

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 DSGVO, 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 Strafgesetzbuch. 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 Strafgesetzbuch, 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 Strafgesetzbuches (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. Zustimmend 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 vorbehältlich 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 DSGVO 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 DSGVO. 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 DSGVO 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 DSGVO, N 17 zu Art. 35 DSGVO. Diese Lehrmeinungen gehen von der Spezialität des Bankgeheimnisses aus. Im Ergebnis ändert sich nicht viel: Art. 35 DSGVO 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 DSGVO, N 101 zu Art. 10a DSGVO: Die Bestimmung präzisiere nur, was insgesamt gelte: die kumulative Geltung des DSGVO 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 Bankgeheimnisses 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 unstrittig 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 Innersicht 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 Geheimnissphäre 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 Einwilligung- und Vorrangsdogmatik, 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 Rechtssprichwort «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 ein behördlicher Entscheid 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 WEISSENBARGER, 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 eindrücklich, 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/HRUBESCHMILLAUER, 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 Eingriffsofers 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; WEISSENBARGER, 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: MEILL, 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 Konsenstheorie⁹¹ 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 Geheimosphäre 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 wirkungsvolle 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 blosses 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 strafrechtlich inhärente 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 Straflosigkeit 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 DSGVO 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 DSGVO 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 DSGVO werfen die Frage auf, ob die parallele Anrufung von Art. 13 DSGVO 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 DSGVO zum Schluss, dass ein überwiegendes Interesse vorliegt, *weil* die Datenbearbeitung in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Vertragsabwicklung steht (Art. 13 Abs. 2 lit. a DSGVO). 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 DSGVO, BBl 1988 II 460.

¹⁴⁶ Botschaft zum DSGVO, 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 DSGVO, N 34 zu Art. 13 Abs. 2 DSGVO.

¹⁵⁰ Das Gericht prüft Art. 13 DSGVO 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 DSGVO abgestützt sein.¹⁵¹ Von dieser formellen Normrelation zu unterscheiden ist dagegen die Frage, inwieweit die Konkretisierungen in Art. 13 Abs. 2 DSGVO 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 DSGVO 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 doktrinerne Konkretisierungen in der einen Teilrechtsordnung für die jeweils andere grundsätzlich beachtlich ist. Konkret: Art. 13 Abs. 2 DSGVO 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 DSGVO 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 DSGVO), wird dieser Vorbehalt im vorliegenden Fall nicht aktiviert.

Als Ergebnis kann man daher festhalten, dass die in Art. 13 Abs. 2 DSGVO 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 Eingriffsoffers *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 DSGVO 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 Rechtsprechung 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 dieser Entscheidung 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 offensibaren 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 Anwendungsbereich 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 Interessenvorrang.

a) **Privatrecht**

Dass die Bank ein Interesse daran hat, die Abwicklung von offenen Forderungen an externe Stellen zu delegieren, ist unstrittig. 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 hierfür 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 Inkasomandat 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. In-dessen: 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 DSGVO, 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 DSGVO in die richterliche Interessenabwägung einzuziehen.

An anderer Stelle wurde aufgezeigt, dass bei Vorliegen einer Fallkonstellation von Art. 13 Abs. 2 DSGVO 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 DSGVO 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 DSGVO 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 DSGVO 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 DSGVO 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 DSGVO 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 DSGVO 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 Einzelemente beurteilt werden. Für den Fall der UBS AG ist – auch wenn die Einzelemente 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 Rechtshilfeverfahren 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 MEILI, 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; HONEGGER/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 weitergeben 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 unstrittiger Grundstein unseres Finanzplatzes, ist zum Stolperstein geworden: Das müssen die Banken, vorab die UBS, schmerzlich erfahren. Aber auch die Politik sieht man strucheln: 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*.