



Bankgeheimnisverletzung (Art. 47 BankG) unter dem Aspekt der Lieferung von Personendaten ans U.S. Department of Justice

MATTHIAS MICHLIG

Nicht nur der Bankkunde, sondern auch der Dritte, der im Rahmen der Geschäftsbeziehung mit der Bank in Kontakt tritt, ist durch das Bankgeheimnis (Art. 47 BankG) geschützt. Demnach unterliegen diejenigen Daten über Drittpersonen, welche die am U.S.-Programm zur Bereinigung des Steuerstreits teilnehmenden Banken der Kategorie 2 dem U.S. Department of Justice übermitteln müssen, dem Bankgeheimnis. Fraglich ist, ob sich die datenliefernde Bank bei fehlender Einwilligung der betroffenen Drittperson auf Notstand (Art. 17 StGB) oder den Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen gemäss Art. 14 StGB berufen kann.

Le secret professionnel du banquier (art. 47 LB) protège non seulement le client de la banque, mais aussi le tiers qui entre en contact avec la banque dans le cadre de la relation commerciale. En conséquence, les données relatives à des tierces personnes que les banques de catégorie 2 participant au programme américain pour le règlement du différend fiscal doivent transmettre au DOJ sont couvertes par le secret bancaire. Il reste à clarifier si, lorsque le tiers concerné n'a pas donné son consentement, la banque fournisseuse de données peut invoquer un état de nécessité (Art. 17 CP) ou le motif justificatif de la défense d'intérêts légitimes au sens de l'art. 14 CP.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Historischer Überblick über Entstehung und Zweck des Bankgeheimnisses
 - A. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf eines Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 2. Februar 1934
 - B. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision des Bankengesetzes vom 13. Mai 1970
 - C. Botschaft zur Volksinitiative gegen den Missbrauch des Bankgeheimnisses und der Bankenmacht vom 18. August 1982
- III. Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnis (Art. 47 BankG)
 - A. Übersicht
 - B. Vertragliche Treuepflicht
 - C. Persönlichkeitsschutz
- IV. Gegenstand des Bankgeheimnisses
 - A. Durch das Bankgeheimnis geschützte Personen
 - B. Durch das Bankgeheimnis geschützte Informationen
 - C. Geheimnisträger und möglicher Täter
 - D. Geheimnisherr
- V. Durchbrechung und Aufhebung des Bankgeheimnisses
 - A. Einwilligung
 - B. Notstand (Art. 17 StGB)
 - C. Wahrnehmung berechtigter Interessen

I. Einleitung

Seit dem Jahr 2011 fanden zwischen der Schweiz und den USA auf Grundlage des geltenden Doppelbesteuerungsabkommen DBA-USA¹ Gespräche über eine Vereinbarung zwischen dem IRS (Internal Revenue Service) und den ein-

zelnen Banken statt (sog. Closing Agreement).² Im Herbst 2012 wurde die Verhandlungsführung auf das U.S. Department of Justice (DOJ) übertragen. Banken, die sich vermutlich unter amerikanischem Recht strafbar gemacht haben, sollten nun direkt mit dem DOJ verhandeln.³

Am 29. August 2013 haben die Schweiz und die USA in Washington eine Vereinbarung (Joint Statement)⁴ unterzeichnet, um den jahrelangen Steuerstreit der Banken mit den USA beizulegen. Das Joint Statement definiert auf zwei Seiten den Rahmen für die Kooperation der Schweizer Banken mit den amerikanischen Behörden.

Mit Unterzeichnung des Joint Statement trat auch das «Program for Non-Prosecution Agreement or Non-Target Letters for Swiss Banks» (U.S.-Programm)⁵ des DOJ in Kraft. Dieses Programm enthält die Vorgaben und Rahmenbedingungen, gemäss denen die Schweizer Banken ihre Situation direkt mit dem DOJ regeln können.⁶

Die Teilnahme am U.S.-Programm steht allen Schweizer Banken mit Ausnahme der in U.S.-Steuerstrafverfahren verwickelten Schweizer Banken (Kategorie 1) offen und ist gemäss Wegleitung zur schweizerischen Musterverfügung des Bundesrats vom 3. Juli 2013 freiwillig.⁷

² BBI 2013, 3950.

³ BBI 2013, 3950.

⁴ Das Joint Statement ist unter <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31813.pdf> zu finden.

⁵ Das U.S.-Programm ist unter <http://www.justice.gov/iso/opa/resources/7532013829164644664074.pdf> zu finden.

⁶ Siehe Finma Mitteilung 50 (2013).

⁷ Die Wegleitung zur schweizerischen Musterverfügung ist unter <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31820.pdf> zu finden.

Banken, die der Ansicht sind, kein amerikanisches Steuerrecht verletzt zu haben (Kategorie 3), können unter Angabe der total verwalteten U.S.-Vermögenswerte und der Bestätigung, dass ein wirksames Compliance Programm in Kraft ist, vom DOJ einen «Non-Target Letter» beantragen.⁸ Das gleiche gilt für ausschliesslich lokal tätige Banken (Kategorie 4), die ausser dem Nachweis der Zertifizierung des FACTA-Status keine weiteren Informationen dem DOJ liefern müssen.⁹

Bei den Banken der Kategorie 2 handelt es sich um Banken, gegen die das DOJ keine Strafuntersuchung eröffnet hat, die aber Gründe haben zu glauben, dass sie im Rahmen ihrer Kundenbetreuung U.S.-Steuerrecht verletzt haben.¹⁰

Banken, die im Rahmen des U.S.-Programms unter der Kategorie 2 teilnehmen wollen, sind unter anderem verpflichtet, die Namen und die Funktionen von Kundenbetreuern, Anlageberatern, Vermögensverwaltern, Finanzberatern, Trustees, Nominees, Anwälten, Buchhaltern sowie von jeder anderen natürlichen und juristischen Person, welche in einer ähnlichen Funktion für ein geschlossenes U.S.-Konto seit dem 1. August 2008 verantwortlich war, den U.S. Behörden bekannt zu geben (sog. Leaver-Listen).¹¹ Die USA zielen damit auf jene un- versteuerten Konten mit einem Vermögen von mehr als 50'000.00 USD, die selbst nach Verurteilung von UBS-Banker Bradley Birkenfeld wegen Beihilfe zu Steuerhinterziehung im Juni 2008 und somit Kenntnis der Banken, dass ihr Geschäftsmodell amerikanische Gesetze verletzen würden, nicht aufgelöst worden sind.¹²

Die «Leaver-Listen» dürfen gemäss den Ziffern 1.2 und 1.3 der Musterverfügung des Bundesrates vom 3. Juli 2013¹³ keine Kundendaten enthalten. Solche dürfen nur im Rahmen von Amtshilfeverfahren übermittelt werden. Personendaten ehemaliger und gegenwärtiger Mitarbei-

ter sowie Personendaten von Dritten¹⁴ dürfen gemäss Ziff. 1.4 lit. b dieser Verfügung nur herausgegeben werden, wenn die betroffenen Personen mindestens zwanzig Tage vor der geplanten Herausgabe über Umfang und Art der Datenherausgabe informiert worden sind. Die betroffenen Personen sind zudem gemäss Ziff. 1.4 lit. c darauf hinzuweisen, dass sie sich nach Art. 15 DSG gegen eine Datenherausgabe gerichtlich wehren können. Eine Übermittlung der Daten gegen den Willen einer betroffenen Person ist gemäss Ziff. 1.4 lit. c frühestens zehn Tage nach erfolgter Mitteilung zulässig, sofern vor Gericht keine Klage betreffend Verbot der Datenherausgabe anhängig gemacht wurde, oder nachdem die Klage rechtskräftig abgewiesen worden ist.

Explizit wird in Ziff. 8 der Musterverfügung des Bundesrates vom 3. Juli 2013 erwähnt, dass durch die Bewilligung des Bundesrates nur eine Strafbarkeit nach Art. 271 Ziff. 1 StGB (Verbotene Handlung für einen fremden Staat) ausgeschlossen ist: «Die Bewilligung entbindet aber nicht von der Einhaltung der übrigen Bestimmungen des schweizerischen Rechts, insbesondere nicht von der Beachtung bestehender Geschäfts- und Bankkundengeheimnisse, der Bestimmungen über den Datenschutz und der Verpflichtungen als Arbeitgeberin.»

II. Historischer Überblick über Entstehung und Zweck des Bankgeheimnisses

A. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf eines Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 2. Februar 1934¹⁵

Erste Bestimmungen zum Schutz des Bankgeheimnisses finden sich in Art. 24 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen, welches am 8. November 1934 beschlossen und am 1. März 1935 in Kraft getreten ist:¹⁶

«¹ Wer vorsätzlich

als Revisor oder Revisionsgehilfe die ihm bei Durchführung einer Revision oder bei Abfassung oder Erstattung des Revisionsberichtes obliegenden Pflichten gröblich verletzt, die vorgeschriebene Aufforderung an die revidierte Bank zur Durchführung entsprechender Massnahmen unterlässt oder die vorgeschriebenen Berichte an die Bankenkommission nicht erstattet (Art. 18 bis 20);

als Organ, Beamter, Angestellter einer Bank, als Revisor oder Revisionsgehilfe, als Mitglied der Bankenkommission, Beamter oder Angestellter ihres Sekretariates, die Schweigepflicht

⁸ Siehe Ziff. III.A. des U.S.-Programms (FN 5).

⁹ Siehe Ziff. IV.A. des U.S.-Programms (FN 5).

¹⁰ Siehe Ziff. II.A. des U.S.-Programms (FN 5).

¹¹ Siehe Ziff. II.D.2 b.v. des U.S.-Programms (FN 5): «The name and function of any relationship manager, client advisor, asset manager, financial advisor, trustee, fiduciary, nominee, attorney, accountant, or other individual or entity functioning in a similar capacity known by the Bank to be affiliated with said account at any time during the Applicable Period».

¹² TOBIAS ROHNER/MICHAEL PETER, Programm zur Beilegung des Steuerstreits der Schweiz mit den USA, Der Schweizer Treuhänder 2013 (10), 733.

¹³ Es handelt sich um eine Bewilligung des Bundesrats für die Kooperation der Schweizer Banken mit den US-Behörden. Die Musterverfügung des Bundesrats vom 3. Juli 2013 ist unter <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31820.pdf> zu finden.

¹⁴ Es handelt sich dabei um die in Ziff. II.D.2.b.v des U.S.-Programms genannten Personen.

¹⁵ BBI 1934 I 171 ff.

¹⁶ BBI 1934 I 200.

oder das Berufsgeheimnis verletzt, wer hierzu verleitet oder zu verleiten sucht, wird mit Busse bis zu zwanzigtausend Franken oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft. Die beiden Strafen können verbunden werden.

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

Der Bundesrat wollte mit dem neu eingeführten Art. 24 aBankG das Vertrauen der Bankkunden in den Finanzplatz Schweiz stärken, indem verhindert werden sollte, dass Bankkundendaten aufgrund der neu eingeführten Aufsichtstätigkeit der Revisoren in unbefugte Hände gelangen.¹⁷

B. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision des Bankengesetzes vom 13. Mai 1970¹⁸

Mit der Teilrevision des Bankengesetzes per 1. Juli 1971 wurde der heutige Art. 47 BankG eingeführt. Der Bundesrat erklärte in seiner Botschaft zum revidierten Bankengesetz,¹⁹ dass das Bankgeheimnis nicht bloss auf dem Bankengesetz beruhen würde, sondern als selbstverständlicher Bestandteil jedes vertraglichen Verhältnisses zwischen der Bank und ihrem Kunden zu betrachten sei. «Das Bankgeheimnis ergibt sich somit aus den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes über den Vertrag sowie aus den Artikeln 27 und 28 des Zivilgesetzbuches, in welchen die Persönlichkeitsrechte verankert sind.»²⁰

Der Umfang der Geheimhaltungspflicht von Art. 47 BankG wurde bewusst offen gelassen.²¹ Dem Gesetzgeber war wohl bewusst, dass eine Definition oder eine genauere Umschreibung des Umfangs des Bankgeheimnisses aufgrund des variablen und schwer fassbaren Begriffs des Geheimnisses kaum möglich gewesen wäre.²²

C. Botschaft zur Volksinitiative gegen den Missbrauch des Bankgeheimnisses und der Bankenmacht vom 18. August 1982²³

In der Botschaft zur Volksinitiative gegen den Missbrauch des Bankgeheimnisses und der Bankenmacht vom 18. Au-

gust 1982 wurde dem Bankkunden der Schutz zugebilligt, dass «Angaben über seine Beziehungen zur Bank, namentlich sein Name, die Höhe seiner Guthaben usw., unter Strafdrohung geheimzuhalten (sic) sind.»²⁴

Wiederum bekräftigte der Bundesrat, dass das schweizerische Bankgeheimnis auf der vertraglichen Pflicht zwischen dem Kunden und dem Bankmitarbeiter beruhe, indem alle Daten aus den Geschäftsbeziehungen zwischen Kunde und Bank durch das Bankgeheimnis geschützt seien.²⁵ Diese Pflicht würde sich aber auch aus der Persönlichkeitssphäre des Bankkunden (Art. 28 ZGB) ergeben.²⁶ Der Geheimhaltungspflicht unterlägen allgemein «alle Daten, die sich aus den Geschäftsbeziehungen zwischen Kunde und Bank ergeben»²⁷ und werde lediglich durch die zivilrechtlichen, kantonalen und eidgenössischen Auskunftspflichten durchbrochen.²⁸

III. Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnis (Art. 47 BankG)

A. Übersicht

Weder Art. 47 BankG selber, noch Strafbestimmungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) können für die Begründung des Bankgeheimnisses herangezogen werden.²⁹ Sieht man von der verfassungsrechtlichen Bestimmung von Art. 13 BV (Schutz der Privatsphäre) ab,³⁰ wird das Bankgeheimnis alleine durch das zivilrechtliche Verhältnis zwischen dem Geheimnisherrn und dem Geheimnisträger begründet³¹ und somit auch definiert.

Art. 47 BankG dient der Verstärkung des privatrechtlichen Schutzes, indem die Verletzung des Bankgeheimnisses nicht nur zivilrechtlich, sondern auch strafrechtlich geschützt wird. Das Bankgeheimnis hätte nämlich auch dann Geltung, wenn die Verletzung des Bankgeheimnis-

¹⁷ BBI 1934 I 180; THOMAS MÜLLER, Das Geheimnis um das Bankkundengeheimnis, in: Jusletter 3. Mai 2010, 3.

¹⁸ BBI 1970 I 1144 ff.

¹⁹ BBI 1970 I 1161.

²⁰ BBI 1970 I 1161.

²¹ BBI 1970 I 1161.

²² Vgl. MATTHIAS MICHLIG, Öffentlichkeitskommunikation der Strafbehörden unter dem Aspekt der Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB), Diss. Zürich, 189.

²³ BBI 1982 II 1201 ff.

²⁴ BBI 1982 II 1206.

²⁵ BBI 1982 II 1224 f.

²⁶ BBI 1982 II 1224.

²⁷ BBI 1982 II 1224 f.

²⁸ BBI 1982 II 1225.

²⁹ MÜLLER (FN 17), 6 ff.

³⁰ Gemäss BGE 104 Ia 53, BGE 115 Ib 83, BGE 124 I 176 ff. kann das Bankgeheimnis nicht den Rang eines geschriebenen oder ungeschriebenen verfassungsmässigen Rechtes beanspruchen, so dass es bei Kollision mit anderen Interessen stets den Vorrang beanspruchen könnte. Es handelt sich vielmehr um eine gesetzliche Norm, die gegebenenfalls gegenüber staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz zurückzutreten hat.

³¹ MÜLLER (FN 17), 7; vgl. BBI 1970 I 1161; BBI 1982 II 1224 f.

ses nicht explizit strafrechtlich sanktioniert wird, wie dies beispielsweise in Deutschland der Fall ist.³²

B. Vertragliche Treuepflicht

Da es sich bei der Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunde i.d.R. um einen Kontokorrent- und Girovertrag handelt, kommen die Bestimmungen des Auftrags gemäss den Art. 394 ff. OR zur Anwendung.³³ Die Treuepflicht des Bankmitarbeiters zu seinem Kunden ergibt sich unter anderem aus Art. 398 Abs. 2 OR. So haftet der Bankmitarbeiter gegenüber seinem Kunden für getreue und sorgfältige Ausführung des im übertragenen Geschäfts. Zur Treuepflicht gehört neben den allgemeinen Schutzpflichten insbesondere auch die Diskretions- und Geheimhaltungspflicht.³⁴

Der auftragsrechtlichen Diskretions-Geheimhaltungspflicht unterliegt alles, was der Beauftragte (Bankmitarbeiter) im Rahmen seiner Berufsausübung in persönlicher und sachlicher Hinsicht über den Auftraggeber (Kunden) erfahren hat.³⁵ Somit unterliegt beispielsweise auch das Bestehen eines Auftragsverhältnisses mit einem Kunden der Geheimhaltungspflicht.³⁶

C. Persönlichkeitsschutz

Durch den Persönlichkeitsschutz von Art. 28 ZGB wird das Bankgeheimnis als Ausfluss der wirtschaftlichen Geheimnisse³⁷ sowie der informationellen Selbstbestimmung geschützt. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung findet seine Konkretisierung in den

Bestimmungen des Datenschutzgesetzes (DSG).³⁸ Dieses berechtigt eine Person, selber zu bestimmen, wem und weshalb sie persönliche Lebenssachverhalte offenbart.³⁹ Da der Persönlichkeitsschutz unabhängig von einer vertraglichen Bindung zur Bank besteht, bildet der Persönlichkeitsschutz neben der vertraglichen Treuepflicht eine selbständige Grundlage für den Schutz des Bankgeheimnisses.⁴⁰

Die zivil- sowie datenschutzrechtlichen Schutzbestimmungen kommen zur Bestimmung des Umfangs des Bankgeheimnisses insbesondere dann zur Anwendung, wenn keine vertragliche Beziehung zwischen der berechtigten Drittperson und der Bank besteht.

IV. Gegenstand des Bankgeheimnisses

A. Durch das Bankgeheimnis geschützte Personen

Grundsätzlich ist jeder Bankkunde unabhängig davon, ob es sich um eine natürliche oder juristische Person handelt, aufgrund der vertraglichen Treuepflicht durch das Bankgeheimnis geschützt.

Durch das Bankgeheimnis ist aber nicht nur der Kunde selber, sondern auch der Dritte geschützt, der im Rahmen der Geschäftsbeziehung des Kunden mit der Bank in Erscheinung tritt.⁴¹

Dieser Schutz ergibt sich nicht nur aus dem Umfang des vertraglichen Geheimnisschutzes des Kunden zur Bank, sondern auch aus dem Persönlichkeitsrecht (Art. 28 ZGB) des Dritten selber.⁴² Letzteres kommt eben gerade

³² Siehe zur Rechtsgrundlage des deutschen Bankgeheimnisses: SEBASTRIAN FUHRMANN, Das Bankgeheimnis als Abtretungsverbot, Diss., Bonn 2009, 10 ff.

³³ BGer 4A_301/2007 vom 31. Oktober 2007; URS EMCH/HUGO RENZ/RETO ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. A., Zürich 2011, Rz. 653 ff.; DANIEL GUGGENHEIM, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 4. A., Genf 2000, 491.

³⁴ ROLF H. WEBER, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 5. A., Basel 2011, N 10 zu Art. 398 OR.

³⁵ EUGEN BUCHER, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. A., Zürich 1998, 230; WEBER (FN 34), BSK OR I, N 12 zu Art. 398 OR. So auch die Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs Urteil vom 27. Februar 2007 – XI ZR 195/05: «(...) das Bankgeheimnis (besteht) in der Pflicht des Kreditinstituts zur Verschwiegenheit über kundenbezogene Tatsachen und Wertungen, die ihm aufgrund, aus Anlass oder im Rahmen der Geschäftsverbindung zum Kunden bekannt geworden sind und die der Kunde geheim zu halten wünscht».

³⁶ WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, Band VI/2/4, Bern 1992, N 61 zu Art. 398 OR.

³⁷ BGE 64 II 169.

³⁸ SR 235.1.

³⁹ URS MAURER-LAMBROU/SIMON KUNZ, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, 2. A., Zürich 2006, N 19 zu Art. 1 DSG.

⁴⁰ ADRIANO MARGIOTTA, Das Bankgeheimnis – Rechtliche Schranke eines bankkonzerninternen Informationsflusses, Diss. Zürich 2002, 82; PIUS SCHWAGER, Das schweizerische Bankgeheimnis in Berücksichtigung der Grundlagen, Zusammenhänge und Auswirkungen, Diss. Zürich 1973, 61.

⁴¹ MAURICE AUBERT/PIERRE-ANDRÉ BÉGUIN/PAOLO BERNASCONI/JOHANNA GRAZIANO-VON BURG/RENATE SCHWOB/RAPHAEL TREULLAUD, Le secret bancaire suisse, 3. A., Bern 1995, 92; WERNER DE CAPITANI, Bankgeheimnis und historische Forschung, Rechtsgutachten, Verein für Finanzgeschichte Heft 2, 16; SUSAN EMMENEGGER/ANDREA ZBINDEN, Die Standards zur Aufhebung des Bankgeheimnisses, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Cross-Border Banking, Basel 2009, 202; PETER LOTZ, Der Schrankfachvertrag unter besonderer Berücksichtigung des Bankgeheimnisses, Diss. Bern 1940, 81; MARGIOTTA (FN 40), 55, 68.

⁴² G.L.M. ADOLF JANN, Der Umfang und die Grenzen des Bankgeheimnisses nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1938, 32 f.; MARGIOTTA (FN 40), 83, a.M. OTTO HUBER, Die Geheimhaltungs-

auch dann zum Tragen, wenn keine vertragliche Beziehung zur Bank besteht.

Demnach sind auch die im U.S.-Programm unter Ziffer II.D.2.b.v genannten Dritten, welche im Rahmen der Geschäftsbeziehung des Kunden mit der Bank in Erscheinung getreten sind, durch das Bankgeheimnis geschützt.

B. Durch das Bankgeheimnis geschützte Informationen

Der Bankangestellte hat aufgrund der auftragsrechtlichen Treuepflicht zum Bankkunden und der Persönlichkeitsrechte Dritter alle bankrelevanten Informationen über persönliche und wirtschaftliche Belange des Bankkunden und allfälliger Dritter, die er beruflich zu Kenntnis nimmt oder die ihm anvertraut worden sind, geheim zu halten.⁴³ Zusammenfassend kann gesagt werden, das Bankgeheimnis schützt die bankgeschäftliche Kommunikation des Kunden und allfälliger Dritter mit der Bank.⁴⁴

Was ein Bankangestellter als Privater erfahren hat oder hätte als Privater erfahren können, unterliegt hingegen nicht der Geheimhaltung.⁴⁵

Da der privatrechtliche und strafrechtliche Umfang des Bankgeheimnisses deckungsgleich sind, kommt es im Gegensatz zum Amtsgeheimnis⁴⁶ nicht darauf an, ob es sich um eine geheimhaltungswürdige Tatsache handelt.⁴⁷ Massgebend ist demnach nicht, was objektiv geheimhaltungswürdig ist, sondern alleine das (schutzwürdige) Geheimhaltungsinteresse des Kunden bzw. des Dritten, welches sich nach seinem Willen und nach seinen durch Treu und Glauben geschützten Erwartungen orientiert (schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse).⁴⁸

Bei den Informationen über Konto-Nr., Kontobewegungen, Namen der involvierten Kundenbetreuer usw., welche die am U.S.-Programm teilnehmenden Banken der Kategorie 2 dem DOJ liefern müssen, handelt es um bankgeheimnisrelevante Daten, welche das Recht des Geheimnisherrn (Dritten) auf informationelle Selbstbestimmung betreffen. Aufgrund der möglichen Sanktionen, welche den Dritten durch die Datenherausgabe erwarten können, hat dieser ohne Weiteres ein schutzwürdiges Ge-

heimhaltungsinteresse. Die ans DOJ zu liefernden Daten unterliegen demnach dem Bankgeheimnis.

Liefert eine am U.S.-Programm teilnehmende Bank beispielsweise dem DOJ zu den Kontoinformationen nur die Initialen des externen Kundenberaters, stellt sich die Frage, ob diese Daten schon bankgeheimnisrelevant sind. Da davon auszugehen ist, dass die Amerikaner aufgrund der immensen Flut von Informationen, welche sie mittlerweile durch die Datenherausgabe der Banken besitzen, in der Lage sind, Rückschlüsse auf die Identität des externen Kundenberaters herzustellen, unterliegen wohl auch diese Daten dem Bankgeheimnis.

C. Geheimnisträger und möglicher Täter

Der Geheimnisträger ist diejenige (natürliche oder juristische) Person, der ein Geheimnis anvertraut wurde oder die gewollt oder ungewollt Kenntnis davon erlangt hat. Der Geheimnisträger ist nicht gleichzusetzen mit dem Geheimnisherrn, da nur Letztgenannter frei über das Geheimnis verfügen darf.⁴⁹

Bankgeheimnisrelevanter Geheimnisträger und somit möglicher Täter sind einerseits die Banken – wobei es sich um juristische Personen (z.B. Aktiengesellschaften) oder um natürliche Personen (z.B. Privatbankiers) handeln kann⁵⁰ –, andererseits alle in Art. 47 Abs. 1 BankG genannten juristischen und natürlichen Personen, die eine Tätigkeit für die Bank ausüben.

Da der Grundsatz «societas delinquere non potest» seit der Einführung der Unternehmensstrafbarkeit (Art. 102 StGB) per 1. Oktober 2013 nicht mehr absolut gilt, kann sich auch die Bank der Verletzung des Bankgeheimnisses gemäss Art. 47 BankG strafbar machen. Vorausgesetzt wird in Art. 102 Abs. 1 StGB, dass die Bank «in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks» die Verletzung des Bankgeheimnisses begangen hat.⁵¹ Des Weiteren wird vorausgesetzt, dass die begangene Tat wegen mangelnder Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann.

Wird, wie im Rahmen des U.S.-Programms, eine grosse Anzahl von bankgeheimnisrelevanten Daten bekanntgegeben, ist die Strafbarkeit des Unternehmens angesichts eines «fixierbaren Entscheids auf Führungsebene» ausge-

pfligt des Beauftragten unter spezieller Berücksichtigung des Bankgeheimnisses, Diss. Bern 1936, 56 f.

⁴³ Vgl. MARGIOTTA (FN 40), 59; EMMENEGGER/ZBINDEN (FN 41), 202.

⁴⁴ MARGIOTTA (FN 40), 60.

⁴⁵ Vgl. MICHLIG (FN 22), 197.

⁴⁶ Vgl. MICHLIG (FN 22), 201.

⁴⁷ SCHWAGER (FN 40), 83.

⁴⁸ MARGIOTTA (FN 40), 38; vgl. FELLMANN (FN 36), N 53 zu Art. 384.

⁴⁹ Vgl. MICHLIG (FN 22), 203.

⁵⁰ Siehe Art. 1 Abs. 1 BankG.

⁵¹ Es handelt sich gemäss MARCEL ALEXANDER NIGGL/DIEGO GFELLER, Basler Kommentar, StGB I, Basel 2007, N 91 zu Art. 102 StGB um «illegale, mit dem legalen Zweck des Unternehmens in einem funktionalen Zusammenhang stehende Handlungen.»

geschlossen.⁵² Folglich machen sich diejenigen Personen strafbar, die auf Führungsebene gemeinsam beschlossen haben, bankgeheimnisrelevante Daten dem DOJ bekannt zu geben.

D. Geheimnisherr

Als Geheimnisherr gilt diejenige (natürliche oder juristische) Person, welche von der geheimen Tatsache betroffen ist und deshalb über das Bankgeheimnis verfügungsberechtigt ist.⁵³

Als Geheimnisherr des Bankgeheimnisses gilt der Bankkunde, da dieser aufgrund der vertraglichen Beziehung zur Bank jederzeit mündlich, schriftlich und unter Umständen auch konkludent in die Preisgabe vertraulicher oder geheimer Kenntnisse, die ihn betreffen, einwilligen kann.

Auch der Dritte, welcher nicht Bankkunde ist, ist Geheimnisherr,⁵⁴ sofern es sich um Geheimnisse handelt, welche ihn betreffen.⁵⁵ So ist beispielsweise auch diejenige Person, welche das Geheimnis zwar betrifft, die der Bank das Geheimnis aber nicht anvertraut hat, Geheimnisherr.⁵⁶

Das Bankgeheimnis schützt zwar auch den Finanzplatz Schweiz,⁵⁷ daraus lässt sich aber nicht schlussfolgern, dass das Gemeinwesen auch verfügungsberechtigter Geheimnisherr ist.⁵⁸ Da sich das Bankgeheimnis als Berufsgeheimnis aus dem Vertrauensverhältnis des Bankkunden bzw. des betroffenen Dritten mit der Bank ergibt, ist alleine der Bankkunde bzw. der Dritte verfügungsberechtigter Geheimnisherr.

Ein weiteres Indiz, welches dagegen spricht, dass das Gemeinwesen Geheimnisherr ist, ist die Tatsache, dass der Gesetzgeber im Gegensatz zu Art. 321 Ziff. 2 StGB nicht vorgesehen hat, dass sich der Bankmitarbeiter bei einer vorgesetzten Behörde oder Aufsichtsbehörde vom Bankgeheimnis dispensieren lassen kann. So war wohl

auch dem Bundesrat bewusst, dass er mittels Verfügung die Banken nicht vom Bankgeheimnis entbinden kann.⁵⁹

Da es sich bei den Informationen, welche die am U.S.-Programm teilnehmenden Banken der Kategorie 2 dem DOJ liefern müssen, um bankgeheimnisrelevante Informationen über eine Drittperson handelt, ist diese Drittperson alleiniger verfügungsberechtigter Geheimnisherr.

V. Durchbrechung und Aufhebung des Bankgeheimnisses

Das Bankgeheimnis gilt nicht absolut, sondern wird neben der Einwilligung des Geheimnisherrn durch die zivilrechtlichen, kantonalen⁶⁰ und eidgenössischen Auskunftspflichten durchbrochen (Art. 47 Abs. 5 BankG). Da zudem die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches gemäss Art. 47 Abs. 6 BankG zur Anwendung gelangen, kann das Bankgeheimnis auch aufgrund Notwehr (Art. 15 StGB), Notstand (Art. 17 StGB) und der Wahrnehmung berechtigter Interessen i.S.v. Art. 14 StGB durchbrochen werden.

Da der Rechtfertigungsgrund der Notwehr (Art. 15 StGB) im Bereich des Bankgeheimnisses geringe praktische Relevanz hat,⁶¹ wird nicht weiter auf diesen Rechtfertigungsgrund eingegangen.

A. Einwilligung

Der Bankkunde sowie der Dritte können als Geheimnisherr frei darüber verfügen, welche Geheimnisse geheim zu halten sind. Willigt der jeweilige Geheimnisherr ein, dass bankgeheimnisrelevante Informationen über ihn an Dritte weitergegeben werden, so liegt gemäss dem Grundsatz des römischen Rechtsgelehrten Ulpian «nulla iniuria est, quae in volentem fit»⁶² keine Bankgeheimnisverletzung vor.⁶³

Die Einwilligung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die frei von Willensmängeln erfolgen muss.⁶⁴ Der Zustimmungende muss demnach einerseits

⁵² GÜNTHER HEINE, Neue Strafbarkeitsrisiken der Bank, in: Susan Emenegger (Hrsg.), Cross-Border Banking, Basel 2009, 179.

⁵³ JEAN NICOLAS DRUEY, Information als Gegenstand des Rechts, Zürich/Baden-Baden 1995, 269.

⁵⁴ A.M. HELENE TOMASONE GLASER, Amtshilfe und Bankgeheimnis, Insbesondere im Bereich der Banken-, Anlagefonds- und Börsenaufsicht, Diss Zürich, 1997, 90 f.

⁵⁵ Das Verfügungsrecht des Dritten ergibt sich aus seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

⁵⁶ Vgl. GÜNTHER STRATENWERTH/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil II, 6. A., Bern 2008, § 59 N 22.

⁵⁷ BBl 1934 I 180; BGE 115 Ib 83; BGE 123 II 160.

⁵⁸ A.M. HEINE (FN 52), 177.

⁵⁹ Siehe Ziff. 8 der Musterverfügung des Bundesrats vom 8. Juli 2013 (FN 13).

⁶⁰ Sofern durch die Einführung der eidgenössischen Straf- und Zivilprozessordnung nicht obsolet geworden.

⁶¹ EMMENEGGER/ZBINDEN (FN 41), 256 f.; CAPITANI (FN 41), Rz. 45.

⁶² ULPAN, Dig. 47.10.1.

⁶³ Anders bei der Amtsgeheimnisverletzung, bei welcher der betroffene Private nicht Geheimnisherr ist und somit nicht in die Verletzung des Amtsgeheimnisses einwilligen kann. Siehe MICHLIG (FN 22), 212.

⁶⁴ MARGIOTTA (FN 40), 94.

die Fähigkeit besitzen, die Bedeutung und Tragweite seiner Entscheidung zu begreifen, und andererseits durch den Bankmitarbeiter genügend über alle wesentlichen Konsequenzen aufgeklärt werden, um damit einen «informed consent»⁶⁵ erteilen zu können.⁶⁶

Informiert die Bank den Geheimnisherrn erst nach begangener Verletzung, rechtfertigt eine nachträgliche Einwilligung das Geheimnisherrn eine bereits begangene Bankgeheimnisverletzung nicht, da die herrschende Lehre verlangt, dass der Täter in Kenntnis der rechtfertigenden Sachlage gehandelt haben muss.⁶⁷

Eine konkludente Einwilligung in die Preisgabe von bankgeheimnisrelevanten Daten ist möglich, darf aber nicht leichthin angenommen werden.⁶⁸ Von einer solchen Einwilligung ist im Rahmen des U.S.-Programms auszugehen, wenn der Geheimnisherr durch die Bank über Umfang und Art der ans DOJ zu übermittelnden Daten informiert worden ist und er innerhalb der 20 tägigen Frist nicht explizit erklärt, dass er nicht in die Herausgabe der Daten einwilligt.

Möchte sich die Bank im Rahmen des U.S.-Programms vom Bankgeheimnis dispensieren lassen, so hat die Bank den Geheimnisherrn darüber zu informieren, welchen strafrechtlichen und finanziellen Risiken sich dieser in den USA aussetzt. Unterlässt die Bank diese Aufklärung und erkennt der Geheimnisherr die Risiken nicht, so liegt keine gültige Einwilligung seitens des Geheimnisherrn vor.

B. Notstand (Art. 17 StGB)

Kann die schriftliche Einwilligung des Geheimnisherrn unter Umständen nicht innerhalb der nützlichen Frist eingeholt werden oder geht der Täter davon aus, dass sie ihm unrechtmässig verweigert wird, so ist zu prüfen, ob Notstand (Art. 17 StGB) oder der übergesetzliche Rechtfertigungsgrund der «Wahrnehmung berechtigter Interessen» i.S.v. Art. 14 StGB in Betracht kommt.

Beim rechtfertigenden Notstand greift der Täter gemäss Art. 17 StGB in das Rechtsgut eines Dritten ein, um höherwertige eigene oder fremde (Notstandshilfe)

Rechtsgüter aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu retten.⁶⁹

Das Rechtsgut des Täters muss sich in einer unmittelbaren Gefahr befinden. Es braucht also eine solche Dringlichkeit, «dass ein weiterer Aufschub das Gelingen von Rettungshandlungen in Frage stellen würde»,⁷⁰ was auch bei einer Dauergefahr der Fall sein kann.⁷¹ Zudem kann sich auf Notstand nur berufen, wer diese unmittelbare Gefahr nicht selber verschuldet hat.⁷²

Ein rechtfertigender Notstand wird erst angenommen, wenn die Gefahr nicht anders als durch die Vornahme der Notstandshandlung abwendbar ist (absolute Subsidiarität).⁷³ So ist eine Rechtfertigung der Tat ausgeschlossen, wenn der Täter durch eine weniger weitgehende Handlung die Gefahr hätte abwenden können.⁷⁴

Ein weiterer wichtiger Punkt beim Notstand ist die Interessenabwägung. Der Täter muss durch seine Handlung höherrangige Interessen wahren wollen und in ein Rechtsgut von geringerem Interesse eingreifen, wobei ein objektiver Massstab gilt.⁷⁵

Die Interessen der Bank bzw. ihrer Angestellten können in der Vermeidung von Beugehaft, Bussen, negativem Prozessausgang und Entzug von Geschäftslizenzen liegen.⁷⁶ So hat das Bundesgericht in einem unveröffentlichten Entscheid vom 16. Dezember 1930 ausgeführt, «dass das Bankgeheimnis vor höheren Interessen zurückzutreten habe und die Bank zu dessen Preisgabe ermächtigt sei, wenn ihre eigen Existenz und die Ansprüche ihrer Gläubiger auf dem Spiel stehen.»⁷⁷

Die Interessen des Kunden und allfälliger Dritter können materieller Natur (z.B. Preisgabe von Informationen über Finanztransaktionen im wirtschaftlichen Konkurrenzverhältnis) oder immaterieller Natur sein (z.B. Preisgabe von Informationen über Beziehungen zu Drittpersonen).⁷⁸

Im Falle der Datenlieferung der Bank im Rahmen des U.S.-Programms ans DOJ besteht das Interesse der

⁶⁵ MARGIOTTA (FN 40), 94, weist darauf hin, dass im Arztrecht eine Einwilligung in die medizinische Behandlung nur dann rechtswirksam ist, wenn der Patient genügend aufgeklärt worden ist.

⁶⁶ EMMENEGGER/ZBINDEN (FN 41), 228 f.; MARGIOTTA (FN 40), 94.

⁶⁷ MICHLIG (FN 22), 211; vgl. ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, Strafrecht I, Verbrechenlehre, 8. A., Zürich/Basel/Genf 2006, 212; GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I, Die Straftat, 4. A., Bern 2011, § 10 Rz. 103 f.

⁶⁸ SCHWAGER (FN 40); 72, MARGIOTTA (FN 40), 102.

⁶⁹ Vgl. STEFAN TRECHSEL/CHRISTOPHER GETH, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. A., Zürich/St.Gallen 2013, N 1 ff. zu Art. 17 StGB.

⁷⁰ TRECHSEL/GETH (FN 69), N 5 zu Art. 17 StGB.

⁷¹ KURT SEELMANN, Basler Kommentar, StGB I, Basel 2007, N 9 zu Art. 17 StGB.

⁷² SEELMANN (FN 71) N 5 zu Art. 17 StGB.

⁷³ SEELMANN (FN 71) N 6 zu Art. 17 StGB.

⁷⁴ DONATSCH/TAG (FN 67), 234.

⁷⁵ TRECHSEL/GETH (FN 69) N 8 zu Art. 17 StGB.

⁷⁶ BEAT KLEINER/RENATE SCHWOB/CHRISTOPH WINZLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zürich 2006, N 329 zu Art. 47 BankG.

⁷⁷ Zitiert nach HUBER (FN 42), 157 f.

⁷⁸ KLEINER/SCHWOB/WINZLER (FN 76), N 330 zu Art. 47 BankG.

unter Ziffer II.D.2 b.v.⁷⁹ genannten Dritten darin, dass deren Namen im Zusammenhang mit der Betreuung eines amerikanischen Kontos nicht den amerikanischen Strafbehörden offengelegt wird, da sie dadurch allenfalls strafrechtlichen und zivilrechtlichen Sanktionen durch die amerikanische Justiz ausgesetzt sind.

Welchen Gefahren die Banken durch die Nichtlieferung der Daten ans DOJ – und damit der Nichtteilnahme in der Kategorie 2 des U.S.-Programms – ausgesetzt sind und welche (höherrangigen) Interessen der Banken betroffen sind, ist schwer abzuschätzen. Sollte es zu einem gerichtlichen Verfahren wegen Bankgeheimnisverletzung kommen und beruft sich die Bank auf Notstand, hat sie auf jeden Fall plausibel darzulegen, welchen (unmittelbaren) Gefahren sie ausgesetzt ist und welche (höherrangigen) Interessen betroffen sind. Es ist aber fraglich, ob der Bank der Beweis gelingen wird, dass höherrangige Interessen betroffen sind.⁸⁰

Weiter stellt sich die Frage, ob die Datenlieferung ans DOJ für die Banken der Kategorie 2 die einzige Möglichkeit darstellt, die von der amerikanischen Justiz drohende Gefahr abzuwenden (sog. absolute Subsidiarität). Die Frage ist wohl zu verneinen, da das DOJ gemäss Art. 26 DBA-USA auch mittels Amtshilfeersuchen an die im Zusammenhang mit Steuerbetrug benötigten Kontoinformationen gelangen könnte und die Teilnahme der Banken in der Kategorie 2 auf freiwilliger Basis beruht. So wird auch in der Lehre die Meinung vertreten, dass das förmliche Amts- oder Rechtshilfeverfahren abschliessend ist und somit kein Raum für den Rückgriff auf Art. 17 StGB besteht.⁸¹

Fraglich ist zudem, ob die in der Kategorie 2 teilnehmenden Banken nicht selber (vorwerfbar) diese «unmittelbare Gefahr» verschuldet haben und die Notstandslage nicht vorhersehbar war, hatten die Banken doch spätestens mit der Verhaftung von UBS-Banker Bradley Birkenfeld wegen Beihilfe zu Steuerhinterziehung im Juni 2008 Kenntnis davon, dass ihr Geschäftsmodell amerikanische Gesetze verletzen würden.

C. Wahrnehmung berechtigter Interessen

Der Gesetzgeber hat bei der Revision des allgemeinen Teils des StGB (2002) ausdrücklich darauf verzichtet, den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen zu kodifizieren, da die Trag-

weite dieses Rechtfertigungsgrunds noch zu unbestimmt sei und eine Gesetzesvorschrift «entweder sehr allgemein gehalten und damit nichts sagend oder hochkompliziert und deshalb unpraktisch sei.»⁸²

Die Lehre anerkennt den Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen als Sonderfall zu Art. 14 StGB, da man davon ausgeht, dass gewisse grundlegende Prinzipien unserer Rechtsordnung in keinem Erlass Niederschlag gefunden haben.⁸³

In der Regel geht es bei diesem Rechtfertigungsgrund um die Ausübung verfassungsmässig garantierter Freiheitsrechte oder um die Herstellung von sozial erwünschten und gebilligten Zuständen auf Kosten Dritter.⁸⁴ Im Gegensatz zum Rechtfertigungsgrund des Notstands geht es nicht um die Abwehr einer Gefahr, sondern um die Wahrnehmung «berechtigter Interessen».

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf sich der Täter nur als letztes Mittel («ultima ratio») zur Erreichung eines berechtigten Ziels auf den Rechtfertigungsgrund von Art. 14 StGB berufen. Die begangene Tat muss den einzigen möglichen Weg darstellen, um ein berechtigtes Ziel zu erreichen, und offenkundig weniger schwer wiegen als die Interessen, die der Täter zu wahren sucht.⁸⁵

Der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen kommt in Betracht, wenn die Bank durch die Weitergabe von bankgeheimnisrelevanten Informationen berechnete Interessen, wie z.B. die Vermeidung, dass sie ihre Banklizenz verliert, schützen will. Da sich dieser Rechtfertigungsgrund im Übrigen an den Rechtfertigungsgrund des Notstands (Art. 17 StGB) angeglichen hat,⁸⁶ kann auf die vorherigen Ausführungen zum Notstand verwiesen werden.

⁷⁹ Siehe Ziff. II.D.2 b.v. des US-Programms (FN 5).

⁸⁰ Explizit verneinend HEINE (FN 52), 178.

⁸¹ HEINE (FN 52), 179.

⁸² BBI 1999, 2003 f.

⁸³ MARTIN KILLIAS/ANDRÉ KUHN/NATHALIE DONGOIS/MARCELO F. AEBI, Grundriss des allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechtbuchs, Bern 2009, Rz. 730.

⁸⁴ SEELMANN (FN 71) N 24 zu Art. 14 StGB.

⁸⁵ BGE 134 IV 216, 226; BGE 127 IV 166, 169; BGE 127 IV 122, 135; BGE 113 IV 4, 7; BGE 94 IV 68, 70; vgl. MICHLIG (FN 24), 220.

⁸⁶ TRECHSEL/GETH (FN 69) N 13 zu Art. 14 StGB.