen Selbstbindung (Art. 27 Abs. 2 ZGB).⁹² Im Strafrecht stützt sich das Erfordernis der genügenden Aufklärung hingegen im Wesentlichen auf das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen, allenfalls auf die mängelfreie Willensbildung.⁹³

Das Ergebnis bleibt aber für beide Rechtsgebiete dasselbe: Der Betroffene muss über die notwendigen Informationen verfügen, um den Umfang und die möglichen Folgen der Einwilligung zu erkennen. Ist die Information diesbezüglich mangelhaft, so ist auch die Einwilligung ungültig.

c) Sonderrolle des Aufsichtsrechts

Dass das Bankaufsichtsrecht im Zusammenhang mit dem Bankgeheimnis nicht die Rolle einer unmittelbaren Rechtsgrundlage, sondern die Rolle einer verstärkenden («flankierenden») Massnahme übernimmt, wurde bereits erwähnt.⁹⁴ Auch ist die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund im Aufsichtsrecht keine anerkannte Rechtsfigur. Das Aufsichtsrecht regelt als Grundsatz nicht die Beziehung zwischen privaten Rechtsträgern, sondern die Beziehung zwischen staatlichen Hoheitsträgern und Rechtsunterworfenen. Der Staat «bewilligt», aber er «willigt nicht ein», jedenfalls nicht in die Aufhebung des Bankgeheimnisses zulasten eines privaten Rechtsträgers.

Nun hat allerdings die FINMA im Rahmen des Outsourcing-Rundschreibens unter anderem Grundsätze aufgestellt, welche die Pflichten der Bank gegenüber ihren Kunden im Zusammenhang mit der Auslagerung von Geschäftsbereichen umschreiben. Zu diesen Pflichten gehört auch die Information der Kunden über die getroffenen Outsourcing-Lösungen. Gleichzeitig hält die FINMA eingangs des Rundschreibens fest, dass die darin festgelegten Grundsätze die Voraussetzungen umschreiben, unter denen Outsourcing-Lösungen den Erfordernissen einer angemessenen Organisation (Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG), des Bankgeheimnisses (Art. 47 BankG) und des Daten-

⁹¹ Hier geht es um die Voraussetzung, dass der Eingriff von der Einwilligung abgedeckt sein muss.

⁹² Zu den verschiedenen Grundlagen HAAS, Einwilligung, N 588 ff.

⁹³ Vgl. STRATENWERTH, Strafrecht AT I, § 10 N 22 (Selbstbestimmung); TRECHSEL/NOLL, Strafrecht AT I, 143 (Willensmängel); WEISSENBERGER, Einwilligung, 150 f. (Wechselspiel beider Elemente).

⁹⁴ Siehe oben S. 205 (Aufsichtsrecht als flankierende Massnahme).

schutzes entsprechen.⁹⁵ Der Sondercharakter dieser Regelung ist ein Zweifacher: Erstens regelt die FINMA das Verhältnis zwischen Privaten, und zweitens nimmt sie unmittelbar auf das Bankgeheimnis Bezug. Ob in der «Information» des Kunden eine selbständige, spezifisch aufsichtsrechtliche Einwilligungsdogmatik zu erblicken ist, bleibt zweifelhaft, ist aber näher zu untersuchen.⁹⁶

2. Anwendung: Allgemeine Geschäftsbedingungen

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken enthalten regelmässig Klauseln, worin der Kunde im Zusammenhang mit gewissen Vorgängen (gerichtliche Streitigkeiten, Zahlungsverkehr, Outsourcing) auf das Bankgeheimnis verzichtet. Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen die Einwilligung des Kunden gültig ist und ob die Gültigkeitsvoraussetzungen für alle betroffenen Rechtsgebiete übereinstimmen.

a) Privatrecht

Die Einwilligung des Kunden in die Aufhebung des Bankgeheimnisses im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist grundsätzlich gültig, sofern die AGB von den Parteien übernommen wurden.⁹⁷ Einschränkungen bestehen mit Blick auf die allgemeinen obligationenrechtlichen Gültigkeits-schranken und aufgrund der besonderen Voraussetzungen, denen eine AGB-gestützte Vereinbarung genügen muss.

aa) Allgemeine Schranken

Üblicherweise steht bei den allgemeinen Schranken von AGB-Vereinbarungen Art. 20 OR im Vordergrund: Die Klausel darf insbesondere nicht sittenwidrig oder gesetzeswidrig sein. Auch beim Bankgeheimnis können diese Schranken eine Rolle spielen. So verstösst etwa ein genereller Verzicht auf den Geheimnisschutz gegen das Gebot der übermässigen Selbstbindung (Art. 27 Abs. 2 ZGB)⁹⁸, das seinerseits einen Unterfall der Sittenwidrigkeit bildet.⁹⁹ Die persönlichkeitsrechtliche Bedeutung des Bankgeheimnisses

⁹⁵ FINMA-RS 08/7 Rz. 1.

⁹⁶ Siehe unten S. 238 (Aufsichtsrecht).

⁹⁷ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, N 1128 ff.

⁹⁸ Vgl. etwa BERGER, recht 2000, 193; MARGIOTTA, Bankgeheimnis, 100.

⁹⁹ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, N 658 (umstritten).

führt indessen zu einer anderen Gewichtung der allgemeinen Einwilligungsschranken. Im Vordergrund steht das Erfordernis der genügenden Aufgeklärtheit des Bankkunden: Nur wenn dieser über die notwendigen Informationen verfügt, kann er die Tragweite des Eingriffs in sein absolut geschütztes (Geheimnis-)Recht abschätzen.¹⁰⁰

bb) AGB-spezifische Schranken

(1) Verschärfte Kontrolle durch das Bundesgericht

Nach der Ungewöhnlichkeitsregel sind von der global erklärten Zustimmung alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist.¹⁰¹ Heute gilt zu Recht die Auffassung, dass jedenfalls die von einem professionellen Verwender – etwa einer Bank – gegenüber einem Konsumenten verwendeten AGB nur global übernommen werden.¹⁰² Auch werden an die Schwäche oder Geschäftsunerfahrenheit richtigerweise keine strengen Anforderungen gestellt;¹⁰³ für den Bankkunden wird man sie regelmässig als erfüllt betrachten. Ungewöhnlich sind insbesondere solche Klauseln, die zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen.¹⁰⁴ Das Bankgeheimnis gehört zum Kern der Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden. Seine Aufhebung ist daher ungewöhnlich.

¹⁰⁰ Zur genügenden Aufgeklärtheit und ihren Rechtsgrundlagen siehe vorne S. 228 (Genügende Aufgeklärtheit).

¹⁰¹ BGE 135 III 1 E. 2.1. S. 7; BGer 4A_419/2008 vom 28. Januar 2009, E. 1.4.; 4A_187/2007 vom 9. Mai 2008, E. 5.1., jeweils m.w.N.

¹⁰² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, N 1130a; PICHONNAZ, FS Tercier, 391. Im Übrigen scheinen auch die Gerichte die Ungewöhnlichkeitsregel ohne Prüfung der Frage anzuwenden, ob effektiv eine Globalübernahme vorliegt, vgl. etwa den Sachverhalt in BGE 122 III 373. Nach herkömmlicher Ansicht gelten dagegen solche AGB-Bestimmungen als global übernommen, deren Inhalt eine Partei nicht zur Kenntnis nimmt, nicht überlegt oder nicht versteht. Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, N 1130.

¹⁰³ Vgl. etwa BGE 109 II 452 E. 5a S. 457 f. (mangelnde Alternativen bei der Vertragsgestaltung als Schwächekonstellation). Vgl. auch KOLLER, AJP 2008, 948.

¹⁰⁴ BGE 135 III 1 E. 2.1. S. 7; BGer 4A_419/2008 vom 28. Januar 2009, E. 1.4.; 4A_187/2007 vom 9. Mai 2008, E. 5.1., jeweils m.w.N. Im letztgenannten Entscheid hat das Bundesgericht zudem noch einmal präzisiert, dass auch eine branchenübliche Klausel ungewöhnlich sein kann (vgl. E. 5.1.).

Ungewöhnliche Klauseln gelten allerdings trotz ihrer Ungewöhnlichkeit dann als übernommen, wenn der Verwender gesondert auf sie aufmerksam gemacht hat. Lehre und Rechtsprechung forderten ursprünglich die graphische Hervorhebung *und* den ausdrücklichen Hinweis auf die Klausel im Rahmen der Vertragsverhandlung.¹⁰⁵ Die Praxis liess es meist mit der graphischen Hervorhebung bewenden. Die neuste Rechtsprechung hat diesbezüglich eine Präzisierung angebracht. Verlangt wird der «ausdrückliche und deutliche» bzw. der «spezielle» Hinweis auf die ungewöhnliche Klausel im Zeitpunkt des Vertragsschlusses.¹⁰⁶ Das ist sinnvoll, denn gerade bei einer Globalübernahme, die auch die Fälle der nicht gelesenen AGB abdeckt, kann es nicht genügen, dass die Klausel graphisch hervorgehoben wird. Die graphische Hervorhebung ist denn auch nur eine Hilfestellung, um die ungewöhnlichen Klauseln rascher zu identifizieren. Im Kern geht es darum, dass die einwilligende Partei die ungewöhnliche Vertragsklausel effektiv zur Kenntnis nimmt.

Beweispflichtig für die effektive Kenntnisnahme der ungewöhnlichen Vertragsklausel durch den Kunden ist der Verwender der AGB – im hier interessierenden Fall also die Bank. Diesen Punkt hat das Bundesgericht in seinem jüngsten Leitentscheid noch einmal besonders hervorgehoben. Es hielt fest, dass sich aus den Feststellungen der Vorinstanz nicht ergebe, dass die Versicherung die Kunden ausdrücklich und deutlich auf die ungewöhnliche Klausel aufmerksam gemacht habe.¹⁰⁷ In praktischer Hinsicht bedeutet dies für die hier interessierende Konstellation folgendes: Sichergestellt ist die erfolgreiche Berufung auf den Geheimnisverzicht entweder bei Vorliegen einer separaten Verzichtserklärung des Kunden oder bei einer Vertragsgestaltung, bei welcher der Kunde ausdrücklich bestätigt, auf einzelne Punkte der AGB separat und ausdrücklich hingewiesen worden zu sein.

Schliesslich sei mit Blick auf den neusten Leitentscheid des Bundesgerichts¹⁰⁸ zur Ungewöhnlichkeitsregel noch auf folgende Punkte hinzuweisen: Erstens hat das Bundesgericht die Messlatte für die Ungewöhnlichkeit nicht übermässig hoch angesetzt. Im Entscheidfall ging es nämlich um die Frage, ob eine Klausel, mit der die Versicherung im Falle einer behördlich motivier-

¹⁰⁵ Vgl. BGer Pra 87 (1998) Nr. 9, S. 55; HGer ZH, ZR 95 (1996), Nr. 48, S. 147 f. Für die Lehre etwa SCHMID, KMU und Datenschutz, 167.

¹⁰⁶ Vgl. BGE 135 III 1 E. 2.3. S. 9 (ausdrücklich und deutlich); BGer 4A_419/2008 vom 28. Januar 2009, E. 1.5 (spezieller Hinweis bei Vertragsschluss).

¹⁰⁷ BGE 135 III 1 E. 2.3. S. 9.

¹⁰⁸ BGE 135 III 1.

ten Prämienerrhöhung das ausserordentliche Kündigungsrecht des Versicherungsnehmers ausschliesst, unter die Ungewöhnlichkeitsregel fällt. Das Bundesgericht hat dies zu Recht bejaht;¹⁰⁹ dennoch handelt es sich nicht um einen Fall, in dem in krasser und treuwidriger Weise eine gänzlich einseitige Klausel in den Vertrag «hineingeschmuggelt» worden wäre. Zweitens hat das Bundesgericht den Fall unter dem Titel der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG) behandelt, und zwar unter Hinweis auf die – abstrakte – Vielzahl von Betroffenen.¹¹⁰ Wie in den meisten AGB-Streitigkeiten erreichte nämlich der Streitwert die Berufungsgrenze nicht. Mit diesem Weg öffnet das Bundesgericht den Weg für AGB-Pilotprozesse; das wird über kurz oder lang auch die Banken betreffen. Drittens hat das Bundesgericht offen gelassen, ob es nicht generell zu einer allgemeinen Inhaltskontrolle der AGB übergehen will.¹¹¹ Mit den umfangreichen Hinweisen auf die entsprechenden Forderungen der Lehre und auf die Überlegungen einer AGB-Inhaltskontrolle im Rahmen der VVG-Revision ist jedenfalls der Boden dafür vorbereitet.

(2) *Konsequenzen für die Bank*

Insgesamt kann man festhalten, dass mit Blick auf die neuesten Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit einer verstärkten inhaltlichen Kontrolle der Banken-AGB zu rechnen ist. Falls sich der bundesgerichtliche Kontrollblick auf die Einwilligung zur Aufhebung des Bankgeheimnisses richtet, so werden viele Banken den Anforderungen nicht genügen. Zwar sind teilweise die Einwilligungsklauseln graphisch hervorgehoben. Hingegen sind nur einzelne AGB so ausgestaltet, dass der Kunde zusätzlich bestätigt, er sei ausdrücklich auf die Klausel über die Reduktion des Bankgeheimnisses hingewiesen worden. Für die Bank ergibt sich damit ein Beweisproblem. Im Ergebnis werden die meisten Aufhebungsklauseln als nicht übernommen gelten, womit die Einwilligung für die Weitergabe der Daten fehlt. Falls sich die Bank nicht auf einen anderen Rechtfertigungsgrund stützen kann, verletzt sie aus privatrechtlicher Sicht das Bankgeheimnis.

¹⁰⁹ BGE 135 III 1 E. 3.3. S. 13.

¹¹⁰ BGE 135 III 1 E. 1.3.1. S. 5.

¹¹¹ BGE 135 III 1 E. 2.2. S. 8 f. und E. 3.5. S. 13 f.

cc) Konvergenz der allgemeinen und der AGB-spezifischen Schranken

Mit der Ungewöhnlichkeitsregel nimmt das Bundesgericht eine AGB-Kontrolle vor, die sich auf die Konsenslehre stützt: Die ungewöhnliche Klausel ist von der Einwilligung nicht gedeckt, also gilt sie als nicht übernommen.¹¹² In Fällen, in denen es um den Eingriff in die Persönlichkeitsrechte geht, resultiert daraus eine Konvergenz mit der massgeblichen allgemeinen Einwilligungsschranke der genügenden Aufgeklärtheit des Einwilligenden. Denn auch diese stützt sich unter anderem auf die Konsenslehre, indem davon ausgegangen wird, dass ein Eingriff, dessen Tragweite für den Einwilligenden unklar bleibt, von der Einwilligungserklärung nicht gedeckt ist.¹¹³ Auch von der Zielsetzung her besteht hier eine Parallelität: Im Kern geht es darum, dass der Einwilligende sich im Klaren darüber ist, worin er einwilligt. Insofern bringen die Ungewöhnlichkeitsregel und die dazu entwickelten judiziellen Parameter eine zusätzliche Präzisierung des allgemeinen Gültigkeitserfordernisses der genügenden Aufgeklärtheit. Gleichzeitig bedeutet es, dass die übliche zweistufige Prüfung «allgemeine Schranken» und «AGB-spezifische Schranken» zumindest im Hinblick auf die beiden Hauptvoraussetzungen, nämlich der genügenden Aufgeklärtheit und der Einhaltung der Ungewöhnlichkeitsregel, faktisch zusammenfallen.

b) Strafrecht

Mit Blick auf den Grundsatz der Kohärenz der Rechtsordnung besteht die Vermutung, dass für das Strafrecht und das Zivilrecht bezüglich der Gültigkeit oder Unwirksamkeit einer Einwilligung dieselben Parameter gelten. Die Vermutung steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass nicht teilrechtsspezifische Gründe im Einzelfall eine Abweichung erfordern.¹¹⁴ Ob und in welchem Umfang sich das Ergebnis einer privatrechtlichen AGB-Kontrolle auf die Beurteilung der Bankgeheimnisverletzung unter Art. 47 BankG auswirkt, bleibt daher genauer zu untersuchen.

¹¹² Dass die AGB-Kontrolle nach wie vor Geltungs- und nicht Inhaltskontrolle ist, wird in der Lehre mehrheitlich kritisiert. Statt vieler: KOLLER, AJP 2008, 951 f.

¹¹³ Vgl. HAAS, Einwilligung, N 592.

¹¹⁴ Zu diesem Wechselspiel zwischen Geltungsvermutung und Widerlegungsmöglichkeit siehe vorne S. 222 (Koordinationsdogmatische Grundlagen).

aa) Allgemeine Schranken

Wie im Privatrecht steht auch im Strafrecht bei den allgemeinen Schranken eines AGB-gestützten Verzichts auf das Bankgeheimnis die genügende Aufgeklärtheit im Vordergrund.¹¹⁵ Allerdings sind im Strafrecht die Rechtsgrundlagen weniger breit gefasst.¹¹⁶ Der «informed consent» stützt sich im Wesentlichen auf das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen, allenfalls auf die mängelfreie Willensbildung.¹¹⁷ Hingegen kommen die anderen privatrechtlichen Rechtsgrundlagen nicht zum Tragen; insbesondere spielt nach Auffassung der strafrechtlichen Doktrin das Verbot der übermässigen Selbstbindung (Art. 27 Abs. 2 ZGB) bei Eingriffen in die Geheimsphäre keine Rolle.¹¹⁸

Die Breite der Rechtsgrundlagen hat aber keinen Einfluss auf die Art und den Umfang der Aufklärung, die geleistet werden muss, damit ein «informed consent» vorliegt. Im Ergebnis verlaufen hier das Privatrecht und das Strafrecht parallel: Nur wenn der Betroffene über genügend Informationen verfügt, kann er die Tragweite des Eingriffs in seinen Geheimbereich einschätzen. Die AGB der Bank müssen also klar darauf hinweisen, in welchem Umfang der Kunde mit seiner Einwilligung auf das Bankgeheimnis verzichtet.

bb) AGB-spezifische Schranken?

Für das Privatrecht stand mit Blick auf die AGB-spezifischen Schranken einer Aufhebung des Bankgeheimnisses die Ungewöhnlichkeitsregel im Vordergrund. Diese Regel ist eine rein privatrechtliche Rechtsfigur, die im Strafrecht keine Anwendung findet: Das Strafrecht fragt nicht, ob es aufgrund der Ungewöhnlichkeit einer Klausel am Konsens zwischen den Parteien fehlt und die besagte Klausel daher nicht Vertragsbestandteil wird. Es richtet seinen Blick (einseitig) auf die Einwilligung des Betroffenen, die allerdings auf der Grundlage einer genügenden Aufklärung erfolgen muss. Wie bereits dargelegt,¹¹⁹ verlangt aber die Ungewöhnlichkeitsregel im Ergebnis

¹¹⁵ Welche Bedeutung den anderen privatrechtlichen Schranken (Sittenwidrigkeit, Rechtswidrigkeit, Zwang, Täuschung) im Strafrecht zukommt, wird hier nicht weiter untersucht.

¹¹⁶ Siehe dazu vorne S. 228 (Genügende Aufgeklärtheit).

¹¹⁷ Vgl. STRATENWERTH, Strafrecht AT I, § 10 N 22 (Selbstbestimmung); TRECHSEL/NOLL, Strafrecht AT I, 143 (Willensmängel).

¹¹⁸ Siehe oben S. 227 (Inhaltsmängel).

¹¹⁹ Siehe oben S. 234 (Konvergenz der allgemeinen und AGB-spezifischen Schranken).

auch nichts anderes als die genügende Aufklärung des Kunden über die Tragweite und den Umfang seiner Einwilligung. Wird die Aufklärung (mittels eines ausdrücklichen und deutlichen Hinweises)¹²⁰ vorgenommen, ist die ungewöhnliche Klausel gültig. Die fehlende Anwendbarkeit der Ungewöhnlichkeitsregel im Strafrecht ändert mithin nichts an der grundsätzlichen Übereinstimmung von Privatrecht und Strafrecht im Hinblick auf die Schranken, die für eine Aufhebung des Bankgeheimnisses im Rahmen von Banken-AGB bestehen.

Selbst über das Grundsätzliche hinaus ist die Übereinstimmung zwischen Privatrecht und Strafrecht zu bejahen: Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit der Ungewöhnlichkeitsregel das Erfordernis des «ausdrücklichen und deutlichen» Hinweises auf die ungewöhnliche Klausel entwickelt. Dieses Erfordernis kann auch im Strafrecht als Kriterium herangezogen werden, wenn es darum geht, die genügende Aufgeklärtheit zu konkretisieren. Dafür spricht das Prinzip der Kohärenz der Rechtsordnung und die damit verbundene Vermutung, dass gleiche Rechtsinstitute – hier das Institut des «informed consent» – in verschiedenen Teilrechtsordnungen inhaltlich dasselbe bedeuten, und dass deren Weiterentwicklung innerhalb einer Teilrechtsordnung aus Sicht der anderen Teilrechtsordnungen vermungsweise als adäquate Lösungsansätze gelten. Hinzu kommt, dass im vorliegenden Fall keine – historischen, grammatikalischen, systematischen oder teleologischen – Gründe ersichtlich sind, die für das Strafrecht einen anderen Standard als denjenigen des «ausdrücklichen und deutlichen» Hinweises auf die Beschränkung des Bankgeheimnisschutzes gebieten würden.

c) Fazit

aa) Konvergenz der Einwilligungsstandards

Im Ergebnis kann man festhalten, dass für das Zivilrecht und das Strafrecht die Voraussetzungen für eine gültige Einwilligung in die Beschränkung des Bankgeheimnisschutzes im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zwar nicht bezüglich ihrer dogmatischen Konstruktion, wohl aber mit Blick auf ihr Ergebnis weitgehend übereinstimmen. Entsprechend indiziert die Feststellung einer ungültigen Einwilligung im einen Teilrechtsgebiet die Ungültigkeit im anderen Teilrechtsgebiet.

¹²⁰ Vgl. BGE 135 III 1 E. 2.3 S. 9.

bb) Eigenständigkeit beim Rechtsfolgeneintritt

Dass zwischen dem Strafrecht und dem Zivilrecht aufgrund der Rechtsfigur des «aufgeklärten Bankkunden» eine Parallelität bei der Frage der AGB-gestützten Einwilligung in die Beschränkung des Geheimnisschutzes besteht und insoweit die zivilrechtliche Feststellung der Unverbindlichkeit einer Verzichtsklausel die Erfüllung des Straftatbestandes in Art. 47 BankG indiziert, ändert nichts daran, dass jede Teilrechtsordnung an den effektiven Eintritt der Rechtsfolgen noch weitere, teilrechtsspezifische Voraussetzungen knüpft. So wird man aus strafrechtlicher Sicht insbesondere prüfen müssen, ob sich der Bankmitarbeiter oder die Bank allenfalls darauf berufen können, sie seien irrtümlicherweise vom Vorliegen einer gültigen Einwilligung ausgegangen. Dies wäre der Fall einer sogenannten Putativrechtfertigung¹²¹, die nach den Regeln des Sachverhaltsirrtums (Art. 13 StGB) beurteilt wird.¹²² Danach beurteilt das Gericht die Tat zugunsten des Täters nach dem Sachverhalt, den sich der Täter vorgestellt hat (Art. 13 Abs. 1 StGB). Hätte der Täter allerdings den Irrtum bei pflichtgemässer Vorsicht erkennen können, so ist er wegen Fahrlässigkeit strafbar, wenn – wie im Falle der Bankgeheimnisverletzung (Art. 47 Abs. 2 BankG) – die fahrlässige Begehung der Tat mit Strafe bedroht ist (Art. 13 Abs. 2 StGB).

Für die Frage der fehlenden Einwilligung aufgrund einer ungewöhnlichen AGB-Klausel bedeutet dies folgendes: Der Bankangestellte kann sich in aller Regel auf die vom Rechtsdienst erarbeiteten AGB stützen. Für ihn ist der Irrtum nicht vermeidbar, entsprechend ist die Strafbarkeit ausgeschlossen. Auf der Stufe des Bankunternehmens wird man dagegen unterscheiden müssen. Solange die Gerichte im Zuge ihrer AGB-Kontrolle die Rahmenbedingungen für den Bankgeheimnisverzicht nicht abgesteckt haben, wird auch die Bank die Putativrechtfertigung geltend machen können. Besteht allerdings in diesem Punkt eine gefestigte Rechtsprechung, so muss sich die Bank diese vorhalten lassen, selbst wenn die judizielle AGB-Kontrolle nur immer einzelfallweise erfolgt.

¹²¹ Bei der Putativrechtfertigung nimmt der Täter irrtümlicherweise das Vorliegen einer objektiven Rechtfertigungslage an. Vgl. dazu JENNY, Basler Kommentar, N 12 zu Art. 13 StGB.

¹²² JENNY, Basler Kommentar, N 12 zu Art. 13 StGB.

3. Anwendung: Outsourcing

Die kundenrelevante Auslagerung von Geschäftsbereichen durch die Banken geht auf die 1970er Jahre zurück. Damals betrafen sie allerdings noch Einzelfälle. Eine neue Dimension erreichte diese Form der Arbeitsteilung in den 1990er Jahren, nicht zuletzt auch mit dem Aufkommen des Internet-Banking. Heute gehört das Outsourcing zur gewöhnlichen Geschäftsorganisation einer Bank, zudem sind auch vermehrt die angestammten Bankbereiche betroffen. Entsprechend häufig stellt sich bei Outsourcing-Vorgängen jeweils die Frage, ob das Bankgeheimnis eingehalten wird. Im Vordergrund steht dabei der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung des Kunden in die Datenweitergabe. Dabei besteht insoweit eine Besonderheit, als auch die Aufsichtsbehörde in dieser Frage aktiv geworden ist und – atypischerweise – zur Beziehung zwischen der Bank und der Kundschaft in einem Rundschreiben Stellung nimmt.

a) Aufsichtsrecht

In den aufsichtsrechtlichen Blickfang geriet das Outsourcing im Jahre 1974, als der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) das Gesuch einer Zweigniederlassung einer ausländischen Bank vorlag, die Buchführung ins Ausland zu verlegen. Die EBK wies das Begehren ab und begründete die Ablehnung im Wesentlichen damit, dass die Wahrung des schweizerischen Bankgeheimnisses im Ausland nicht sichergestellt sei.¹²³ Im Zuge der 1990er Jahre konnte sich allerdings dieselbe Behörde der betriebswirtschaftlichen Realität des Outsourcing nicht länger verschliessen. Sie ging dazu über, Datenverarbeitungen im Ausland auf Einzelfallbasis und unter Statuierung einer Reihe von Bedingungen zuzulassen.¹²⁴ Schliesslich erarbeitete sie 1999 ein Outsourcing-Rundschreiben, das die Rahmenbedingungen festhält, unter denen die Bank ohne (Sonder-)Bewilligung der Aufsichtsbehörde einzelne Geschäftsbereiche an einen externen Dienstleister auslagern kann.¹²⁵ Im Zweckartikel wird dabei festgehalten, dass nach Auffassung der Aufsichtsbehörde bei Einhaltung der festgelegten Grundsätze die Outsourcing-

¹²³ EBK-Bulletin, 21/1991, 27.

¹²⁴ Vgl. EBK-Jahresbericht, 1990, 27 f. und 1991, 39; EBK-Bulletin 21 (1991), 26 f.

¹²⁵ EBK-Rundschreiben, 99/2, Rundschreiben der Eidg. Bankenkommission: Auslagerung von Geschäftsbereichen (Outsourcing) vom 26. August 1999. Heute FINMA-RS 08/7 (Outsourcing Banken).

Lösungen den Erfordernissen einer angemessenen Organisation, des Bankgeheimnisses und des Datenschutzes entsprechen.

Zu den Voraussetzungen für ein bewilligungsfreies Outsourcing gehört gemäss Grundsatz 6 des Rundschreibens die vorgängige Kundeninformation. Dabei unterscheidet das Rundschreiben zwischen dem Datentransfer im Inland und dem Datentransfer ins Ausland. Für den Datentransfer im Inland genügt die Information in allgemeiner Form, z. B. in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Depotreglementen, Kontoauszügen, Informationsbroschüren oder in Briefform. Inhaltlich soll die Information nähere Angaben über die ausgelagerten Bereiche enthalten. Bei einem kundenrelevanten¹²⁶ Datentransfer ins Ausland muss dagegen der Kunde vorab mit besonderem Schreiben detailliert informiert und über die getroffenen Sicherheitsvorkehrungen hingewiesen werden. Zudem muss er die Möglichkeit haben, die Vertragsbeziehung zur Bank innert angemessener Frist und ohne Nachteile zu beenden.

Im Ergebnis genügt also nach Auffassung der Aufsichtsbehörde im Rahmen eines Outsourcing-Vorgangs die *Information* des Kunden, damit den Anforderungen des Bankgeheimnisses bzw. seiner Aufhebung Genüge getan wird.

b) Privatrecht

Für den privatrechtlichen Bankgeheimnisschutz gilt als Rechtfertigungsgrund nicht die Information, sondern die Einwilligung des Betroffenen, die im Übrigen den allgemeinen privatrechtlichen Anforderungen an eine wirksame Einwilligung entsprechen muss.

aa) Einwilligung bei Vertragsschluss

Die Frage einer wirksamen Einwilligung in die outsourcingbezogene Aufhebung des Geheimnisschutzes im Zeitpunkt des Vertragsschlusses folgt den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts. Namentlich muss sichergestellt sein, dass die Einwilligung sich effektiv auf den Outsourcing-Vorgang bezieht. Das setzt voraus, dass sich der Kunde bewusst ist bzw. bewusst sein muss, dass die ihm vorliegenden Unterlagen als verbindliche Vertragsgrundlage gelten sollen. Informationsbroschüren, wie sie das Outsourcing-Rundschreiben erwähnt, werden diese Voraussetzung selten erfüllen. Als

¹²⁶ Lässt der Datentransfer keine Rückschlüsse auf die Identität des Kunden zu, entfällt auch die besondere Informationspflicht der Bank, vgl. FINMA-RS 08/7 Rz. 39.

einwilligungsrelevante Grundlagen kommen typischerweise die AGB oder Spezialreglemente (z. B. Depotreglemente) in Frage.

Abgesehen von der praktischen Frage der möglichen Vertragsgrundlage sind in einem zweiten Schritt die generellen und die AGB-spezifischen Schranken einer Einwilligung zu beachten, wobei hierfür auf die obenstehenden Erläuterungen verwiesen wird:¹²⁷ Erforderlich ist insbesondere die genügende Aufklärung des Kunden über die Tragweite und den Umfang des Geheimnisverzichts, was – jedenfalls im Rahmen einer formularmässigen Einwilligung – einen ausdrücklichen und deutlichen Hinweis der Bank auf eben diesen Verzicht voraussetzt.

bb) Einwilligung bei bestehender Kundenbeziehung

In praktischer Hinsicht zielt das Outsourcing-Rundschreiben der FINMA vor allem auf die bestehende Kundenbeziehung ab, die (neuerdings) von einem Outsourcing-Vorgang betroffen ist. Auch hier bestehen zwischen der aufsichtsrechtlichen und der privatrechtlichen Sichtweise Differenzen. Im Vertragsrecht gilt der Grundsatz der Bindungswirkung des Vertrages: Nach Vertragsschluss kann keine Partei das übereinstimmend Erklärte ohne Zustimmung der anderen Partei ändern oder unwirksam machen.¹²⁸ Eine zustimmungslose «Information» über die outsourcingbezogene Aufhebung des Geheimnisschutzes, wie sie das FINMA-Rundschreiben vorsieht, vermag daher im Vertragsrecht keine Wirkung zu entfalten.

Auch der Ausnahmefall einer wirksamen «Zustimmung durch Schweigen» kommt im vorliegenden Fall nicht in Betracht. Nach der Regel in Art. 6 OR, der allgemeine Geltung zukommt, gilt Schweigen nur dann als Zustimmung, wenn wegen der «besonderen Natur des Geschäfts» oder wegen anderer «besonderer Umstände» auf die Zustimmung des Erklärungsempfängers geschlossen werden kann. Die «besondere Natur des Geschäfts» betrifft Verträge, die den Erklärungsempfänger in keiner Weise belasten.¹²⁹ Die «anderen besonderen Umstände» zielen auf Fälle ab, in denen der Erklärende nach Vertrauensprinzip nicht mit einer ablehnenden Erklärung des Erklärungsempfängers zu rechnen brauchte, also etwa den Fall von Rahmenverträgen.¹³⁰ Beide Ausnahmen treffen auf Outsourcing-Konstellationen nicht zu. Hinzu kommt ein Weiteres: Mit der Aufhebung des Geheimnis-

¹²⁷ Siehe vorne S. 230 (Privatrecht).

¹²⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, N 232.

¹²⁹ Statt vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, N 456.

¹³⁰ Statt vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, N 455, 458.

schutzes wird (unstreitig) in das Persönlichkeitsrecht des Kunden eingegriffen. Nach herrschender Lehre gilt aber gerade bei Eingriffen in die Persönlichkeitsrechte die Vermutung, dass der Betroffene den Eingriff ablehnt.¹³¹ Angesichts dieser Rechtslage kommt die ausnahmsweise Zustimmung durch Schweigen umso weniger in Betracht.

Ausser Betracht fällt auch eine Ausnahmeregelung für den bankspezifischen Bereich, der sich unmittelbar aus dem Outsourcing-Rundschreiben ergeben würde. Eine aufsichtsrechtliche Regel kann zwar im Privatrecht konkretisierende Wirkung entfalten. Hingegen gilt auch hier der allgemeine Vorbehalt der privatrechtlichen Systemkompatibilität: Dass Schweigen keine Zustimmung bedeutet, ist eine Fundamentalregel des Privatrechts. Die Übernahme des aufsichtsrechtlichen Standards ist daher auch unter Berufung auf das Prinzip der Kohärenz der Rechtsordnung nicht zulässig.

Für den privatrechtlichen Bankgeheimnisschutz ergibt sich daraus, dass eine Information über die Reduktion des Schutzzumfangs, wie sie das Outsourcing-Rundschreiben genügen lässt, keine wirksame Einwilligung darstellt. Diese muss vielmehr den allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen genügen, also vom aufgeklärten Kunden ausdrücklich oder konkludent erklärt werden.

cc) Einwilligung pro futuro: Einseitiges Vertragsänderungsrecht der Bank

In der Praxis behalten sich die Banken in ihren AGB regelmässig einseitige Vertragsänderungen vor. Im Zusammenhang mit den Informationen über kundenrelevante Outsourcing-Vorgänge, die – nach den Vorstellungen des FINMA-Rundschreibens – in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Depotreglementen, Kontoauszügen, Informationsbroschüren oder in Briefen enthalten sind, stellt sich daher die Frage, ob der Information allenfalls die Eigenschaft einer einseitigen Vertragsänderung zukommt, welcher der Kunde *vorgängig* zugestimmt hat.

(1) Zulässigkeit der einseitigen Vertragsänderung

Was die Wirksamkeit einseitiger Abänderungsklauseln an sich betrifft, so dürfen sie weder gegen die allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit noch gegen die AGB-spezifischen Schranken verstossen. Mit Blick auf die allgemeinen Schranken stellt sich namentlich die Frage nach der übermässigen

¹³¹ Vgl. etwa AEBI-MÜLLER, System des Persönlichkeitsschutzes, N 229; HAAS, Einwilligung, N 231.

Selbstbindung (Art. 27 Abs. 2 ZGB). Eine solche ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn dem Kunden für den Fall der einseitigen Vertragsänderung nicht gleichzeitig eine effektive und dem Vertrag angemessene Kündigungsmöglichkeit eingeräumt wird. Die Kündigungsmöglichkeit entfaltet ihrerseits nur dann praktische Wirkung, wenn der Kunde die «Information» der Bank als Vertragsänderung wahrnimmt. Dies ist im Einzelfall zu entscheiden. Bei Outsourcing-Hinweisen auf Kontoauszügen und Informationsbroschüren, wie sie im FINMA-Rundschreiben erwähnt sind, ist dies in der Tendenz zu verneinen.

Bezüglich der AGB-spezifischen Schranken ist zudem die Ungewöhnlichkeitsregel zu beachten. Die Möglichkeit einer einseitigen Vertragsänderung bedeutet eine wesentliche Relativierung des Grundsatzes der Bindungswirkung des Vertrages, wonach keine Partei das übereinstimmend Erklärte ohne Zustimmung der anderen Partei ändern oder unwirksam machen kann.¹³² Eine entsprechende Vertragsklausel führt zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters – und zwar eines jeden Vertrages. Sie ist daher ungewöhnlich im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.¹³³ Bestätigung findet diese Auffassung im jüngsten Leitentscheid aus Lausanne, in dem sogar die behördlich motivierte einseitige Vertragsanpassung ohne Einräumung einer Kündigungsmöglichkeit seitens des Versicherungsnehmers als ungewöhnlich taxiert wurde.¹³⁴ Ungewöhnliche AGB-Klauseln gelten als nicht übernommen, es sei denn, der Betroffene sei bei Vertragsschluss ausdrücklich und deutlich auf sie hingewiesen worden, wofür die Bank beweispflichtig ist.¹³⁵

(2) *Zulässigkeit des darauf gestützten Outsourcing-Vorgangs*

Sind die obenstehenden Bedingungen erfüllt (Kündigungsmöglichkeit, klarer Hinweis auf das einseitige Änderungsrecht), so ist weiter zu beachten, dass die outsourcing-bedingte Aufhebung des Geheimnisschutzes zwar aufgrund des einseitigen Änderungsrechts der Bank in formeller Hinsicht nicht mehr der Zustimmung des Kunden bedarf. In praktischer Hinsicht wird allerdings aufgrund des Kündigungsrechts des Kunden eine Zustimmungssi-

¹³² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, Nr. 232.

¹³³ Für die Kriterien der Ungewöhnlichkeit vgl. zuletzt BGE 135 III 1 E. 2.1. S. 7. Pro Memoria: Für die Ungewöhnlichkeit wird nicht darauf abgestellt, ob eine Klausel «branchenüblich» ist.

¹³⁴ BGE 135 III 1 E. 3.3. S. 12 f.

¹³⁵ Vgl. BGE 135 III 1 E. 2.3 S. 9 (ausdrücklicher und deutlicher Hinweis); BGer 4A_187/2007 vom 9. Mai 2008, E. 5.1. (spezieller Hinweis).

tuation geschaffen. Macht zudem die Bank von ihrem einseitigen Änderungsrecht Gebrauch, indem sie dem Kunden neue AGB zuschickt, so unterliegen diese neuen AGB wiederum der Ungewöhnlichkeitsregel: Dabei kommt die Bank gemäss Bundesgericht nicht umhin, die Kunden ausdrücklich und deutlich auf die neue oder erweiterte Aufhebung des Geheimnisschutzes hinzuweisen. Sie ist für diesen Hinweis zudem beweispflichtig. Den Beweis kann sie ohne weiteres führen, wenn sie sich vom Kunden schriftlich bestätigen lässt, dass er die outsourcingbezogene Aufhebung des Geheimnisschutzes zur Kenntnis genommen hat. Allerdings ist damit ein erheblicher Aufwand verbunden. Genügend ist nach der hier vertretenen Ansicht auch, wenn die Bank in einem die neuen AGB begleitenden Schreiben deutlich auf diese Änderung hinweist. Fraglich ist zudem, ob die Bank nebst dem Hinweis auf die outsourcing-bedingte Datenweitergabe auch verpflichtet ist, den Kunden noch einmal deutlich auf sein Kündigungsrecht hinzuweisen. Das ist nicht nur aus Gründen der Lauterkeit zu bejahen, sondern auch im Hinblick auf die Ungewöhnlichkeitsregel: Ungewöhnlich ist die einseitige Reduktion des Geheimnisschutzes selbst *unter Einschluss* der Kündigungsmöglichkeit. Auf dieses «Gesamtpaket» muss die Bank hinweisen, wenn die Datenweitergabe von der Einwilligung des Kunden gedeckt sein will.

(3) *Ergebnis*

Zusammenfassend lassen sich die wesentlichen Erfordernisse für die privatrechtlich wirksame, outsourcing-bedingte Aufhebung des Geheimnisschutzes bei bestehenden Kundenbeziehungen wie folgt beschreiben: Klarer Hinweis auf das einseitige Abänderungsrecht der Bank im Erstvertrag, Kündigungsmöglichkeit des Kunden, Eindeutigkeit der einseitigen Vertragsänderung, klarer Hinweis auf die outsourcing-bedingte Reduktion des Geheimnisschutzes im revidierten Vertrag unter Einschluss des Hinweises auf die Kündigungsmöglichkeit. Damit ist gleichzeitig gesagt, dass die Bank ihren privatrechtlichen Pflichten nicht genügt, wenn sie lediglich die Informationsvorgaben des FINMA-Rundschreibens erfüllt.

c) **Strafrecht**

Gleich wie im Privatrecht genügt auch im Strafrecht die Information nicht als Rechtfertigung für die Aufhebung des Geheimnisschutzes. Es braucht vielmehr eine Einwilligung, die zudem den Anforderungen der strafrechtlichen Einwilligungslehre genügen muss.

aa) Einwilligung bei Vertragsschluss

Bezieht sich die Einwilligung des Kunden zur Aufhebung des Geheimnisschutzes auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, so gelten die allgemeinen strafrechtlichen Regeln über die Einwilligung: Es muss namentlich ein «informed consent» vorliegen, der Kunde muss sich also über die Tragweite und den Umfang der Preisgabe des bankrelevanten Geheimnisschutzes im Klaren sein. Auch wenn die Rechtsgrundlagen des «informed consent» im Privatrecht breiter gefasst sind als im Strafrecht,¹³⁶ so dient dieses Rechtsinstitut in beiden Teilrechtsgebieten demselben Zweck, nämlich dem Schutz des Betroffenen vor einer unerwarteten Verletzung seiner Geheimsphäre. Dies spricht umso mehr dafür, dem Prinzip der Kohärenz der Rechtsordnung hier Geltung zuzusprechen und davon auszugehen, dass auch die inhaltlichen Anforderungen an die genügende Information in beiden Teilrechtsordnungen dieselben sind. Auf diesem Weg fliesst sogar die Ungewöhnlichkeitsregel, die als spezifisch privatrechtlicher Kontrollmechanismus im Strafrecht keine direkte Anwendung findet, in die strafrechtliche Beurteilung ein: Die Ungewöhnlichkeitsregel konkretisiert im Privatrecht den Informationsstandard, der unter dem Titel der genügenden Aufklärung erreicht werden muss¹³⁷, und dieser allgemeine privatrechtliche Massstab bildet seinerseits auf der inhaltlichen Ebene einen adäquaten Lösungsansatz für das Strafrecht.

bb) Einwilligung bei bestehender Kundenbeziehung

Wie bereits erwähnt, zielt das Outsourcing-Rundschreiben der FINMA in praktischer Hinsicht vor allem auf die Einführung nachträglicher Outsourcing-Lösungen durch die Bank und das damit verbundene Problem der Anpassung bestehender Kundenbeziehungen im Hinblick auf die Reduktion des Geheimnisschutzes. Für das Privatrecht wurde im Ergebnis festgehalten, dass die aufsichtsrechtlichen Standards dem Einwilligungserfordernis nicht genügen. Dasselbe gilt für das Strafrecht, jedoch nicht aus den exakt gleichen Gründen.

Im Strafrecht erlangt der vertragsrechtliche Grundsatz der Bindungswirkung des Vertragsabschlusses keine Relevanz. Entsprechend liegt darin auch keine strafrechtliche Schranke für eine Reduktion des Geheimnisschutzes. Im Ergebnis ändert sich dadurch allerdings nichts, denn das Strafrecht

¹³⁶ Siehe oben S. 228 (Genügende Aufgeklärtheit).

¹³⁷ Siehe oben S. 234 (Konvergenz der allgemeinen und der AGB-spezifischen Schranken).

verlangt unabhängig von jeder vertraglichen Konstruktion für den Eingriff in den Geheimbereich die Zustimmung des Geheimnisträgers.

Sodann gilt im Strafrecht (wie im Zivilrecht) das blosse Schweigen nicht als Einwilligung. Wäre es anders, könnte man durch eine einfache Ankündigung einen Rechtfertigungsgrund für eine Rechtsgutverletzung schaffen; es läge dann am potentiellen Opfer, sich rechtzeitig dagegen zu verwehren. Ob strafrechtsinhärente Gründe in Analogie zu Art. 6 OR eine Ausnahmeregel zulassen, wäre näher zu untersuchen. Allein: Im vorliegenden Kontext würde diese Ausnahme nicht greifen, weil weder ein besonderes Geschäft noch andere besondere Umstände vorliegen. Mithin genügt auch unter diesem Gesichtspunkt die Information des Kunden über die Reduktion des Geheimnisschutzes nicht.

Schliesslich genügt aus strafrechtlicher Sicht auch nicht, dass das Outsourcing-Rundschreiben der FINMA mit dem dort statuierten Informationsvorbehalt in praktischer Hinsicht das Schweigen des Kunden als Zustimmung gelten lässt. Zwar wird im Zweckartikel des Rundschreibens ausdrücklich festgehalten, dass nach Auffassung der Aufsichtsbehörde bei Einhaltung der einzelnen Grundsätze die Outsourcing-Lösungen den Erfordernissen einer angemessenen Organisation, des Bankgeheimnisses und des Datenschutzes entsprechen. Unmittelbar zuständig ist die Aufsichtsbehörde allerdings nur für die Frage der angemessenen Organisation (Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG). Die Verfolgung von Widerhandlungen gegen das Bankgeheimnis legt das Bankengesetz dagegen ausdrücklich in die Hände der kantonalen Strafverfolgungs- und Gerichtsbehörden (Art. 47 Abs. 6 BankG). Zwar ist die FINMA eine sachnahe Behörde, deren Konkretisierung von Art. 47 BankG ein Strafrichter unter dem Titel der Kohärenz der Rechtsordnung beachten wird. Wo aber – wie vorliegend – grundlegende Prinzipien der strafrechtlichen Einwilligungslehre betroffen sind, gilt der Vorbehalt der strafrechtseigenen Systemkompatibilität: Das Strafrecht kann eine solche Auslegung nicht übernehmen.

Für den strafrechtlichen Bankgeheimnisschutz ergibt sich daraus, dass eine Information über die Reduktion des Schutzzumfangs, wie sie das Outsourcing-Rundschreiben genügen lässt, keine wirksame Einwilligung darstellt. Diese muss vielmehr den allgemeinen Voraussetzungen der strafrechtlichen Einwilligungslehre genügen, also vom aufgeklärten Kunden ausdrücklich oder konkludent erklärt werden.

cc) Einwilligung pro futuro: Einseitiges Vertragsänderungsrecht der Bank

Die im Outsourcing-Rundschreiben erwähnte (zustimmungslose) Information über die Aufhebung des Geheimnisschutzes könnte allerdings auch deshalb einen wirksamen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund darstellen, weil sich die Bank in ihrem Erstvertrag gültig die Einwilligung des Kunden zur einseitigen nachträglichen Vertragsänderung vorbehalten hat.

(1) Zulässigkeit der einseitigen Vertragsänderung

Die Zulässigkeit einer AGB-Klausel, mit der sich die Bank ein einseitiges Vertragsänderungsrecht vorbehält, ist für das Strafrecht nur insoweit relevant, als mit der Änderung in ein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut eingegriffen wird – namentlich also in die Geheimsphäre des Bankkunden. Befindet man sich in diesem reduzierten Kontrollkreis, so entfaltet – als weiterer Unterschied zum Privatrecht – die Bestimmung in Art. 27 Abs. 2 ZGB keine unmittelbare Schrankenwirkung; die Strafrechtsdoktrin hält den generellen Verzicht auf den Schutz der Geheimsphäre für zulässig.¹³⁸ Entsprechend müsste das einseitige Vertragsänderungsrecht der Bank nicht mit einer Kündigungsmöglichkeit verbunden werden.

In praktischer Hinsicht wird man allerdings auch aus der strafrechtlichen Perspektive eine Kündigungsmöglichkeit vorsehen. Denn mit ihr wird der Outsourcingvorgang faktisch an die nochmalige – wenn auch stillschweigende – Zustimmung des Kunden geknüpft. Ohne dieses faktische Zustimmungserfordernis im späteren Verlauf des Vertrages müsste man bereits beim Vertragsabschluss sehr viel höhere Anforderungen an die Voraussetzung der genügenden Aufgeklärtheit des Kunden stellen. Die Klausel, wonach sich die Bank eine einseitige Abänderung des Vertrages vorbehält, müsste vom Kunden in ihrer gesamten Tragweite, also *auch* im Hinblick auf ihre Bedeutung für die Aufhebung des Bankgeheimnisschutzes, verstanden werden. Eine allgemeine Abänderungsklausel erfüllt dieses Erfordernis nicht; selbst der aufmerksame Kunde wird nicht darauf schliessen, dass er damit auch in eine künftige, in ihrem Umfang noch unbestimmte einseitige Reduktion des bankrelevanten Geheimnisschutzes einwilligt. Umgekehrt ist für die Bank im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht klar, wie sie später ihre Outsourcing-Lösungen gestalten will. Daher rechtfertigt es sich, parallel

¹³⁸ Siehe oben S. 227 (Inhaltsmängel). STRATENWERTH, Strafrecht AT I, § 10 N 16; GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, N 105; HAFTER, Strafrecht, 169; LOGOZ/SANDOZ, Commentaire du code pénale suisse, N 5c zu Art. 32 StGB; NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 71. A.A. SCHWANDER, Strafgesetzbuch, N 173.

zum Vertragsrecht eine Regelung zuzulassen, die eine einseitige allgemeine Vertragsänderung zulässt, diese aber mit einer Kündigungsmöglichkeit verknüpft. Gleichzeitig wird man dann allerdings – wiederum parallel zum Privatrecht – fordern, dass die Bank beim Vertragsschluss ausdrücklich und deutlich auf das einseitige Abänderungsrecht hinweist.

(2) *Zulässigkeit des darauf gestützten Outsourcing-Vorgangs*

Besteht für den Kunden gestützt auf den Erstvertrag die Möglichkeit, im Falle einer einseitigen Vertragsänderung der Bank die Geschäftsbeziehung zu beenden, so genügt es, wenn er im Falle der effektiven Datenweitergabe im Rahmen eines neuen Outsourcing-Vorgangs auf die diesbezügliche Änderung und die bestehende Kündigungsmöglichkeit hingewiesen wird. Eine nochmalige Zustimmung des Kunden ist nicht mehr notwendig, wobei sich das Zustimmungserfordernis faktisch aus der Kündigungsmöglichkeit ergibt. Weiter wird man auch im Strafrecht mit Blick auf die genügende Aufgeklärtheit des Kunden verlangen, dass dieser ausdrücklich und deutlich auf den Eingriff in das Bankgeheimnis hingewiesen wird. Die Bank ist dafür beweispflichtig. Wie im Privatrecht wird man es genügen lassen, dass sie eine schriftliche Bestätigung vom Kunden einholt, oder dass sie in einem die neuen AGB begleitenden Schreiben deutlich auf die Änderung und die Kündigungsmöglichkeit hinweist.

Aus strafrechtlicher Sicht kann also die Bank gestützt auf die vorgängige Zustimmung des Kunden ihr einseitiges Vertragsänderungsrecht wahrnehmen und im Zusammenhang mit einem Outsourcing-Vorgang eine Reduktion des Geheimnisschutzes vornehmen. Voraussetzung ist dabei der klare Hinweis auf das einseitige Abänderungsrecht der Bank im Erstvertrag sowie der klare Hinweis auf die outsourcing-bedingte Reduktion des Geheimnisschutzes und die Kündigungsmöglichkeit des Kunden im revidierten Vertrag. Angesichts dieser Voraussetzungen wird deutlich, dass eine strafrechtliche Bankgeheimnisverletzung nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil die Bank die Vorgaben des FINMA-Rundschreibens hinsichtlich der Information gegenüber dem Kunden erfüllt.

d) Fazit

aa) Teilweise Konvergenz der Einwilligungsstandards

Der Vergleich zwischen dem aufsichtsrechtlichen, strafrechtlichen und privatrechtlichen Standard, den die Rechtsfigur der Einwilligung im Zusammenhang mit der outsourcingbedingten Preisgabe von geschützten Bankdaten setzt, zeigt vorab eine Divergenz zwischen dem Aufsichtsrecht einerseits und dem Privatrecht und dem Strafrecht andererseits. Informiert die Bank nach den Grundsätzen des Outsourcing-Rundschreibens, so hat sie ihre aufsichtsrechtliche Verantwortlichkeit im Hinblick auf die Kundenbeziehung erfüllt. Das Privatrecht und das Strafrecht lassen im Gegensatz zum Aufsichtsrecht eine «Information» des Kunden nicht als Einwilligung genügen.

bb) Eigenständigkeit beim Rechtsfolgeneintritt

Neben der Frage des Massstabes, der an den Rechtfertigungsgrund der Einwilligung gelegt wird, stellt sich weiter die Frage nach den zusätzlichen Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit die aufsichtsrechtlichen, zivilrechtlichen und strafrechtlichen Folgen einer unerlaubten Datenweitergabe effektiv zur Anwendung kommen. Hier bleiben die Teilrechtsgebiete weitgehend unabhängig. Dies hat vor allem Bedeutung für das Strafrecht. Für das Strafrecht wird sich nämlich die Frage stellen, ob die Bank unter Hinweis auf das FINMA-Rundschreiben einen Verbotsirrtum (Art. 21 StGB) geltend machen kann. Das wird man im Einzelfall prüfen müssen; für die Strafflosigkeit ist allerdings erforderlich, dass der Irrtum vermeidbar war, bei Vermeidbarkeit wirkt er sonst lediglich strafmildernd. Man wird aber der Bank zugestehen müssen, dass die Tatsache, dass *ihre* Aufsichtsbehörde in einem Rundschreiben festhält, bei Einhaltung der dort statuierten Grundsätze sei *auch* den Erfordernissen des Bankgeheimnisses Genüge getan, ein gewichtiges Argument zugunsten eines Verbotsirrtums darstellt.

IV. Der Aufhebungsgrund des Interessenvorrangs

Die Rechtsfigur des Interessenvorrangs bildet neben der Einwilligung eine weitere Grundlage für die Rechtfertigung einer an sich widerrechtlichen Bankgeheimnisverletzung. Im Privatrecht tritt sie prägnant in der Formulierung von Art. 28 ZGB als «überwiegendes privates oder öffentliches Interesse» in Erscheinung. Im Strafrecht ist der Interessenvorrang Bestandteil der

Rechtfertigungsgründe «Notstand» (Art. 17 StGB), «Wahrnehmung berechtigter Interessen» (Art. 14 StGB) und «Notwehr» (Art. 15 StGB).

1. Grundlagen

a) Inhaltliche Kongruenz der privatrechtlichen Vorrangstatbestände

Wie schon bei der Einwilligung sind auch beim Aufhebungsgrund des Interessenvorrangs für das Privatrecht drei verschiedene Rechtsgrundlagen zu beachten: das Vertragsrecht, das Persönlichkeitsrecht (Art. 28 ZGB) und der privatrechtliche Teil des Datenschutzgesetzes. Entsprechend stellt sich auch hier die Frage nach der inhaltlichen Kongruenz der verschiedenen Vorrangskonstellationen. Die Antwort fällt im gleichen Sinne aus wie bei der Einwilligung: Es besteht zwischen den Rechtsgebieten eine inhaltliche Kongruenz, weshalb man die Eckpunkte der Frage nach dem Interessenvorrang unter dem Gesamttitel des privatrechtlichen Interessenvorrangs zusammenfassen kann.

aa) Allgemeiner Grundsatz

Liegt kein Rechtfertigungsgrund vor, so ist eine Persönlichkeitsverletzung widerrechtlich. So will es Art. 28 Abs. 1 ZGB und nennt in Abs. 2 die Rechtfertigungsgründe, darunter den Interessenvorrang bzw. in den Worten des Gesetzes «das überwiegende private oder öffentliche Interesse». Ein privates Interesse im Sinne dieser Bestimmung liegt vor, wenn die Verletzung bezweckt, einer bestimmten Person einen Vorteil zu verschaffen. Das Interesse ist öffentlicher Natur, wenn die Verletzung einer Gemeinschaft oder doch wenigstens einer grösseren Mehrheit einen Vorteil verschaffen soll.¹³⁹ Das private oder öffentliche Interesse muss dergestalt sein, dass es in der konkreten Abwägung den Unrechtsgehalt der Persönlichkeitsverletzung nicht nur aufzuwiegen vermag, sondern überwiegend ist.¹⁴⁰

Diese Eckpunkte gelten gleichermassen für den vertragsrechtlichen Kontext. Erstens wird der Persönlichkeitsschutz kraft seiner Stellung als vertragliche Nebenpflicht in jedem Vertrag mitgeführt. Soweit also die Verletzung einer Nebenpflicht zur Diskussion steht, übernimmt das Vertragsrecht die

¹³⁹ Zur Umschreibung des privaten und öffentlichen Interessens vgl. statt vieler SCHMID, Personenrecht, N 875 f.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, N 516 f.

¹⁴⁰ AEBI-MÜLLER, System des Persönlichkeitsschutzes, N 271.

persönlichkeitsrechtlichen Massstäbe. Im Kontext des Bankgeheimnisses geht die Konvergenz noch weiter: Der Bankvertrag untersteht weitgehend dem Auftragsrecht. Und dort leitet sich die vertraglich geschuldete Geheimhaltungspflicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ab. Dieser Grundsatz ist auch die Schranke für den Interessenschutz des Auftraggebers: «Der Auftraggeber hat seine Interessen deshalb zurückzustellen, wenn die Interessen des Beauftragten deutlich prävalieren und die Berufung auf die Geheimhaltungspflicht somit Treu und Glauben widersprechen würde.»¹⁴¹ Inhaltlich entspricht dies dem Wertungsmassstab von Art. 28 ZGB.

Was schliesslich das Datenschutzgesetz angeht, so ist Art. 13 Abs. 1 DSG eine inhaltliche Wiederholung von Art. 28 Abs. 2 ZGB.¹⁴² Auch unter der Ägide des DSG ist somit festzuhalten, dass der Persönlichkeitsschutz bei der Bearbeitung von Personendaten nicht umfassend gilt und namentlich dann zurückzutreten hat, wenn die privaten oder öffentlichen Interessen an der Datenbearbeitung das Informationsabwehrinteresse der betroffenen Person überwiegen.¹⁴³ Soweit entsprechen sich Art. 28 ZGB und Art. 13 DSG.

bb) Datenschutzrechtliche Konkretisierung

Weiter geht das DSG indessen in den Vorgaben bezüglich der Interessenabwägung, indem Art. 13 Abs. 2 DSG in nicht abschliessender Weise Fallgruppen nennt, bei welchen ein überwiegendes Interesse der bearbeitenden Person «in Betracht» fällt. Es stellt sich die Frage nach dem normativen Gehalt dieser Bestimmung: Dass bei Vorliegen einer Fallkonstellation gemäss Art. 13 Abs. 2 DSG nicht zwingend auch auf das Vorliegen eines überwiegenden öffentlichen Interesses und somit auf einen Rechtfertigungsgrund geschlossen werden muss, ergibt sich ohne weiteres aus der Formulierung, wonach bei Vorliegen einer Fallkonstellation ein überwiegendes Interesse «in Betracht» fällt. Zu verneinen ist aber auch das Vorliegen einer gesetzlichen Vermutung mit verbundener Beweislastumkehr. Gegen eine gesetzliche Vermutung sprechen zwei Gründe: Erstens muss der Richter auch bei Vorliegen einer der Fallkonstellationen von Art. 13 Abs. 2 DSG eine Interessenabwägung vornehmen, was sich bei Vorliegen einer gesetzlichen Vermutung erübrigen würde.¹⁴⁴ Zweitens spricht gegen eine gesetzliche Vermutung der Umstand, dass die Aufzählung in Abs. 2 nicht abschliessend ist.

¹⁴¹ FELLMANN, Berner Kommentar, N 89 zu Art. 398 OR.

¹⁴² Botschaft zum DSG, BBl 1988 II 458

¹⁴³ Botschaft zum DSG, BBl 1988 II 459 f.

¹⁴⁴ Zum Erfordernis der Interessenabwägung vgl. Botschaft zum DSG, BBl 1988 II 460.

Ungeschriebene gesetzliche Vermutungen aber gibt es nicht. Die Fallgruppen dienen dem Richter als «Gewichtssteine»¹⁴⁵ für die Interessenabwägung, dies in Bereichen, in denen Datenbearbeitungs- und Schutzinteressen in einem besonderen Spannungsverhältnis stehen.¹⁴⁶ Er muss diese Gewichtssteine in jedem Fall in die Interessenabwägung einbeziehen.¹⁴⁷ Bei Vorliegen einer Fallkonstellation von Art. 13 Abs. 2 DSG wird der Richter dann kein überwiegendes Interesse annehmen, wo gute Gründe *dagegen* sprechen. Dies ist der Fall, wenn «(...) in Anbetracht der Umstände des konkreten Falles das von der bearbeitenden Person geltend gemachte Interesse und der damit verfolgte Zweck im Vergleich zur Natur und zur Schwere der Beeinträchtigung der Persönlichkeit in keinem Verhältnis stehen.»¹⁴⁸ Das Bestehen guter Gründe *für* die Annahme eines überwiegenden Interesses ist bei Vorliegen einer Fallkonstellation impliziert. Im Ergebnis bedeutet dies, dass bei Vorliegen einer der nicht abschliessend aufgezählten Fallkonstellationen gemäss Art. 13 Abs. 2 DSG faktisch ein Zustand vorliegt, der einer Vermutung mit verbundener Beweislastumkehr doch sehr nahe kommt.¹⁴⁹

cc) Auswirkungen auf den privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz

Die Konkretisierungen von Art. 13 Abs. 2 DSG werfen die Frage auf, ob die parallele Anrufung von Art. 13 DSG und Art. 28 ZGB in einem gerichtlichen Verfahren zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann.¹⁵⁰ Der Richter kommt also in einem konkreten Fall in Anwendung des DSG zum Schluss, dass ein überwiegendes Interesse vorliegt, *weil* die Datenbearbeitung in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Vertragsabwicklung steht (Art. 13 Abs. 2 lit. a DSG). Ohne diesen Gewichtsstein käme er zum Ergebnis, dass kein überwiegendes Interesse und somit kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Die Frage lautet also: Gilt dieser Gewichtsstein auch für Art. 28 Abs. 2 ZGB?

Im Rahmen der allgemeinen Verhältnisbestimmung zwischen dem Persönlichkeitsschutz in Art. 28 ZGB und den privatrechtlichen Bestimmungen des Datenschutzgesetzes wurde als Ergebnis festgehalten, dass beide Teil-

¹⁴⁵ So ausdrücklich Botschaft zum DSG, BBl 1988 II 460.

¹⁴⁶ Botschaft zum DSG, BBl 1988 II 460: «In Absatz 2 werden dem Richter aber gewisse *Anhaltspunkte*, gleichsam gewisse *Gewichtssteine*, für die Interessenabwägung an die Hand gegeben.»

¹⁴⁷ AEBI-MÜLLER, System des Persönlichkeitsschutzes, N 575.

¹⁴⁸ BUCHER, Natürliche Personen, N 538.

¹⁴⁹ Vgl. ROSENTHAL, Kommentar DSG, N 34 zu Art. 13 Abs. 2 DSG.

¹⁵⁰ Das Gericht prüft Art. 13 DSG und Art. 28 ZGB parallel, vgl. BGE 127 III 481 E. 1 ff. S. 483 ff.

rechtsordnungen ihren Geltungsanspruch als Rechtsgrundlage bewahren; im Einzelfall muss der Interessenvorrang also sowohl auf Art. 28 ZGB als auch auf Art. 13 DSG abgestützt sein.¹⁵¹ Von dieser formellen Normrelation zu unterscheiden ist dagegen die Frage, inwieweit die Konkretisierungen in Art. 13 Abs. 2 DSG für die Auslegung des Interessenvorrangs in Art. 28 Abs. 2 ZGB massgeblich sind. Sie betrifft die materielle Normrelation, also die Frage der inhaltlichen Verkoppelung von Teilrechtsnormen oder Teilrechtsgebieten.

Im vorliegenden Fall ist der inhaltliche Bezug zwischen den beiden Normen bereits in der Normstruktur angelegt. Indem das Datenschutzgesetz in Art. 13 Abs. 1 DSG die Rechtfertigungsgründe von Art. 28 Abs. 2 ZGB wiederholt und damit eine gleichgelagerte Anordnung trifft, signalisiert es die koordinative Intention des Gesetzgebers, eine materielle Gleichgestaltung zwischen den beiden Regelwerken vorzunehmen. Daraus folgt unter anderem, dass gesetzgeberische, judizielle oder doktrinelles Konkretisierungen in der einen Teilrechtsordnung für die jeweils andere grundsätzlich beachtlich ist. Konkret: Art. 13 Abs. 2 DSG kann im Hinblick auf die inhaltliche Ausgestaltung des Interessenvorrangs die Vermutung der Regelungsadäquanz für sich in Anspruch nehmen; die dort aufgeführten Konkretisierungen entfalten eine indizierende Wirkung für die Anwendung im Rahmen von Art. 28 Abs. 2 ZGB. Damit ist auch gesagt, dass Art. 13 Abs. 2 DSG keine zwingenden Vorgaben setzen kann. Seine Geltungsvermutung steht immer unter dem Vorbehalt der persönlichkeitsrechtlichen Systemkompatibilität: Wo die Lösungsvorschläge des Datenschutzgesetzes dem Zweck des Art. 28 Abs. 2 ZGB zuwiderlaufen würden, wären sie unbeachtlich. Da allerdings das Datenschutzgesetz seiner Zielsetzung zufolge den Schutz der Persönlichkeit im Bereich der Datenbearbeitung verstärken soll (Art. 1 DSG), wird dieser Vorbehalt im vorliegenden Fall nicht aktiviert.

Als Ergebnis kann man daher festhalten, dass die in Art. 13 Abs. 2 DSG vorgenommenen Konkretisierungen des Interessenvorrangs auch im Rahmen der Auslegung von Art. 28 Abs. 2 ZGB zu beachten sind. Über Art. 28 Abs. 2 ZGB fliessen zudem diese Präzisierungen auch in die vertragliche Rechtsbeziehung zwischen den Parteien ein.

¹⁵¹ Siehe oben S. 209 (Sonderfrage: Datenschutzgesetz).

**b) Privatrechtlicher und strafrechtlicher Interessenvorrang:
Konvergenzen und Divergenzen**

Anders als im Privatrecht stellt im Strafrecht der Interessenvorrang keinen eigenständigen Rechtfertigungsgrund dar. Vielmehr ist die Interessengewichtung im Strafrecht *Bestandteil* jeweils eigenständiger Rechtfertigungsgründe. Zu nennen sind hier der rechtfertigende Notstand, die rechtfertigende Notwehr und die «Wahrung berechtigter Interessen».¹⁵²

aa) Strafrechtlicher Interessenvorrang

(1) Rechtfertigender Notstand

Beim rechtfertigenden Notstand gemäss Art. 17 StGB greift der Notstandsberechtigte in die Rechtsgüter eines beteiligten oder unbeteiligten Dritten ein, dies mit dem Willen und dem Ziel, sein eigenes oder ein fremdes Rechtsgut aus einer nicht verschuldeten, unmittelbaren und nicht anders abwendbaren Gefahr zu retten.¹⁵³ An die Notstandstat sind somit folgende Anforderungen zu stellen:

Die Notstandstat muss gemäss Wortlaut von Art. 17 StGB und nach der wohl herrschenden Lehrmeinung zum Schutz höherwertiger Interessen erfolgen.¹⁵⁴ Höherwertige Interessen werden dann geschützt und der rettende Eingriff ist dann gerechtfertigt, wenn er ein Rechtsgut von geringerem Wert

¹⁵² Im privatrechtlichen Bereich stellen Notstand (Art. 52 OR) und Notwehr (Art. 52) Sonderfälle der Interessenabwägung dar, vgl. dazu BRÜCKNER, Personenrecht, N 457. Im datenschutzrechtlichen Bereich finden Art. 52 f. OR analog Anwendung, vgl. ROSENTHAL, Kommentar DSG, N 19 zu Art. 13 Abs. 1 DSG.

¹⁵³ Zu den Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstandes vgl. im einzelnen SEELMANN, Strafrecht AT, 58 f. Wird in die Rechtsgüter eines unbeteiligten Dritten eingegriffen, so handelt es sich um einen Aggressivnotstand. Wird in die Rechtsgüter desjenigen eingegriffen, der für das Bestehen oder das Weiterbestehen der Gefahr in irgendeiner Form verantwortlich war, handelt es sich um Defensivnotstand, vgl. etwa DONATSCH/TAG, Strafrecht I, 235 f.

¹⁵⁴ DONATSCH/TAG, Strafrecht I, 541; TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Praxiskommentar, N 8 zu Art. 17 StGB. In Anlehnung an die deutsche Lehre wird teilweise die Meinung vertreten, dass bei Aggressivnotstand (Eingriff in die Güter eines unbeteiligten Dritten) die Interessen des sich im Notstand befindenden Täters die Interessen des Eingriffsopfers *deutlich*, bei Defensivnotstand (Eingriff in die Güter des Angreifers) hingegen die Interessen des Täters diejenigen des Opfers *nicht zwingend* überwiegen müssen, SEELMANN, Strafrecht AT, 61. Kritisch dazu DONATSCH/TAG, Strafrecht I, 236. Zur Subsumption des Defensivnotstandes unter Art. 17 StGB vgl. SEELMANN, Basler Kommentar, N 10 zu Art. 17 StGB.

betrifft, als das von der Gefahr bedrohte. In diese Gewichtung der Rechtsgüter muss auch der Grad der Gefahr und das Ausmass der befürchteten Rechtsgutverletzung mit einbezogen werden. Das kann dazu führen, dass auch eine Verletzung eines gleichwertigen Rechtsgutes gerechtfertigt ist, dann etwa, wenn dem geschützten Rechtsgut eine viel grössere Verletzung droht.¹⁵⁵ Aber selbst der Eingriff in ein höherwertiges Rechtsgut kann gerechtfertigt sein, wenn zwar das geschützte Rechtsgut weniger wertvoll ist, durch die Notstandstat aber dennoch höherwertige Interessen geschützt werden.¹⁵⁶

Während im Privatrecht und im DSG die Rechtfertigung letztlich Resultat der Interessenabwägung ist, setzt das Strafrecht zusätzlich zur Interessenabwägung die absolute Notwendigkeit der Notstandshandlung voraus (sog. absolute Subsidiarität)¹⁵⁷. Anders gewendet: Die Gefahr war nicht anders als durch die Vornahme der Notstandshandlung abwendbar. Konnte der Notstandsberechtigte ausweichen, so ist ihm dies grundsätzlich zumutbar.¹⁵⁸ Ebenfalls ist eine Rechtfertigung ausgeschlossen, wenn der Notstand durch eine weniger weit gehende Verletzung der Rechtsgüter hätte behoben werden können.¹⁵⁹

Auf das Bankgeheimnis bezogen bedeutet dies: Die Bank kann sich auf den rechtfertigenden Notstand berufen, wenn die Weitergabe von Kundendaten zum Schutz höherwertiger Interessen erfolgt, dieser Schutz nicht auf rechtmässigem Weg, namentlich durch die Einwilligung des Kunden oder gestützt auf das Gesetz und den dort vorgesehenen Verfahren, hätte gewährleistet werden können und die Weitergabe der Kundendaten dem Gebot der Verhältnismässigkeit entspricht.

(2) *Wahrnehmung berechtigter Interessen*

Der Rechtfertigungsgrund der «Wahrnehmung berechtigter Interessen» gilt als gewohnheitsrechtlich anerkannt und wird gemeinhin unter Art. 14 StGB subsumiert.¹⁶⁰

¹⁵⁵ DONATSCH/TAG, Strafrecht I, 234 f.

¹⁵⁶ DONATSCH/TAG, Strafrecht I, 235 f., mit dem Hinweis, dass in diese Interessenabwägung etwa öffentliche Interessen einzubeziehen sind und auch die Unterscheidung von Aggressiv- und Defensivnotstand von Relevanz sein kann.

¹⁵⁷ SEELMANN, Strafrecht AT, 59; TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Praxiskommentar, N 7 zu Art. 17 StGB; DONATSCH/TAG, Strafrecht I, 233.

¹⁵⁸ SEELMANN, Strafrecht AT, 59.

¹⁵⁹ DONATSCH/TAG, Strafrecht I, 234.

¹⁶⁰ SEELMANN, Basler Kommentar, N 14 und 24 zu Art. 14 StGB.

Der Anwendungsbereich und die Grenzen dieses Rechtfertigungsgrundes sind freilich umstritten.¹⁶¹ Nach einem Teil der Lehre sollen damit zum einen verfassungsmässig garantierte Freiheitsrechte geschützt, zum andern sozial erwünschte und gebilligte Zustände auf Kosten der Beeinträchtigung anderer Interessen hergestellt werden.¹⁶² In eine etwas andere Richtung zielt die Meinung, welche im Zweck dieses Rechtfertigungsgrundes nicht primär den Schutz von bestehenden Werten sieht, sondern das Hervorbringen von neuen Werten, insbesondere in der Kunst und in der Wissenschaft.¹⁶³ Als weitergehend ist die Ansicht von STRATENWERTH zu beurteilen, welcher «(...) jedes schutzwürdige private oder öffentliche Interesse (...), bei dem es nicht schon um die Rettung konkret bedrohter Rechtsgüter geht» als berechtigtes Interesse betrachtet.¹⁶⁴ Auch in der Rechtssprechung ist es schwierig, Konturen dieses Rechtfertigungsgrundes auszumachen: Das Bundesgericht hat den Rechtfertigungsgrund etwa bei der Wahrnehmung der im Allgemeininteresse stehenden Auftrag der Presse für anwendbar gehalten, dann aber auch zwecks Wahrnehmung bedeutender Vermögensinteressen oder bei der Verletzung des Amtsgeheimnisses, um Missstände in der Verwaltung an die Öffentlichkeit zu bringen.¹⁶⁵

Im Übrigen wurden die Voraussetzungen dieses Rechtfertigungsgrundes denjenigen des Notstandes gemäss Art. 17 StGB angeglichen.¹⁶⁶ Demnach müssen die Interessen der sich auf den Rechtfertigungsgrund berufenden Person überwiegen.¹⁶⁷ Im Weiteren muss die verletzende Handlung vor dem Erfordernis der absoluten Subsidiarität standhalten.¹⁶⁸ Schliesslich wird ge-

¹⁶¹ RIKLIN, FS Trechsel, 539.

¹⁶² SEELMANN, Strafrecht AT, 64; SEELMANN, Basler Kommentar, N 24 zu Art. 14 StGB.

¹⁶³ TRECHSEL/NOLL, Strafrecht AT I, 137; wohl auch DONATSCH/TAG, Strafrecht I, 256.

¹⁶⁴ STRATENWERTH, Strafrecht I, § 10 N 62.

¹⁶⁵ BGE 127 IV 166 (Presseauftrag); 82 IV 15 E. 3 S. 18 (bedeutende Vermögensinteressen); 94 IV 68 E. 2 S. 70 (Verletzung des Amtsgeheimnisses). Für einen weiteren Fall vgl. OGer ZH, ZR 76 (1977), Nr. 98 S. In diesem Entscheid wurden Baumaschinen besetzt, um zu verhindern, dass durch einen bevorstehenden Gebäudeabbruch öffentliches Recht verletzt wird. Nach Auffassung des Obergerichts standen andere Mittel zur Verfügung, um dieses vermeintlich zulässige Ziel zu erreichen. Daher scheiterte die Rechtfertigung der Wahrung des berechtigten Interesses.

¹⁶⁶ TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Praxiskommentar, N 13 zu Art. 14 StGB; STRATENWERTH, Strafrecht, § 10 N 62 m.w.N.; RIKLIN, FS Trechsel, 539.

¹⁶⁷ RIKLIN, FS Trechsel, 541 f.

¹⁶⁸ STRATENWERTH, Strafrecht I, § 10 N 62. Kritisch aber RIKLIN, FS Trechsel, 543, 548 bei Fällen, wo geeignetere und weniger geeignete Vorkehren miteinander konkurrieren.

fordert, dass die Tat ein zur Erreichung des berechtigten Ziels notwendiges und angemessenes Mittel darstellt.¹⁶⁹

Auf das Bankgeheimnis bezogen bedeutet dies: Werden durch die Weitergabe der Kundendaten berechnigte Interessen geschützt, so kann sich die Bank dann auf diesen Rechtfertigungsgrund berufen, wenn dieser Schutz nicht auch auf rechtmässigem Weg erreicht werden kann und die Weitergabe der Kundendaten zugleich dem Gebot der Verhältnismässigkeit entspricht.

(3) *Rechtfertigende Notwehr*

Der Notwehrberechnigte sieht sich in seinen rechtlich geschützten Interessen aktuell oder unmittelbar durch einen menschlichen, rechtswidrigen Angriff bedroht und greift zur Abwehr dieses Angriffs in die Rechtsgüter des Angreifers ein.¹⁷⁰ Auf erstes Hinsehen scheint sich die Erwähnung der rechtfertigenden Notwehr in vorliegendem Zusammenhang aufzudrängen: Zwar findet bei der Notwehr keine Interessenabwägung im eigentlichen Sinne statt. Dennoch werden geschützte und verletzte Interessen einander gegenübergestellt und dabei die Frage aufgeworfen, ob die durch den Angriff bzw. der Abwehr drohenden Rechtsgüterverletzungen nicht in einem offenen Missverhältnis stehen.¹⁷¹

In vorliegendem Zusammenhang ergibt sich Folgendes: Mangels Garantstellung des Geheimnisträgers (regelmässig: der Kunde) muss ein Angriff in die rechtlich geschützten Interessen der Bank durch Unterlassen von vornherein ausscheiden.¹⁷² Es bleibt der Angriff durch ein Handeln und dieser Angriff muss rechtswidrig sein. Der Geheimnisträger muss mit anderen Worten die Bank rechtswidrig angreifen. Das ist kein realistisches Szenario, wenn man bedenkt, dass der Geheimnisträger regelmässig der Kunde ist und sich sein «Angriff» meist darauf beschränken wird, den Vertrag mit der Bank nicht richtig zu erfüllen, etwa einen Kredit nicht vertragskonform zu befriedigen. Die Verletzung von Vertragspflichten vermag aber keine strafrechtliche Rechtswidrigkeit zu begründen.¹⁷³ Damit ist der Anwendungsbe-
reich dieses Rechtfertigungsgrundes derart eingeschränkt, dass er mit Bezug

¹⁶⁹ RIKLIN, FS Trechsel, 540.

¹⁷⁰ Zu den einzelnen Voraussetzungen der rechtfertigenden Notwehr vgl. SEELMANN, Strafrecht AT, 68 ff.

¹⁷¹ SEELMANN, Strafrecht AT, 64; DONATSCH/TAG, Strafrecht I, 226.

¹⁷² DONATSCH/TAG, Strafrecht I, 223 (mit Verweisen in Fn. 496 f.).

¹⁷³ STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar StGB, N 4 zu Art. 15 StGB.

auf die Aufhebung des Bankgeheimnisses kaum mehr Anwendung finden dürfte. Er wird im Folgenden nicht weiter berücksichtigt.

bb) Vergleich mit dem Privatrecht

Vergleicht man die strafrechtliche Ausgestaltung des Interessenvorrangs mit seinem privatrechtlichen Pendant, so ergeben sich massgebliche Unterschiede. Zentral ist dabei die im Strafrecht durchgehend relevante Voraussetzung der absoluten Subsidiarität, wonach das höherwertige Interesse an einem Eingriff in die Geheimsphäre auf keine andere (rechtmässige) Weise geschützt werden kann.

Die absolute Subsidiarität wirft im Kontext des Bankgeheimnisses nicht unerhebliche Probleme auf, besteht doch nicht zuletzt auch wegen der persönlichkeitsrechtlichen Wurzel von Art. 47 BankG das Bedürfnis, die Abwägung zwischen Rechtsgüterschutz und Eingriffsinteresse in beiden Rechtsgebieten einheitlich vorzunehmen. Andererseits sieht Art. 47 Abs. 6 BankG ausdrücklich die Anwendung des Allgemeinen Teils des Strafrechts vor und verankert die Bestimmung auf diese Weise im Strafrecht und seiner Dogmatik. Dieses Spannungsverhältnis muss man im Rahmen von Einzelfällen und Einzelfragen im Blick behalten.

2. Anwendung: Datenweitergabe zwecks Inkasso

In den neueren AGB lässt sich die Bank regelmässig das Recht einräumen, das Bankgeheimnis aufzuheben, wenn der Kunde gegenüber der Bank mit Zahlungen im Verzug ist. Fehlt die Einwilligung, so stellt sich die Frage, ob die Bank sich auf einen der beiden anderen Aufhebungsgründe – den Interessenvorrang oder das Gesetz – berufen kann. Nach gewissen Lehrmeinungen ergibt sich Zulässigkeit der Datenweitergabe bereits gestützt auf das Gesetz: Wer in der Unterstellung des Beauftragten unter Art. 47 BankG eine allgemeine Rechtfertigung für den Datentransfer zwischen der Bank und ihrem Beauftragten sieht,¹⁷⁴ wird jedenfalls für das Inkasso auf Vollmachtbasis das Vorliegen eines gesetzlichen Aufhebungsgrundes bejahen. Die Argumentation lässt sich auf die Inkassoession ausdehnen, denn der internen Rechtsbeziehung liegt auch hier in aller Regel ein Auftragsverhältnis zugrunde. Wie allerdings an anderer Stelle einlässlich begründet wird, hat der Einbe-

¹⁷⁴ KLEINER/SCHWOB/WINZELER, Kommentar BankG (2006), N 369 zu Art. 47 BankG; HONEGGER/FRICK, SZW 1996, 6; CARRANZA/MICOTTI, AJP 2009, 116.

zug des Beauftragten in den Kreis der Geheimnispflichtigen von Art. 47 BankG nicht zur Folge, dass die Datenweitergabe von der Bank an den Beauftragten nunmehr generell gerechtfertigt ist.¹⁷⁵ Damit bleibt als mögliche Rechtfertigung für die Aufhebung des Geheimnisschutzes der Interessen-vorrang.

a) **Privatrecht**

Dass die Bank ein Interesse daran hat, die Abwicklung von offenen Forderungen an externe Stellen zu delegieren, ist unstreitig. Das Eintreiben einer fälligen Forderung erfordert seitens des Gläubigers nicht selten hartnäckige Präsenz und Abmahnung, verbunden mit einer Reihe von Massnahmen wie Kundengespräche, Abzahlungsvereinbarungen, Vergleiche, etc. Es handelt sich bei dabei nicht um ein Kerngeschäft der Bank und es liegt durchaus in ihrem Interesse, hierfür einen professionellen Dritten zu beauftragen, der auf eine entsprechende Infrastruktur und auf eigens hiefür ausgebildete Arbeitskräfte zurückgreifen kann.

Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen – oder anders gesagt: ab welchem Zeitpunkt – die Bank ein überwiegendes Interesse an der Inkasso-delegation geltend machen kann. Naheliegend ist der Eintritt des Schuldnerverzugs, denn immerhin liegt in diesem Fall die Initialzündung zur Weitergabe der Daten im vertragswidrigen Verhalten des Schuldners.¹⁷⁶ Andererseits ist zu bedenken, dass die Schwelle für den Verzugseintritt relativ niedrig ist: Es bedarf einer fälligen Forderung und einer Mahnung (Art. 102 Abs. 1 OR), oder – wie im Kreditgeschäft üblich – des Eintritts des Verfallta-

¹⁷⁵ Siehe unten S. 276 (Anwendung: Weiterleitung an den Beauftragten der Bank).

¹⁷⁶ Auf diesen Zeitpunkt abstellend: BERGER, recht 2000, 189 (Forderung ist fällig und nicht erbringlich); OGer BE, Appellationshof, 1. Zivilkammer, Urteil vom 19. Januar 2007 E. B/1/g S. 12 [Vorentscheid zu BGer 4A_166/2007 vom 23. August 2007] (fällig und nicht zurückbezahlt). Ähnlich auch KLEINER/SCHWOB/WINZELER, Kommentar BankG (2006), N 336 zu Art. 47 BankG. Anders zu beurteilen ist etwa der Fall der Refinanzierungszession: Diese dient vorab der Gewinnmaximierung der Bank und ist unabhängig von einem vertragswidrigen Verhalten des Bankkunden. Das Interesse der Bank an Gewinnmaximierung vermag das Interesse des Kunden auf Geheimhaltung nicht zu überwiegen, weshalb eine Weitergabe von Kundendaten zu Refinanzierungszwecken ohne Einwilligung des Kunden nicht gerechtfertigt ist. Vgl. BERGER, recht 2000, 189; ZOBL, FS Druey, 300; STEINER, Abtretung von Forderungen, 20; KAUFMANN, Refinanzierung, 232; A.A. KLEINER/SCHWOB/WINZELER, Kommentar BankG (2006), N 335 zu Art. 47 BankG.

ges (Art. 102 Abs. 2 OR).¹⁷⁷ Jedenfalls mit Blick auf die Verfalltagsabrede läuft das Abstellen auf den Verzugseintritt auf eine einseitige Privilegierung der Bankinteressen hinaus und widerspricht dem Erfordernis der Interessenabwägung. Auch der zahlungsfähige und sorgfältige Schuldner kann bei einer Verfalltagsabrede in Verzug geraten. Sein Geheimhaltungsinteresse darf im Abwägungsprozess nicht in solch unvermittelter Weise dem Offenbarungsinteresse der Bank unterliegen. Erforderlich ist eine Androhung seitens der Bank, dass bei weiterer Versäumnis der Bankgeheimnisschutz aufgehoben und das Kreditdossier an eine externe Stelle weitergeleitet wird. Bleibt der Schuldner säumig, kippt die Interessenbalance zugunsten der Bank. Das Warnerfordernis rechtfertigt sich auch für den gewöhnlichen Verzugseintritt, wobei die Bank ihre Androhung mit der Mahnung verbinden kann.¹⁷⁸

b) Strafrecht

Schwieriger verhält es sich mit der Frage des Interessenvorrangs im Strafrecht. Der Rechtfertigungsgrund des Notstands erfordert die Rettung eines Rechtsguts aus einer unmittelbaren, konkreten Gefahr. Unmittelbar ist die Gefahr erst dann, wenn es zu spät sein könnte, sie abzuwenden.¹⁷⁹ Der Gefahrenbegriff muss sehr weit ausgedehnt werden, wenn man ihn bereits mit dem Verzug des Schuldners bejahen will. Gleichermassen schwierig gestaltet sich der Interessenvorrang bei der Rechtsfigur der Wahrnehmung berechtigter Interessen. Zwar hat das Bundesgericht diesen Rechtfertigungsgrund bei der Wahrung bedeutender Vermögensinteressen bejaht.¹⁸⁰ Der Verzug eines einzelnen Schuldners wird aber kaum bedeutende Vermögensinteressen der Bank berühren, so dass auch hier der Interessenbegriff sehr weit ausgedehnt werden muss.

Bei beiden Spielarten des strafrechtlichen Interessenvorrangs kommt ein weiteres Problem hinzu: Die strafrechtlichen Instrumentarien fordern neben dem Abwägungsergebnis zugunsten der Bank zusätzlich die absolute Subsidiarität: Es müssen rechtmässige Alternativen fehlen, die es der Bank er-

¹⁷⁷ Zu den Anforderungen an die Verfalltagsverabredung etwa GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT II, N 2711 ff.

¹⁷⁸ Weitergehend für das deutsche Recht BRUCHNER/KREPOLD, Bankrechts-Handbuch, § 39 N 55: Die Bank muss aufgrund des Verzuges das Vertragsverhältnis mit dem Kunden gekündigt haben.

¹⁷⁹ SEELMANN, Strafrecht AT, 59.

¹⁸⁰ BGE 82 IV 15 E. 3 S. 18.

lauben, ihre Interessen zu schützen. Solche Alternativen sind hier aber vorhanden: Zwar ist es für die Bank aufwendig, das Inkasso von Forderungen selbst vorzunehmen. Jedoch ist dieses Vorgehen weder unmöglich noch in einer Weise unzumutbar, die nach Treu und Glauben einer Unmöglichkeit gleichzusetzen ist.

c) Fazit

aa) Divergenz der Aufhebungsstandards

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass für den Fall der Datenweitergabe zwecks Inkasso die privatrechtlichen und die strafrechtlichen Standards für die Aufhebung des Geheimnisschutzes divergieren. Während im Privatrecht die Interessenbalance im Falle des säumigen Schuldners und unter Voraussetzung der vorgängigen Androhung der Datenweitergabe zugunsten der Bank kippt, scheitert ihr Interessenvorrang im Strafrecht spätestens am Erfordernis der absoluten Subsidiarität.

bb) Konvergenz im Ergebnis?

Angesichts des obenstehenden Zwischenergebnisses, wonach die Bank bei der Weitergabe von Kundendaten zwecks Inkasso den Interessenvorrang nicht erfolgreich geltend machen kann, stellt sich die Frage, ob allenfalls im Ergebnis eine Konvergenz der beiden Teilrechtsordnungen vorliegt.

Eine solche Konvergenz liegt vor, wenn man das Inkassomandat als Vorstufe zur gerichtlichen Durchsetzung von Forderungen ansieht und sie unter diesem Aspekt auf den Interessenvorrang hin überprüft. Dass im privatrechtlichen Abwägungsprozess das Interesse der Bank an der Datenweitergabe an den Anwalt überwiegt, ist unstrittig. Aber auch im Strafrecht können diesbezüglich die Voraussetzungen für den Interessenvorrang als erfüllt gelten, denn das Bundesgericht hat einen solchen in Anwendung von Art. 47 BankG bejaht.¹⁸¹ Dabei hielt es fest, dass der Beizug eines Anwalts zur Führung von Prozessen zulässig, unter Umständen sogar geboten erscheine, selbst wenn die Bank über einen eigenen Rechtsdienst verfüge.¹⁸² Das Bundesgericht erwähnt die Voraussetzung der absoluten Subsidiarität nicht ausdrücklich; sie wäre aber in der betreffenden Konstellation erfüllt: Allein der Grundsatz der Waffengleichheit verlangt, dass die Bank das Recht

¹⁸¹ BGE 121 IV 45 E. 2b S. 47.

¹⁸² BGE 121 IV 45 E. 2b S. 47 f.

haben muss, sich bei gerichtliche Verfahren anwaltlich vertreten zu lassen. Anwälte müssen unabhängig sein, was nunmehr auch gesetzlich verankert ist.¹⁸³ Hausinterne Anwälte im Angestelltenverhältnis erfüllen das Erfordernis der Unabhängigkeit nicht. Also bleibt nur die Mandatierung des externen Anwalts, mit der damit verbundenen Datenweitergabe. Für das Inkassomandat bedeutet dies, dass zumindest im Falle der Mandatierung eines Anwalts der strafrechtliche Interessenvorrang zu bejahen ist. Denn die vorprozessuale und die prozessuale Inkassovertretung bildet diesbezüglich ein Kontinuum, und wenn die prozessuale Vertretung vom Interessenvorrang gedeckt ist, so muss dies auch für die vorprozessuale Phase gelten.

Zu erwägen ist auch, ob die Bank allenfalls einen Verbotsirrtum im Sinne von Art. 21 StGB geltend machen kann, indem sie argumentiert, ihr habe jegliches Unrechtsbewusstsein gefehlt, weil sie von der Gültigkeit des privatrechtlichen Interessenvorrangs auf das Vorhandensein des strafrechtlichen Interessenvorrangs geschlossen habe.¹⁸⁴ Für einen Verbotsirrtum spricht, dass es Lehrmeinungen gibt, die Art. 47 BankG der privatrechtlichen Interessenabwägung unterstellen,¹⁸⁵ was dazu führt, dass man die Zulässigkeit der Inkasso-Weitergabe bejahen kann.¹⁸⁶ Zudem gibt es auch kantonale Gerichtsentscheide, die zwar nicht unmittelbar auf den Interessenvorrang abstellen, die Weitergabe von Kundendaten zwecks Inkasso aber deshalb für zulässig erachten, weil die Kunden damit rechnen müssten.¹⁸⁷ Diese Auffassungen vermögen zwar dogmatisch nicht zu überzeugen: Der privatrechtliche Interessenvorrang ist für Art. 47 BankG nicht ausschlaggebend, und das «damit rechnen müssen» ersetzt nicht die notwendige Einwilligung. Für die Frage nach dem Unrechtsbewusstsein wird man aber das Vorliegen von Lehrmeinungen und judiziellen Präzedenzfällen als gewichtiges Indiz zugunsten der Bank werten müssen. Dies selbst unter dem Gesichtspunkt, dass das Bundesgericht für das Fehlen des Unrechtsbewusstseins einen strengen

¹⁸³ Vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. d und Art. 12 lit. b BGFA. Breits vor Inkrafttreten des BGFA im Jahre 2000 war der Grundsatz der Unabhängigkeit der Anwälte unbestrittener Grundsatz. Soweit die kantonalen Anwaltsgesetze diesen Grundsatz nicht explizit festhielten, wurde er etwa aus den Richtlinien SAV hergeleitet, vgl. Botschaft zum BGFA, BBl 1999 VII 6033.

¹⁸⁴ Zum Verbotsirrtum statt vieler: SEELMANN, Strafrecht AT, 83.

¹⁸⁵ Vgl. etwa BERGER, recht 2000, 189.

¹⁸⁶ Zur Zulässigkeit der Inkasso-Weitergabe im Privatrecht siehe oben S. 258 (Privatrecht).

¹⁸⁷ Obergericht des Kantons Bern, Appellationshof, 1. Zivilkammer, Urteil vom 19. Januar 2007, B./1./g., S. 12, unter Hinweis auf KLEINER/SCHWOB/WINZELER, Kommentar BankG (2006), N 335 f. zu Art. 47 BankG sowie (fälschlicherweise) ZOBL, FS Druey, 229 f.

Massstab ansetzt und verlangt, dass der Irrtum «auf Tatsachen beruht, durch die sich auch ein gewissenhafter Mensch hätte in die Irre führen lassen.»¹⁸⁸ Zu diesen Tatsachen wird man im übrigen auch die durchgehend verbreitete Praxis der Banken zählen, Kundendaten zwecks Inkasso weiterzugeben, ohne dass die Zulässigkeit bislang ernsthaft in Frage gestellt oder gar bundesgerichtlich verneint wurde.

Hinzu kommt ein Weiteres: Gleich wie im Privatrecht wird auch im Strafrecht der Interessenvorrang weitgehend dem Richterrecht überlassen. Im Strafrecht, das dem Legalitätsprinzip verpflichtet ist, ist dies nicht unproblematisch. In der Strafrechtslehre wird daher bei den Fällen des Interessenvorrangs eine gewisse Milde gefordert: Den Täter angesichts dieser – weil richterrechtlich geprägten und daher unvorhersehbaren – Rechtslage hart anzufassen, hält sie für verfehlt.¹⁸⁹ Was aber schon auf der Stufe des Interessenvorrangs zu beachten ist, muss umso mehr auf der Ebene des Verschuldens gelten, auf der sich der Verbotsirrtum abspielt. Insgesamt ist also der Bank, die im Zusammenhang mit der Datenweitergabe zwecks Inkasso einen Verbotsirrtum geltend macht, ein solcher zuzugestehen.

3. Anwendung: Die Weitergabe von Kundendaten an eine Kreditauskunftei

Die Kundenbonität ist die Achillesferse der Kreditvergabe und entsprechend zentral ist die Prüfung der Kundenbonität aus der Sicht der Bank. Als Drehscheiben von einschlägigen Personendaten handeln die Kreditauskunfteien: Sie geben den Banken auf deren Anfrage die entsprechenden Informationen und nehmen solche Informationen von den Banken entgegen.

Der Datentransfer von den Banken an die Kreditauskunfteien stellt eine Verletzung des Bankgeheimnisses dar, sofern kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund mit grosser Breitenwirkung bilden die im Konsumkreditgesetz vorgeschriebenen Meldepflichten der Banken an die Informationsstelle für Konsumkredit.¹⁹⁰ Für diesen praktisch wichtigen Bereich ist die Datenweitergabe zulässig. Darüber hinaus holen die Banken nach neuerer Praxis standardmässig die Einwilligung des Bankkunden für die Weitergabe von Daten an Kreditauskunfteien ein. Indessen: Wie ist die Lage zu beurteilen, wenn die Datenweitergabe nicht

¹⁸⁸ BGE 98 IV 293 E. 4a S. 203 (zu Art. 20 aStGB).

¹⁸⁹ ARZT, Basler Kommentar DSG, N 46 zu Art. 35 DSG.

¹⁹⁰ Vgl. Art. 25 ff. KKG.

durch das Konsumkreditgesetz abgedeckt ist und auch keine Einwilligung vorliegt – weil die entsprechenden Vertragsverhältnisse vor dieser neueren Bankpraxis datieren oder weil die Einwilligung im Einzelfall ungültig ist?

a) Privatrecht

Geben Kreditauskunfteien Personendaten an Banken weiter, so greift Art. 13 Abs. 2 lit. c DSG, wonach bei einer solchen Weitergabe grundsätzlich von einem überwiegenden Interesse der Kreditauskunftei auszugehen ist. Fraglich ist, ob diese Bestimmung auch im *umgekehrten* Fall anwendbar ist, wenn also Banken ihre eigenen Kreditüberprüfungen und -erfahrungen an Kreditauskunfteien weitergeben – ohne dass es sich um einen Fall der Meldepflichten nach KKG handeln würde, die sich ohnehin auf einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund stützen können.¹⁹¹ Die Bestimmung geht davon aus, dass die Bekanntgabe von Daten an den Dritten deshalb erfolgt, weil der Dritte diese Daten «für den Abschluss oder die Abwicklung eines Vertrages benötigt.» Kreditauskunfteien schliessen aber keine Verträge mit den Kunden. Der Fall der Datenweitergabe der Bank an die Kreditauskunftei ist daher vom *Wortlaut* der Bestimmung her nicht erfasst. Zu einem anderen Ergebnis führt aber die Auslegung über den *Normzweck*: Von ihrer Funktion her sind Kreditauskunfteien nämlich allein die Durchgangsstelle, über welche die Kreditdaten an denjenigen Dritten gelangen, der mit der betroffenen Person einen Kreditvertrag abschliessen will. Nach dieser Auffassung spricht nichts dagegen, bei der Weitergabe von Kreditdaten durch die Banken an die Kreditauskunfteien Art. 13 Abs. 2 lit. c DSG in die richterliche Interessenabwägung einzuziehen.

An anderer Stelle wurde aufgezeigt, dass bei Vorliegen einer Fallkonstellation von Art. 13 Abs. 2 DSG ein überwiegendes Interesse der Bank «in Betracht zu ziehen ist» – so sagt es das Gesetz. Es bedeutet, dass ein Interessenvorrang nur dann zu verneinen wäre, wo (wirklich) gute Gründe *dagegen* sprechen.¹⁹² Dies wäre der Fall, wenn das von der Bank geltend gemachte Interesse an der Datenweitergabe an die Kreditauskunftei und der damit verfolgte Zweck, nämlich dem Sicherstellen von Bonitätsprüfungen, im Vergleich zur Natur und zur Schwere der Beeinträchtigung der Persönlichkeit des Kunden in keinem Verhältnis stehen würde. Davon aber kann nicht ausgegangen werden. Auszugehen ist vielmehr davon, dass die Bank bei der

¹⁹¹ Zu dieser gesetzlich gerechtfertigten Datenweitergabe siehe Art. 25 ff. KKG.

¹⁹² Siehe oben S. 250 (Datenschutzrechtliche Konkretisierung).

Datenweitergabe an eine Kreditauskunftei aus datenschutzrechtlicher Sicht *grundsätzlich* einen Interessenvorrang geltend machen kann. Art. 13 Abs. 2 lit. c DSG gilt aber nur, falls nicht besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile bearbeitet werden. Das setzt einerseits voraus, dass man Bankdaten nicht zu den besonders schützenswerten Personendaten zählt, was dem Wortlaut von Art. 3 lit. c DSG und der herrschenden Lehre entspricht.¹⁹³ Es setzt aber andererseits auch voraus, dass die Kreditdaten sich nicht zu einem Persönlichkeitsprofil zusammenfügen. Kreditdossiers fallen aber nach Auffassung gewisser Autoren bereits unter den Begriff des Persönlichkeitsprofils.¹⁹⁴

Im Regelfall wird die Bank also bei der Weitergabe von Kundendaten an Kreditauskunfteien gestützt auf Art. 13 Abs. 2 lit. c DSG einen Interessenvorrang geltend machen können. Dies ist vor allem dann von Relevanz, wenn es sich nicht um eine Datenweitergabe im Sinne des KKG handelt und es auch sonst an der (gültigen) Einwilligung des Kunden fehlt, die heute allerdings standardmässig verlangt wird. Zu demselben Ergebnis kommt man, wenn man die Datenweitergabe unter dem Gesichtspunkt von Art. 28 ZGB prüft. Wie bereits ausgeführt wurde¹⁹⁵, übernimmt das Persönlichkeitsrecht die Konkretisierungen von Art. 13 Abs. 2 DSG als Auslegungsergebnis in sein eigenes Wertungssystem.

b) Strafrecht

Auch für die Beurteilung der Datenweitergabe unter dem Titel von Art. 47 BankG ist zunächst zu wiederholen, dass der Datentransfer im praktisch

¹⁹³ Für die Lehre vgl. etwa ALTHAUS STÄMPFLI, Personendaten, 100, 102, jeweils m.w.N. Vgl. allerdings auch MARGIOTTA, Bankgeheimnis, 76, 78, wonach zwar die traditionellen Bankdaten keine besonders schützenswerten Daten gemäss DSG sind, hingegen im Rahmen von Bonitätsprüfungen der Banken immer auch besonders schützenswerte Personendaten (etwa Gesundheit und Vorstrafen) bearbeitet werden. Damit kommt die Rechtfertigung gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. c DSG nicht zum Zug. Ähnlich auch THALMANN, Finanzmarktlexikon, 287, der unter Hinweis auf Art. 9 Abs. 3 BankV die Auffassung vertritt, dass die Banken bei der Kreditwürdigkeitsprüfung zwingend ein Persönlichkeitsprofil erstellen und besonders schützenswerte Daten erfassen müssen, wenn sie den aufsichtsrechtlichen Vorgaben entsprechen wollen.

¹⁹⁴ Vgl. ALTHAUS STÄMPFLI, Personendaten, 100; KLEINER, FS Pedrazzini, 407; MARGIOTTA, Bankgeheimnis, 76. Im Resultat auch THALMANN, Finanzmarktlexikon, 287. Wiederum gilt die Einschränkung, dass die Meldepflichten gemäss Art. 25 ff. KKG – selbst wenn man in den dabei weiter gegebenen Daten ein Persönlichkeitsprofil sehen würde – für die Datenweitergabe einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund bilden.

¹⁹⁵ Siehe oben S. 251 (Auswirkungen auf den privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz).

wichtigen Fall der Meldepflichten gemäss Art. 25 ff. Konsumkreditgesetz für die Bank keine Probleme aufwirft, weil diese Datenweitergabe sich auf einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund stützt. Weiter gilt auch im Strafrecht, dass die Einwilligung des Kunden den Datentransfer an Kreditauskunfteien rechtfertigt. Nur die übrigen Fälle sind überhaupt im Hinblick auf den Rechtfertigungsgrund des Interessenvorrangs zu prüfen.

Für diese Fälle ist allerdings – gleich wie bei der Datengabe zwecks Inkasso – der strafrechtliche Interessenvorrang ungleich schwieriger zu bejahen als der privatrechtliche. Der Interessenvorrang in Gestalt des Notstands erfordert die Abwendung einer Gefahrensituation. Diese ist im Fall der Datenweitergabe an eine Kreditauskunftei schlechterdings nicht gegeben. Aber auch die Subsumtion unter den Interessenvorrang in Gestalt der «Wahrnehmung berechtigter Interessen» ist mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Sie erfordert ein sehr weites Verständnis der berechtigten Interessen, die zwar auch Vermögensinteressen sein können, mit Blick auf die Präjudizien aber bedeutsam sein müssen.¹⁹⁶ Vor allem aber kommt im Strafrecht neben der Interessenabwägung das Erfordernis der absoluten Subsidiarität hinzu, wonach rechtmässige Alternativen fehlen, die es der Bank erlauben, ihre Interessen zu schützen. Hier sind solche Alternativen vorhanden: Die Bank kann durchaus von ihren Kunden die Einwilligung in die Datenweitergabe an Kreditauskunfteien verlangen – das zeigt schon nur die neuere Bankpraxis, die dies regelmässig tut. Willigt ein Kunde nicht ein, so steht es der Bank frei, das Vertragsverhältnis zu kündigen.

c) Fazit

aa) Divergenz der Aufhebungsstandards

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass für den Fall der Datenweitergabe an eine Kreditauskunftei die privatrechtlichen und die strafrechtlichen Standards für die Aufhebung des Geheimnisschutzes divergieren. Während im Privatrecht die Interessenbalance gestützt auf Art. 13 Abs. 2 lit. c DSGVO grundsätzlich zu bejahen ist, scheitert ihr Interessenvorrang im Strafrecht spätestens am Erfordernis der absoluten Subsidiarität.

¹⁹⁶ BGE 82 IV 15 E. 3 S. 18.

bb) Konvergenz im Ergebnis?

Angesichts des obenstehenden Zwischenergebnisses, wonach die Bank bei der Weitergabe von Kundendaten an eine Kreditauskunftei, die nicht bereits durch das KKG oder die Einwilligung abgedeckt ist und daher auf den strafrechtlichen Interessenvorrang zurückfällt, in ernsthafte Rechtfertigungsnot gerät, stellt sich die Frage, ob allenfalls im Ergebnis eine Konvergenz der beiden Teilrechtsordnungen vorliegt.

So ist einerseits zu bedenken, dass die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe nicht abschliessend geregelt sind und man somit Art. 13 Abs. 2 lit. c DSG als ausserstrafgesetzlichen Rechtfertigungsgrund heranziehen könnte. Der Gesetzgeber hat in Art. 13 Abs. 2 lit. c DSG eine Konkretisierung des Interessenvorranges vorgenommen, die – wenn man vom Sinn und Zweck der Norm ausgeht – im Regelfall bewirkt, dass sich nicht nur die Kreditauskunftei bei der Datenweitergabe an die Bank, sondern auch die Bank bei der Weitergabe an die Kreditauskunftei auf einen Rechtfertigungsgrund berufen kann. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bei diesem neueren Erlass und in der Regelung eines spezifischen Falles der Datenweitergabe einen Rechtfertigungsgrund schaffen wollte, der auch für das Strafrecht Geltung hat. Innerhalb des DSG, nämlich im Zusammenhang mit der strafrechtlichen Sanktionierung der Datenweitergabe gemäss Art. 35 DSG, wird denn von der Doktrin auch geltend gemacht, dass Art. 13 DSG auch für das Strafrecht die Wahrnehmung berechtigter Interessen beschreibe, soweit Art. 35 DSG betroffen sei.¹⁹⁷

Weiter ist zu erwägen, ob die Bank allenfalls einen Verbotsirrtum im Sinne von Art. 21 StGB geltend machen kann. Denn immerhin wird in einem Erlass neueren Datums ein genereller Abwägungsentscheid getroffen, und die Nähe des Bankgeheimnisschutzes zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht und dem Datenschutzgesetz lässt es als plausibel erscheinen, dass die Bank irrtümlicherweise davon ausgeht, dass Art. 13 Abs. 2 lit. c DSG auch im Kontext von Art. 47 BankG Wirkung entfaltet.

Insgesamt kann man festhalten: Werden Daten zwecks Kreditprüfung an eine Kreditauskunftei weitergeleitet, so ist diese Weitergabe durch den straf-

¹⁹⁷ Vgl. ARZT, Basler Kommentar, N 37 zu Art. 35 DSG. Allerdings entfällt im Fall von Art. 35 DSG und Art. 13 Abs. 2 lit. c DSG der Konflikt, denn Art. 13 Abs. 2 lit. c sieht den Interessenvorrang nur vor, falls keine besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofile weitergegeben werden. Art. 35 DSG stellt aber nur die Weitergabe dieser beiden Kategorien überhaupt unter Strafe.

rechtlichen Interessenvorrang nicht gerechtfertigt. Zweifelsohne befindet sich die Bank hinsichtlich einer Rechtfertigung auf sicherem Weg, wenn sie sich für die Weitergabe von Kundendaten an eine Kreditauskunftei auf das KKG oder die Einwilligung des Kunden abstützen kann. Fehlt es an den beiden genannten Rechtfertigungsgründen, so sprechen gute Gründe für die Anerkennung von Art. 13 Abs. 2 lit. c DSG als ausserstrafgesetzlicher Rechtfertigungsgrund. Verneint man das Vorliegen eines ausserstrafgesetzlichen Rechtfertigungsgrundes, so wird man der Bank wohl den Verbotsirrtum zugestehen müssen. In beiden Fällen bleibt für die Bank allerdings ein strafrechtliches Restrisiko.

4. Anwendung: Die Weitergabe von Kundendaten auf Druck ausländischer Behörden

Werden Kundendaten im Rahmen eines Rechts- oder Amtshilfeverfahrens an die ausländische Behörde herausgegeben, so ist das Bankgeheimnis nicht verletzt. Im Privatrecht kann man auf die jeweilige gesetzliche Grundlage, welche den konkreten Amts- oder Rechtshilfefall regelt, rekurren.¹⁹⁸ In strafrechtlicher Hinsicht ergibt sich die Straffreiheit bereits aus Art. 47 Abs. 5 BankG.¹⁹⁹ Wie aber gestaltet sich die Rechtslage, wenn kein Rechts- und Amtshilfeverfahren durchgeführt wird und die Daten allein auf Druck der ausländischen Behörde weitergegeben werden? Im jüngsten Fall, der die Schweiz bewegt hat, gab die UBS AG Mitte Februar 2009 dem Druck der US-amerikanischen Behörden nach und leitete rund 300 Kundendaten weiter. Im konkreten Fall konnte sich die Bank unter das schützende Dach einer FINMA-Verfügung begeben, die sie zur Weitergabe verpflichtete. Dass die FINMA-Verfügung sich auf eine genügende gesetzliche Grundlage stützte, darf mit Fug bezweifelt werden, doch ändert es nichts daran, dass jedenfalls die UBS nunmehr über einen Rechtfertigungsgrund für die Datenweitergabe verfügte.²⁰⁰ Was aber wäre gewesen, wenn die FINMA zu einem solchen

¹⁹⁸ Für den Fall der Amtshilfe etwa Art. 29 Abs. 1 i. V. m. Art. 42 Abs. 2 FINMAG; Art. 26 DBA-USA (SR 0.672.933.61) i. V. m. Art. 20d VO DBA-USA (SR 672.933.61).

¹⁹⁹ Umstritten ist, ob es bereits an der Tatbestandsmässigkeit fehlt, oder ob Art. 47 Abs. 5 BankG einen Rechtfertigungsgrund statuiert. Vgl. STRATENWERTH, Basler Kommentar, N 28 ff. zu Art. 47 BankG.

²⁰⁰ Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die FINMA sich einer Anstiftung zur Bankgeheimnisverletzung schuldig gemacht hat. Zu beachten wäre diesbezüglich, dass die Bindungswirkung für das Strafrecht vor der offensichtlichen Rechtsverletzung und

Vorgehen nicht Hand geboten hätte? Oder – noch aktueller und bislang in der Schwebe: Was wäre, wenn ein Urteil des US District Court in Miami erginge, das die UBS zur Herausgabe von rund 52'000 Kundendaten verpflichtet, wie dies die US-amerikanische Steuerbehörde fordert?

Werden Kundendaten auf Druck einer ausländischen Behörde ohne Durchführung eines Amts- oder Rechtshilfeverfahrens weitergegeben, so liegt eine Verletzung des Bankgeheimnisses vor; die Bank ist privatrechtlich verantwortlich und sie macht sich auch strafbar, sofern sie keinen Rechtfertigungsgrund vorbringen kann. Zu prüfen ist, ob die Bank sich dabei auf einen Interessenvorrang berufen kann, was wiederum für die einzelnen Teilrechtsgebiete gesondert zu betrachten ist.

a) Privatrecht

Beim Interessenvorrang in privatrechtlicher Sicht geht es um die Frage, ob die Bank sich auf ein überwiegendes Interesse an der Datenweitergabe berufen kann. Welche Interessen letztlich in die Interessenabwägung einzubeziehen sind, ist freilich im Einzelfall zu prüfen. Auf der Seite der Bank sind etwa folgende Interessen in die Waagschale zu legen: Es können Vermögensinteressen betroffen sein, so z. B. bei der Androhung von Geldstrafen; sind US-amerikanische Dimensionen im Spiel, handelt es sich regelmässig um bedeutsame, möglicherweise gar um existenzbedrohende Vermögensinteressen. Weitergehend ist das Existenzinteresse der Bank berührt, wenn die ausländische Behörde mit dem Entzug der Bewilligung zum Geschäftsbetrieb droht und es sich beim ausländischen Staat um einen wichtigen Finanzplatz handelt. Schliesslich könnte die Weigerung der Offenlegung von Daten – namentlich wenn die Offenlegung in einer Verfügung oder einem Gerichtsurteil verlangt wird – auch zur Folge haben, dass die personelle Führungsebene der Bank oder allenfalls sogar ein weiterer Kreis von Bankmitarbeitenden der strafrechtlichen Verfolgung ausgesetzt werden, wenn sie der Verfügung oder dem Urteil nicht Nachachtung verschaffen.

Ferner kann die Bank geltend machen, die Bedrohung ihrer Existenz gefährde gleichzeitig die Stabilität des Finanzplatzes Schweiz und hätte auch sonst schwerwiegende volkswirtschaftliche Konsequenzen. Damit sind gleichzeitig öffentliche Interessen in den Abwägungsprozess eingebracht. Die Bedeutung des wirtschaftlichen Wohlergehens des Bankensektors, na-

dem offensichtlichen Ermessensmissbrauch Halt macht, vgl. BGE 129 IV 246 E. 2.1. S. 249; 121 IV 29 E. 2 S. 31.

mentlich auch der Grossbanken, für das Gesamtwohl der Schweiz wurde nicht erst offensichtlich, als der Bundesrat im Zivilstreit zwischen der US-amerikanischen Steuerbehörde mit der UBS über die Herausgabe der rund 52'000 Kundendaten ein *amicus curiae*-Schreiben in Auftrag gab. Die Parallelität der Interessenlage konnte schon vor über zwanzig Jahren auf den bundesgerichtlichen Segen zählen und betraf bezeichnenderweise schon damals die UBS. Die bundesgerichtlichen Erwägungen verdienen es, abgedruckt zu werden, auch wenn Sie den gegenteiligen Fall, nämlich die Weitergabe von Daten gegen den Willen der Bank betreffen, die ein Mitarbeitender in Form von Computerprogrammen den französischen Zollbehörden zur Verfügung gestellt hatte:

«La révélation des programmes en cause a sans aucun doute mis en péril les intérêts économiques très importants d'une grande banque suisse. Les relations entre les banques et leurs clients dépendent dans une large mesure de la confiance de ces derniers dans la discrétion dont la banque fera preuve à l'égard des faits touchant à la sphère privée du client. Si disparaît la garantie que de tels faits, révélés ou appris, resteront secrets, disparaît du même coup la confiance à cet égard du client envers la banque, et s'effondre ainsi l'une des conditions essentielles d'une activité bancaire viable. En l'espèce, cet aspect de la confiance a été mis en danger par la révélation de programmes électroniques appartenant à l'UBS, programmes qui pouvaient et devaient ouvrir aux douaniers, en partie du moins, la voie vers des données connues de cette banque. De plus, l'UBS est une grande banque suisse dont le nom est associé de près, sur le plan international, à l'image des banques suisses dans leur ensemble; il s'ensuit qu'en permettant l'accès des douanes françaises aux programmes d'ordinateur, C. a mis en danger non seulement des secrets d'affaires privés de l'UBS mais aussi, dans une large mesure, les intérêts économiques de la Suisse.»²⁰¹

Auf der anderen Seite der Interessenabwägung ist vorab das Interesse des Bankkunden auf Geheimnisschutz zu nennen. Dessen Gewicht wird aber möglicherweise vermindert, wenn man davon ausgeht, dass der Kunde selbst mit seinem illegalen Verhalten den Grund für die Datenherausgabe gesetzt hat. In die Waagschale zugunsten des Geheimnisschutzes gehört zudem das öffentliche Interesse der Wahrung der staatlichen Souveränität, die für die Herausgabe von Daten das Amts- bzw. Rechtshilfeverfahren vorgesehen hat. Im Gegensatz zum Strafrecht fällt dabei ausser Betracht, dass das Amts- und Rechtshilfeverfahren möglicherweise eine weitere Interessenab-

²⁰¹ BGE 111 IV 74 E. 4c S. 80.

wägung vorwegnimmt.²⁰² Die Existenz solcher Verfahren fliesst im Privatrecht «nur» in die Interessenabwägung ein. Schliesslich gehört in die Waagschale zugunsten des Geheimnisschutzes auch das öffentliche Interesse an der Wahrung der Institution des Bankgeheimnisses.

Ob der Bank ein überwiegendes Interesse zuzugestehen ist, kann nur im Einzelfall und unter Abwägung der Einzelelemente beurteilt werden. Für den Fall der UBS AG ist – auch wenn die Einzelelemente nicht alle bekannt sind – jedenfalls nicht auszuschliessen, dass für die Weitergabe der rund 300 Kundendaten ein privatrechtlicher Interessenvorrang bestanden hat. Wie sich die Interessenbalance bezüglich der 52'000 Kundendaten, die der IRS aktuell gerichtlich einfordert, präsentiert, ist noch offen, da im Moment noch unklar ist, welches die Erfolgchancen des Verfahrens sind und welchen Druck die US-Behörden konkret aufbauen können.

b) Strafrecht

Im strafrechtlichen Bereich stellt sich vorab die Frage, ob das Amts- und Rechtshilfeverfahren bei der Datenweitergabe an ausländische Behörden die Interessenabwägung vorwegnimmt, was von der Strafrechtsdoktrin in der Tendenz bejaht wird.²⁰³ Folgt man dieser Auffassung, so steht der Bank der Rechtfertigungsgrund des Interessenvorrangs von vornherein nicht zur Verfügung, und es kommt auf das konkrete Druckszenario gar nicht an. Allerdings räumt auch die Strafrechtsdoktrin ein, dass es in besonders «exorbitanten» Fällen Ausnahmen geben kann, wobei dann zumindest die materiellen Voraussetzungen der Amts- und Rechtshilfe einzuhalten wären.²⁰⁴ Die Prüfung eines Interessenvorrangs wäre also bei exorbitanten Fällen und beschränkt auf die Konstellation des Steuerbetrugs möglich.

Man könnte allerdings auch vertreten, dass das Amts- und Rechtshilfeverfahren den Rechtfertigungsgrund des Interessenvorrangs bestehen lässt, und zwar mit folgendem Argument: Die zahlreichen gesetzlichen Rechtfertigungsgründe – seien es nun das Amts- und Rechtshilfeverfahren, das Prozessrecht oder gar privatrechtliche Grundlagen wie Art. 170 ZGB für das Auskunftsrecht unter Ehegatten – derogieren den Interessenvorrang nicht, sondern sie bilden als Teil der Trias «Einwilligung, Interessenvorrang, Ge-

²⁰² Vgl. dazu HEINE, Neue Strafbarkeitsrisiken, III./2. (Offenbarung durch die Bank), in diesem Band.

²⁰³ *id.*

²⁰⁴ *id.*

setz» eine Kategorie von Gründen, die *neben* dem Interessenvorrang und der Einwilligung eine Datenweitergabe erlauben. Nach dieser (hier vertretenen) Auffassung steht also der Rechtfertigungsgrund des Interessenvorrangs auch dann zur Verfügung, wenn das Amts- und Rechtshilfeverfahren greifen würde. Selbst wenn man aber mit Blick auf den Druck ausländischer Behörden die Möglichkeit eines Interessenvorrangs bejaht, bleibt zu untersuchen, welchen Voraussetzungen ein solcher Vorrang genügen muss. Im Vordergrund stehen dabei die beiden Rechtfertigungsgründe «Notstand» und «Wahrnehmung berechtigter Interessen».

Die Geltendmachung eines Notstands setzt eine Notstandslage voraus. Demnach muss sich das gefährdete Rechtsgut bzw. die gefährdeten Rechtsgüter in einer unmittelbaren Gefahr befinden. Das ist im Einzelfall zu untersuchen, bildet aber im Regelfall wohl keine allzu grosse Hürde. Will man den Fall der UBS und der Weitergabe von rund 300 Kundendaten heranziehen, so wäre hier die behauptete existentielle Gefährdung des Unternehmens das gefährdete Rechtsgut. Umstritten ist, ob die erfolgreiche Berufung auf den Notstand voraussetzt, dass der Täter unverschuldet in die Notstandslage getreten ist. In der *causa* UBS würde sich diesbezüglich etwa die Frage stellen, ob sich die UBS AG einen Verstoss gegen das «Qualified Intermediary-System» vorwerfen lassen muss.²⁰⁵ Allerdings wird von der Mehrheit der Strafrechtsdoktrin vertreten, dass nach der revidierten Notstandsbestimmung in Art. 17 StGB²⁰⁶ das fehlende Verschulden des Täters an der Gefahrenlage keine Voraussetzung des Notstands mehr bildet.²⁰⁷

Sind die Fragen nach der «unmittelbaren Gefahr» und nach dem «fehlenden Verschulden an der Gefahrenlage» geklärt, kann die eigentliche Interessenabwägung vorgenommen werden. Die Abwägungselemente wurden

²⁰⁵ Siehe dazu FINMA, Untersuchung der EBK, 13 ff.; BVGer A-7342/2008 und A-7426/2008, E. 4.6. S. 31 (Abgabebetrug bejaht), E. 5.5.3.4. S. 57 (Wissen der UBS um die falschen Angaben unter dem QI-Agreement denkbar). Einen solchen Verstoss der Bank verneinend, BEHNISCH, Jusletter, Rz 49.

²⁰⁶ Revision der Allgemeinen Bestimmungen des Strafrechts, in Kraft seit 1. Januar 2007, vgl. AS 2006, 3459, 3535.

²⁰⁷ Vgl. DONATSCH/TAG, Strafrecht I, 232; KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, Strafrecht AT, N 715; TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Praxiskommentar, N 6 zu Art. 17 StGB. Zur Begründung wird angeführt, dass – im Gegensatz zu Art. 34 aStGB (Notstand) – nach der revidierten Notstandsbestimmung in Art. 17 StGB das fehlende Verschulden an der Gefahrenlage nicht mehr ausdrücklich genannte Tatbestandsvoraussetzung bildet. A.A. SEELMANN, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 17 StGB und Strafrecht AT, 59: Das fehlende Verschulden an der Gefahrenlage bildet nach wie vor Tatbestandsvoraussetzung für den Notstand.

bereits bei den Erläuterungen zum Privatrecht skizziert²⁰⁸ und werden hier stichwortartig noch einmal zusammengefasst: Vermögens- und allenfalls Existenzinteresse der Bank auf der einen Seite, Geheimhaltungsinteresse des Kunden auf der anderen Seite, allerdings unter Berücksichtigung eines allfälligen Eigenverschuldens wegen Verstosses gegen die anwendbare Steuergesetzgebung. Im Vergleich zur privatrechtlichen Interessenabwägung ergibt sich hier allerdings ein bedeutender Unterschied: Die Bank kann keine Interessen der Öffentlichkeit geltend machen, wie beispielsweise die Gefährdung des Finanzplatzes oder das Bestehen eines volkswirtschaftlichen Risikos: Notstand kann allein zur Rettung von Individualrechtsgütern angerufen werden.²⁰⁹ Kurz: Die Hürde ist deutlich höher als im Privatrecht. In der Doktrin wird denn auch durchweg die Meinung vertreten, die Bejahung einer Notstandssituation wegen Sanktionen einer Behörde sei abzulehnen, zumindest sei aber grösste Zurückhaltung geboten.²¹⁰

Zu prüfen bleibt der Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen. Vorab ist aber darauf hinzuweisen, dass die Rechtsfigur der Wahrung berechtigter Interessen in der bundesgerichtlichen Praxis vor allem dann zu Anwendung kommt, wenn keine unmittelbare Gefahrenlage, mithin also keine klassische Notstandssituation vorliegt.²¹¹ Bei der Frage nach der Weitergabe von Kundendaten auf Druck ausländischer Behörden besteht aber unstreitig eine Gefahrenlage für die Bank, die sich – das ist die Natur der Druckausübung – Sanktionen ausgesetzt sieht, die ihre Rechtsgüter und allenfalls sie selbst gefährden. Lässt man für die vorliegende Konstellation die Wahrung berechtigter Interessen dennoch als selbstständigen Rechtfertigungsgrund gelten, so sind dieselben Fragen zu prüfen wie beim Notstand. Dies, weil die Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes der Wahrung berechtigter Interessen an diejenigen des Notstands angeglichen wurden.²¹² Immerhin und in der vorliegenden Konstellation von Bedeutung: Im Unterschied zum Notstand fliesst bei der Wahrung berechtigter Interessen das öffentliche Interesse in die Interessenabwägung ein. Führt man sich

²⁰⁸ Siehe oben S. 268 (Privatrecht).

²⁰⁹ TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, *Praxiskommentar*, N 4 zu Art. 17 StGB; SEELMANN, *Strafrecht AT*, 58.

²¹⁰ Vgl. HONEGGER/KOLB, *Amts- und Rechtshilfe*, X. (Bedeutung von Art. 273 StGB), in diesem Band.

²¹¹ Vgl. die Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Praxis bei RIKLIN, FS Trechsel, 537 ff.: Die klassischen Fälle betreffen die Berichterstattung der Presse.

²¹² Das Bundesgericht spricht in BGE 115 IV 74 E. 4c S. 80 gar von «denselben Voraussetzungen». Für die Lehre vgl. RIKLIN, FS Trechsel, 539.

vor Augen, dass nach bundesgerichtlichem Dictum die privaten Interessen der (Gross-)Banken mit den volkswirtschaftlichen Interessen der Schweiz synchron verlaufen,²¹³ so verschiebt sich mit dem Einbezug der öffentlichen Interessen die Gewichtung stärker zugunsten der Bank. Allerdings bleibt es auch hier beim generellen Einwand, dass die Rechtfertigung der Wahrung berechtigter Interessen nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen ist, was auch die bundesgerichtlichen Präjudizien bestätigen.²¹⁴

Schliesslich ist für die strafrechtliche Beurteilung sowohl im Falle des Notstands als auch im Falle der Wahrung berechtigter Interessen einmal mehr das Erfordernis der absoluten Subsidiarität im Blick zu behalten: Es darf kein legaler Weg zur Verfügung stehen, mit dem die Bank ihre Interessen wahrnehmen kann. Ein solcher Weg besteht aber in Gestalt des Amts- und Rechtshilfeverfahrens. Allerdings ist zu bedenken, dass nicht die Bank, sondern nur der ausländische Staat dieses Verfahren in Gang setzen kann. Der Bank selbst steht also der «legale Ausweg» nicht eigenständig zur Verfügung. Hält sich der ausländische Staat nicht an den vorgegebenen Verfahrensweg, so kann ihn die Bank nicht erzwingen.

Gestützt auf die vorgehenden Überlegungen ist also im Einzelfall nicht auszuschliessen, dass bei genügend grossem Druck einer ausländischen Behörde ein Interessenvorrang der Bank zu bejahen ist. Gleichzeitig ist aber darauf hinzuweisen, dass die Hürden für eine solche Rechtfertigung ausserordentlich hoch sind.

c) Fazit

aa) Divergenz der Aufhebungsstandards

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass für den Fall der Datenweitergabe auf Druck der ausländischen Behörde die privatrechtlichen und die strafrechtlichen Standards für die Aufhebung des Geheimnisschutzes divergieren. Geht man davon aus, dass das Amts- und Rechtshilfeverfahren die strafrechtliche Interessenabwägung insgesamt vorwegnimmt, so kann sich die Bank von vornherein nicht auf den Interessenvorrang berufen. Will man ihr die Interessenabwägung dennoch zugestehen, so kommt im Vergleich zum Privatrecht erschwerend hinzu, dass im Falle des rechtfertigenden Not-

²¹³ BGE 111 IV 74 E. 4c S. 80. Siehe auch den Textauszug des Urteils bei den Ausführungen zum Privatrecht, oben S. 268 ff. (Privatrecht)

²¹⁴ Zu dieser Einschätzung auch SEELMANN, Basler Kommentar, N 27 zu Art. 14 StGB.

stands von einem Teil der Lehre verlangt wird, dass die Bank an der Entstehung der Gefahrenlage kein Verschulden trifft. Zudem fliessen die öffentlichen Interessen an einer Datenweitergabe nicht in den Abwägungsprozess ein. Beim Interessenvorrang in Gestalt der Wahrung berechtigter Interessen bestehen diese zusätzlichen Hürden nicht. Jedoch gilt hier gleich wie für den rechtfertigenden Notstand, dass die Rechtsprechung einen Interessenvorrang nur mit grosser Zurückhaltung annimmt und dies auch in der Doktrin uneingeschränkt Zustimmung findet. Als weiterer Unterschied zum Privatrecht ist auch hier wieder das Erfordernis der absoluten Subsidiarität zu nennen: Es darf der Bank kein rechtskonformer Weg für die Datenweitergabe offen stehen. Dass ein solcher Weg mit dem Amts- und Rechtshilfverfahren besteht, ist zu bezweifeln, denn die Bank kann zwar den ausländischen Staat auf diesen Weg verweisen, sie kann ihn aber selbst nicht einschlagen. Folgt man hingegen der *causa* UBS, so besteht bis auf Weiteres ein rechtskonformer Weg in Gestalt einer Verfügung der Aufsichtsbehörde, mit der die Bank (auf eigenes Verlangen) verpflichtet wird, die Daten weiterzugeben. Die diesbezügliche Kompetenz der Aufsichtsbehörde ist zwar zu verneinen, was aber für die betroffene Bank im Hinblick auf die Rechtfertigung der Datenweitergabe keinen Einfluss hat.

bb) Konvergenz im Ergebnis?

Zwischen der privatrechtlichen und der strafrechtlichen Interessenbalance bestehen Unterschiede, die auf der dogmatischen Ebene nicht zu überbrücken sind. Zu prüfen bleibt, ob allenfalls im Ergebnis eine Konvergenz der beiden Teilrechtsordnungen zu erreichen ist. Konkret stellt sich die Frage, ob man im Falle der Bejahung eines privatrechtlichen Interessenvorrangs zugunsten der Datenherausgabe auf Druck ausländischer Behörden auch für das Strafrecht zum Ergebnis der Straffreiheit kommen kann.

Möglich wäre eine solche Konvergenz über den Weg des entschuldbaren Notstands i.S.v. Art. 18 StGB. Dieser liegt unter anderem vor, wenn es der Bank nicht zumutbar war, die Gefahr auf anderem Weg abzuwehren.²¹⁵ Entschuldbarer Notstand sieht somit über eine Verletzung des absoluten Subsidiaritätsprinzips hinweg. Gerade wenn die Bank in ihrer Existenz bedroht ist scheint die Annahme eines entschuldbaren Notstandes zumindest nicht ausgeschlossen zu sein. Gelangt das Gericht zur Überzeugung, dass Unzu-

²¹⁵ TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Praxiskommentar, N 2 zu Art. 18 StGB.

mutbarkeit vorgelegen hat, so ist die Schuld und damit die Strafbarkeit zu verneinen. Andernfalls greift obligatorische Strafmilderung.

V. Der Aufhebungsgrund des Gesetzes

Als letzter Grund für die Aufhebung des Bankgeheimnisses ist das Gesetz zu nennen. Hier kommt es zur Konvergenz aller Regelungsgebiete, denn Gesetz meint überall kantonales oder bundesrechtliches Gesetz und Gesetz im formellen und materiellen Sinn.²¹⁶ Auch besteht eine Konvergenz, wenn es um die Rechtsnatur des Aufhebungsgrundes geht: Ein zivilrechtlicher Gesetzeserlass, der explizit die Weitergabe von Bankdaten erlaubt, wird auch im Strafrecht regelmässig als Aufhebungsgrund gelten. Gleiches gilt im umgekehrten Sinn.²¹⁷ Ausnahmen bestehen nur dort, wo die Auslegung der betroffenen Normen und Normenkomplexe ein anderes Ergebnis zwingend erfordern.

1. Grundlagen

Die gesetzlichen Grundlagen für die Aufhebung des Bankgeheimnisschutzes sind ausserordentlich zahlreich und sie finden sich in allen Rechtsgebieten. Im Gegensatz zu den Aufhebungsgründen der Einwilligung und des Interessenvorrangs stellt sich hier die Frage nicht, ob eine inhaltliche Konvergenz der Standards besteht. Statuiert das Gesetz einen Aufhebungsgrund, so gilt er grundsätzlich sowohl für den zivilrechtlichen als auch für den strafrechtlichen Geheimnisschutz.

Verlangt etwa die Behörde gestützt auf die Bestimmungen über die Rechts- und Amtshilfe von der Bank Auskünfte über Kundendaten, so verhindert dies nicht nur die strafrechtliche Verfolgung der Bank unter Art. 47 BankG, sondern auch deren zivilrechtliche Verantwortlichkeit gestützt auf den Bankvertrag, Art. 28 ZGB und das Datenschutzgesetz. Umgekehrt schliessen aber auch zivilrechtliche Aufhebungsnormen die Erfüllung des Tatbestandes von Art. 47 BankG aus. Wenn etwa ein Zivilgericht gestützt auf Art. 170 ZGB die Bank auffordert, die Bankunterlagen eines Ehegatten

²¹⁶ Vgl. etwa MEILL, Basler Kommentar, N 46 zu Art. 28 ZGB.

²¹⁷ Anders gelagert ist die Frage, ob die Datenweitergabe durch eine Amtsperson gestützt auf eine öffentlich-rechtliche Norm überhaupt in den Anwendungsbereich von Art. 28 ZGB fällt, was zu verneinen ist. Vgl. hierzu HAAS, Einwilligung, N 97.

vorzulegen, so schliesst dies sowohl eine zivilrechtliche wie eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bank aus.²¹⁸ Dasselbe gilt auch für direkte Informationsansprüche gegenüber der Bank, etwa derjenige der Erben gestützt auf Art. 560 ZGB (Universalsukzession).

2. Anwendung: Weiterleitung an den Beauftragten der Bank

Im Zuge der Revision von Art. 47 BankG hat der Gesetzgeber im Jahr 1971 neu auch den Bevollmächtigten der Bank der Geheimnispflicht unterstellt. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Erweiterung des Kreises der Geheimnispflichtigen gleichzeitig bedeutet, dass nunmehr ein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund für den Informationsfluss zwischen der Bank und ihren Beauftragten besteht.

a) Generelle Aufhebung der Geheimnispflicht gegenüber dem Beauftragten?

Ein Teil der Lehre leitet aus dem neuen Wortlaut des Art. 47 BankG ab, dass die Weitergabe von Kundendaten von der Bank an den Beauftragten nunmehr erlaubt sei.²¹⁹ Andere schränken die Weitergabemöglichkeit daraufhin ein, dass die Bank ein «echtes Eigeninteresse» nachweisen müsse.²²⁰

Auch finden sich in einem neueren Entscheid Anhaltspunkte, die zugunsten der Zulässigkeit einer Weitergabe von Bankdaten an den Beauftragten sprechen.²²¹ Der Entscheidfall handelte von einem Fall des «Whistleblowing»: Ein Bankangestellter hatte im Zusammenhang mit einer bestimmten Finanztransaktion Unregelmässigkeiten festgestellt und diese – mangels eines internen Meldeverfahrens – dem externen Anwalt der Bank mitgeteilt. Der Anwalt war vorgängig von der Bank beauftragt worden, ihre Interessen im Hinblick auf die betreffende Finanztransaktion wahrzunehmen.²²² Der

²¹⁸ Zur diesbezüglichen Auskunftspflicht vgl. BGer 5P.423/2006 vom 12. Februar 2007, E. 5.

²¹⁹ KLEINER/SCHWOB/WINZELER, Kommentar BankG (2006), N 369 zu Art. 47 BankG; HONNEGGER/FRICK, SZW 1996, 6; CARRANZA/MICOTTI, AJP 2009, 116.

²²⁰ ZULAUF, ZSR 115 (1994), 115. Ähnlich AUBERT ET AL., Secret bancaire, 103.

²²¹ BGer 4A_2/2008 vom 8. Juli 2008, insb. E. 6.3. Entscheid besprochen von CARRANZA/MICOTTI, AJP 2009, 115 ff.

²²² BGer 4A_2/2008 vom 8. Juli 2008, Punkt A.: «[A]vv. D.____, incaricato dalla banca di tutelare i suoi interessi nell'ambito della citata operazione finanziaria.»; E. 6.1: «[I]ncaricato dalla banca di seguire le questioni civili e penali connesse all'operazione finanziaria denominata xxx...»

Anwalt meldete den Sachverhalt an die Generaldirektion der Bank. Später entliess die Bank den Mitarbeitenden, mit der Begründung, er habe auf Nachfrage verneint, Dritten vom Bankgeheimnis geschützte Daten weitergegeben zu haben. Das Bundesgericht bejahte eine missbräuchliche Kündigung und führte in diesem Zusammenhang aus, der Mitarbeitende habe nicht «irgendeinem Dritten» Informationen weitergegeben, sondern einem Anwalt, der im Auftrag der Bank die zivilrechtlichen und strafrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der besagten Finanztransaktion abklären sollte und der sowohl dem Berufsgeheimnis als auch dem Bankgeheimnis unterstand. Der Mitarbeitende habe somit nicht gelogen, als er verneinte, mit bankexternen Personen über vertrauliche Vorgänge gesprochen zu haben.²²³

In der einzigen bislang publizierten Rezeption des Entscheides ziehen die Autoren bezüglich des Bankgeheimnisses folgende Schlussfolgerung: «A noter, comme l'a jugé le TF, que le secret bancaire ne fait pas obstacle à la communication d'informations à l'avocat. Celui-ci, en sa qualité de mandataire, est en effet inclus dans le cercle de personnes tenues au secret par l'art. 47 al. 1 LB.»²²⁴

b) Stellungnahme

Ob man aus dem vorerwähnten Bundesgerichtsentscheid effektiv auf die generelle Zulässigkeit der Weitergabe von geschützten Daten an die Beauftragten der Bank schliessen kann, ist fraglich. Vorab sind die besonderen Umstände des Falles zu berücksichtigen: Es ging um den Fall einer missbräuchlichen Kündigung durch die Bank, die das Bankgeheimnis zum Vorwand nahm, um einen unliebsamen «Whistleblower» aus ihrem Betrieb zu entfernen. Es fehlt im Entscheidfall auch ein ausdrücklicher Hinweis darauf, dass die Datenweitergabe an den Anwalt *aufgrund des Mandatsverhältnisses* von der Geheimhaltungspflicht ausgenommen war. Das Bundesgericht weist vielmehr darauf hin, dass der Anwalt von der Bank speziell für die fragliche Finanztransaktion mandatiert war und dass er zum Kreis der Personen gehört habe, die der Geheimnispflicht unterliegen.²²⁵ Damit wird aber vor allem hervorgehoben, dass der Bankangestellte sich im engen Vertrau-

²²³ BGer 4A_2/2008 vom 8. Juli 2008, E. 6.1.

²²⁴ CARRANZA/MICOTTI, AJP 2009, 116.

²²⁵ BGer 4A_2/2008 vom 8. Juli 2008, E. 6.3: «(...) ha confidato i suoi sospetti a un consulente legale della banca, sottoposto all'obbligo di confidenzialità, (...)»

enskreis der Bank bewegt und die Informationen nicht nach aussen getragen hat, weshalb sein Verhalten eine Kündigung nicht rechtfertigte.

Dass die Erweiterung der Geheimnispflicht auf die Beauftragten der Bank gleichsam den diesbezüglichen Informationsfluss legitimiert, ist aber auch deshalb zu bezweifeln, weil das Bundesgericht diese Frage im Zusammenhang mit Art. 321 StGB gegenteilig entschieden hat. Dort hat es festgehalten, der strafrechtlich geschützte Geheimbereich werde auch dann verletzt, wenn Daten an Personen weitergegeben werden, die ihrerseits der Geheimhaltungspflicht unterliegen.²²⁶ Dass diese Rechtsprechung durch einen zwar jüngeren, thematisch aber anders ausgerichteten arbeitsrechtlichen Entscheid überholt wurde, ist nicht anzunehmen.

Auch die Materialien zur Revision von Art. 47 BankG liefern keinen Beleg dafür, dass die Bank nunmehr befugt sein soll, geschützte Daten an ihre Beauftragten weiterzuleiten. Gemäss Botschaft war Ziel der Unterstellung des Beauftragten unter Art. 47 BankG, dass «(...) insbesondere auch Rechenzentren erfasst werden, die von Banken mit der elektronischen Datenverarbeitung betraut werden.»²²⁷ Damit ist Folgendes gesagt: Beauftragte, insbesondere Rechenzentren, unterstehen dem Bankgeheimnis. Mehr nicht. Ziel der Unterstellung des Beauftragten war allein, dass durch die *gerechtfertigte* Weitergabe von geschützten Daten an einen Beauftragten das Bankgeheimnis nicht durchlöchert wird, indem ab diesem Zeitpunkt eine nachfolgende Weiterleitung mangels der Geheimnispflicht des Beauftragten in jedem Fall straflos bleibt. Dies hat auch das Bundesgericht festgehalten: «Bei der Unterstellung des Beauftragten unter die Schweigepflicht ging es offenbar darum sicherzustellen, dass das Bankgeheimnis nicht durchlöchert werden kann dadurch, dass die Bank für bestimmte Dienstleistungen Dritte heranzieht (...).»²²⁸ Aus dem Erwägungen geht zudem hervor, dass die Weiterleitung an den Beauftragten nicht allgemein erlaubt ist, sondern einer Rechtfertigung bedarf. Im Entscheidfall erachtete es das Bundesgericht als zulässig, dass Banken für die Führung von Zivilprozessen externe Anwälte heranziehen, um von deren forensischer Erfahrung zu profitieren. Es sieht also in dieser Konstellation einen (strafrechtlichen) Interessenvorrang zugunsten der Bank. Diese Überlegung hält selbst den strengen strafrechtlichen Anforderungen an die absolute Subsidiarität stand, wonach der Bank kein legales Mittel zur Verfügung stehen darf, um ihre geschützten Interessen zu vertei-

²²⁶ BGE 119 II 222 E. 2b/dd S. 226.

²²⁷ Botschaft Revision BankG, BBl 1970 I 1182.

²²⁸ BGE 121 IV 45 E. 2b S. 47.

digen, ohne zugleich eine Geheimnisverletzung zu begehen.²²⁹ Auch die Bank hat ein Recht auf einen Rechtsbeistand. Anwälte müssen aber unabhängig sein, was nunmehr auch gesetzlich ausdrücklich verankert ist.²³⁰ Hausinterne Anwälte im Angestelltenverhältnis erfüllen das Erfordernis der Unabhängigkeit nicht. Das Recht auf einen externen Rechtsbeistand als Ausfluss des Prinzips der Waffengleichheit lässt sich nur verwirklichen, wenn der externe Rechtsbeistand Zugang zu den geheimnisgeschützten Daten hat.

Gegen die generelle Zulässigkeit der Weiterleitung von Bankdaten an die Bankbeauftragten spricht schliesslich die Teleologie von Art. 47 BankG. Die Norm bezweckt den verstärkten Schutz der Vertraulichkeit von Bankkundendaten. Könnte man diesen Schutz durch die einfache Begründung eines Auftragsverhältnisses aufheben, so würde dieser Schutzzweck ins Leere laufen.

Insgesamt lässt sich also festhalten: Der Einbezug des Beauftragten in den Kreis der Geheimnispflichtigen von Art. 47 BankG hat nicht zur Folge, dass die Datenweitergabe von der Bank an den Beauftragten zulässig ist. Eine solche Folgerung ergibt sich weder aus den Materialien, sie widerspricht zudem der Teleologie von Art. 47 BankG und sie lässt sich auch nicht auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung stützen.

3. Anwendung: Datenweiterleitung zwecks Durchsetzung einer gerichtlichen Forderung

Nachdem vorliegend die Meinung vertreten wird, dass die Weiterleitung von Bankkundendaten an den Beauftragten in den Anwendungsbereich von Art. 47 BankG fällt, stellt sich die Frage, wie es sich mit der Weiterleitung von solchen Daten verhält, wenn die Bank gerichtlich gegen ihre Kunden vorgehen will und sie nicht – wie in den neueren AGB üblich – vorgängig die Einwilligung der Kunden eingeholt hat.

Dass die Bank ein Interesse daran hat, ihre Forderungen gegen Kunden auch gerichtlich durchzusetzen und in diesem Zusammenhang die Kundendaten an einen externen Anwalt weiterzuleiten, ist offensichtlich. Man wird

²²⁹ Siehe vorne S. 253 (Strafrechtlicher Interessenvorrang).

²³⁰ Vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. d und Art. 12 lit. b BGFA. Breits vor Inkrafttreten des BGFA im Jahre 2000 war der Grundsatz der Unabhängigkeit der Anwälte unbestrittener Grundsatz. Soweit die kantonalen Anwaltsgesetze diesen Grundsatz nicht explizit festhielten, wurde er etwa aus den Richtlinien SAV hergeleitet, vgl. Botschaft zum BGFA, BBl 1999 VII 6033.

auch ohne weiteres bejahen, dass das Interesse der Bank an der Offenlegung gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse des Kunden überwiegt. Schon auf dieser Stufe ist also der Interessenvorrang zu bejahen, und zwar sowohl im Privatrecht als auch im Strafrecht.

Im Strafrecht ist zudem – wie bereits vorne erläutert – für diese Konstellation auch das Erfordernis der absoluten Subsidiarität erfüllt.²³¹ Es ergibt sich aus dem Recht der Banken auf einen externen Rechtsbeistand bei gerichtlichen Verfahren, das seinerseits auf dem Prinzip der Waffengleichheit beruht. Hinzu kommt, dass Art. 8 Abs. 1 lit. d und Art. 12 lit. b BGFA die Unabhängigkeit des Anwalts voraussetzen.²³² Hausinterne Anwälte erfüllen dieses Erfordernis nicht. Ohne die Weiterleitung der Kundendaten an externe Anwälte wäre die Bank von gerichtlichen Verfahren mit Anwaltszwang ausgeschlossen, in den übrigen Verfahren wäre sie zum Verzicht auf anwaltliche Vertretung gezwungen. Diese Rechtslage spricht umso mehr für den Interessenvorrang der Bank. Die Zulässigkeit der Datenweitergabe an den externen Anwalt im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung entspricht denn auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.²³³

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Das Bankgeheimnis, einst unstreitiger Grundstein unseres Finanzplatzes, ist zum Stolperstein geworden: Das müssen die Banken, vorab die UBS, schmerzlich erfahren. Aber auch die Politik sieht man straucheln: Auf höchster Regierungsebene wird unter Hinweis auf das Landesinteresse in kurzem Abstand einmal die Weitergabe von Kundendaten unter Umgehung des Amts- und Rechtshilfeverfahrens gutgeheissen,²³⁴ um dann wieder zu ver-

²³¹ Siehe oben S. 277 (Stellungnahme).

²³² Vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. d und Art. 12 lit. b BGFA. Breits vor Inkrafttreten des BGFA im Jahre 2000 war der Grundsatz der Unabhängigkeit der Anwälte unbestrittener Grundsatz. Soweit die kantonalen Anwaltsgesetze diesen Grundsatz nicht explizit festhielten, wurde er etwa aus den Richtlinien SAV hergeleitet, vgl. Botschaft zum BGFA, BBl 1999 VII 6033.

²³³ BGE 124 IV 45, insb. E. 2b S. 47.

²³⁴ Vgl. die Erklärung des Bundesrats vom 19.2.2009 zum Entscheid der FINMA in Sachen UBS (bezüglich der Weitergabe von rund 300 UBS-Kundendaten an die US-amerikanische Steuerbehörde), abrufbar unter www.news.admin.ch, «alle Medienmitteilungen», «Medienmitteilungen nach Datum»: Die FINMA hat im Interesse der Stabilität sowohl des schweizerischen wie auch des globalen Finanzsystems Schutzmassnahmen gegenüber der UBS verfügt.

künden, man werde eine Herausgabe nötigenfalls mittels Verfügung verbieten.²³⁵ Die Dogmatik ist diesbezüglich beständiger. Allerdings: Steinig ist der Weg auch hier, wenn man einen konkreten Sachverhalt auf seine Konformität mit dem Bankgeheimnis überprüfen will.

Die Schwierigkeiten haben ihren Ausgangspunkt darin, dass das Bankgeheimnis auf Gesetzesstufe in verschiedenen Rechtsgebieten verankert ist. Beachtlich für den Bankgeheimnisschutz sind insbesondere das Vertragsrecht, das Persönlichkeitsrecht, das Datenschutzrecht, das Strafrecht und – wenn auch nur mittelbar – das Aufsichtsrecht. Die Bank kann sich nicht an einer einzigen Rechtsgrundlage orientieren, sondern sie ist an sämtliche bankgeheimnisrelevanten Normen der verschiedenen Rechtsgebiete gebunden.

Für alle Rechtsgebiete gilt: Die Aufhebung des Geheimnisschutzes kann unter Umständen gerechtfertigt sein. Die Aufhebungsgründe lassen sich mit folgenden Stichworten zusammenfassen: Einwilligung, Interessenvorrang, Gesetz. Die inhaltliche Ausgestaltung der einzelnen Aufhebungsgründe kann je nach Rechtsgebiet variieren: Die strafrechtliche und die privatrechtliche Einwilligungsdogmatik sind nicht deckungsgleich, und auch beim Interessenvorrang geht das Strafrecht eigene Wege. Einheitlichkeit besteht nur beim Aufhebungsgrund des Gesetzes.

Die Unterschiede bei der inhaltlichen Ausgestaltung der einzelnen Aufhebungsgründe bewirken, dass derselbe Sachverhalt möglicherweise nicht in allen relevanten Rechtsgebieten die Anforderungen für die Aufhebung des Geheimnisschutzes erfüllt. Mit anderen Worten: Im Privatrecht mag ein überwiegendes Interesse der Bank an der Datenweitergabe gegeben sein, während im Strafrecht aufgrund der dortigen Voraussetzungen ein Interessenvorrang verneint werden muss. Oder: Aufsichtsrechtlich mag eine gültige Einwilligung vorliegen, während ein entsprechender Rechtfertigungsgrund im Straf- und Privatrecht verneint werden muss. Für die Praxis bedeutet dies, dass die Voraussetzungen für die Datenweitergabe mit Blick auf jedes Rechtsgebiet separat zu prüfen sind.

Dass ein Sachverhalt unter verschiedene Gesetznormen fällt und dabei unterschiedlich beurteilt werden kann, ist eine Trivialität. Bedenken gegen die Varianzen auf dem Gebiet des Bankgeheimnisses ergeben sich vor allem deshalb, weil sich hier das Privatrecht – etwa mit Blick auf den Interessenvorrang – als die mildere Ordnung herausstellt. Das aber widerspricht der

²³⁵ Vgl. NZZ vom 8. Juli 2009, 17: Bundesrat gegen Herausgabe von UBS-Daten. Beschlagnahme von Dokumenten als Ultima Ratio.

ultima ratio-Funktion des Strafrechts. Teilweise können die Ergebnisse auf der Stufe der Rechtsfolgen korrigiert werden, indem man für das Strafrecht den Verbotsirrtum oder den entschuldbaren Notstand heranzieht. Ein solches Vorgehen bleibt aber mit (Rechts-)unsicherheiten behaftet.

Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass teilweise dafür plädiert wird, bei der Anwendung von Art. 47 BankG die Aufhebungsgründe «Einwilligung, Interessenvorrang, Gesetz» am Standard von Art. 28 ZGB zu messen. Für einen solchen Rückgriff auf die privatrechtlichen Messkriterien werden vorab die persönlichkeitsrechtlichen Wurzeln von Art. 47 BankG angeführt. Rechtspolitisch ist das Desiderat eines privatrechtlich determinierten Standards für die Aufhebungsgründe durchaus erwägenswert. Das Strafrecht bietet für das Bankgeheimnis nur bedingt das geeignete rechtliche Umfeld. Straftatbestände sind als Ausnahmefälle konzipiert. Die Weitergabe von Kundendaten gehört aber in vielen Konstellationen zum unbestrittenen Tagesgeschäft der Banken. Das Privatrecht, namentlich die Aufhebungsgründe von Art. 28 ZGB einschliesslich ihrer Ausgestaltung in der Praxis, bieten hier die nötige Flexibilität. Bei einer solchen materiellen Gleichschaltung der strafrechtlichen mit den privatrechtlichen Aufhebungsstandards bleibt es auf der weiteren Stufe der Rechtsfolgen wichtig, die *ultima ratio*-Funktion des Strafrechts im Blick zu behalten und ihr im Rahmen der Rechtsfiguren des Verbotsirrtums oder des entschuldbaren Notstands Nachachtung zu verschaffen. Allein: Dem rechtspolitischen Desiderat steht heute das geltende Recht entgegen. Art. 47 Abs. 6 BankG in der Fassung vom 1. Januar 2009 hält ausdrücklich fest, dass die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches Anwendung finden. Das Strafrecht und seine Dogmatik haben Art. 47 BankG fest im Griff. Die Frage nach einem einheitlichen, privatrechtlich determinierten Standard zur Aufhebung des Bankgeheimnisses ist daher eine solche *de lege ferenda*.