

*Istanbul University Faculty of Law
Symposium on „Banking & Consumer“ (Center of Comparative Law)
October 30/31, 2008, Istanbul*

u^b

**UNIVERSITÄT
BERN**

Das Bank(kunden)geheimnis in der Schweiz

***Auslegeordnung zum Schutz von Personendaten bzw. zur
Geheimhaltungspflicht im schweizerischen Recht***

von

Peter V. Kunz

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (Georgetown University)
Ordentlicher Professor für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung
Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht sowie Leiter des Departements
für Wirtschaftsrecht an der Universität Bern

kunz@iwr.unibe.ch

Inhalt

I. Einführung

II. Materielle Grundlagen

III. Exkurs: Rechtshilfe

IV. Fazit

Einführung

1. Begrüssung

- Tradition: *gutes Verhältnis* Schweiz/Türkei
- Universität Bern: Lehrstuhl für *Rechtsvergleichung* (seit 2005)

2. Ausgangslage

- Symposium über „*Banking & Consumer*“
- zentrale Grundlage ist *Vertrauen* – *grosse Aktualität* in Schweiz...
- **merke:** „Bankgeheimnis“ = *Bankkundengeheimnis..!*

Einführung

3. Bedeutung der Finanzbranche in der Schweiz

- *Reputation* als sog. „Swiss Banking“ im In- und Ausland

- Zahlen:
 - (i) ca. 200'000 Beschäftigte (ca. 120'000 bei Banken); (ii) CHF 69 Mia. Wertschöpfung, d.h. etwa 12% des schweizerischen BIP; (iii) Kundenguthaben = CHF 4'700 Mia., etwa 50% aus Ausland; (iv) ca. 30% des globalen Privatvermögens, das grenzüberschreitend angelegt wird; (v) etwa 15% des gesamten Steuerertrags der Schweiz

- *Konkurrenz*: Liechtenstein, Luxemburg, Kanalinseln etc.

- **merke**: „Wenn Sie einen Schweizer Bankier aus dem Fenster springen sehen, springen Sie ihm hinterher – es gibt bestimmt etwas zu verdienen“ (Voltaire)

Einführung

4. Internationaler Druck auf die Schweiz

- traditionelle Kritik: z.B. OECD + EU („Steuerstreit“)
- kürzliche Kritik: USA (v.a. „Birkenfield“)
- jüngste Kritik: Deutschland (Finanzminister Peer Steinbrück)
- internationaler Kampf um *Standordvorteil(e)*
- **merke:** „Verquickung“ von Bankgeheimnis und Steuerflucht..!

Materielle Grundlagen

1. Historisches

- diverse „Ereignisse“ im Ausland in den *1930er-Jahren*:
(i) strenge Devisenvorschriften + (ii) Hinrichtungen + (iii) Steuerskandale etc.
- *schweizerisches Bankgesetz* per 1. März 1935
- *“Mythos“*: Schutz von „Nazi-Flüchtlingen“...
- **merke**: Bankgeheimnis war *jahrhundertealtes Gewohnheitsrecht*

Materielle Grundlagen

2. Übersicht zu den Rechtsgrundlagen

➤ sog. Regulierung

(i) *Privatrecht* + (ii) *Strafrecht* + (iii) *Aufsichtsrecht*

➤ sog. Selbstregulierung?

nein – Richter ist nicht daran gebunden (BGE 125 IV 139)

Unterlassung muss trotz allem überraschen...

➤ *internationale Ebene* – v.a. Steuerthemen (z.B. DBA)

➤ **merke:** Bankkundengeheimnis *nicht* „zur *Disposition*“ der Banken...

Materielle Grundlagen

3. Privatrechtliche Grundlagen

- Persönlichkeitsrecht
grosse Bedeutung für schweizerisches Recht
v.a. Art. 28 ZGB

- Vertragsrecht
“Bankvertrag” als (auftragsähnlicher) sog. Innominatkontrakt
z.B. Art. 398 Abs. 2 OR

- *privatrechtliche “Sanktionen”*
(i) Art. 97 OR + (ii) Art. 41 OR

Materielle Grundlagen

4. Strafrechtliche Grundlagen (I)

➤ Art. 47 Abs. 1 Bank:

„Wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Organ, Angestellter, Beauftragter oder Liquidator einer Bank (...) anvertraut worden ist oder das er in dieser Eigenschaft wahrgenommen hat, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bis zu 50'000 Franken bestraft“

➤ Relevanz

- *sehr wenige Verurteilungen wegen Verletzung*
- (i) *Integrität* des Finanzplatzes + (ii) *Schutz* des einzelnen Bankkunden
- Bankgeheimnis als „Ausrede“...
- *Strafwürdigkeit* des Tatbestandes?

Materielle Grundlagen

4. Strafrechtliche Grundlagen (II)

➤ Ausgewählte Fragestellungen

- Vorsatzdelikt (= Vergehen) v. *Fahrlässigkeitsdelikt* (= Übertretung)
- *Offizialdelikt*
- *Sonderdelikt* v. *Gemeindelikt*
- Vorsatzdelikt als Anlassdelikt zur subsidiären Unternehmensstrafbarkeit
- FINMAG per 1. Januar 2009:

Verschärfung

(i) Freiheitsstrafe *bis 3 Jahre* oder (ii) Geldstrafe *bis 360 Tagessätze*

Fahrlässigkeit = max. *CHF 250'000.--*

Materielle Grundlagen

5. Aufsichtsrechtliche Grundlagen

- Art. 47 Bank = gesetzliche Pflicht der Bank
Compliance, d.h. Organisationsstruktur innerhalb der Bank notwendig
- Gewährsthematik
sog. „Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit“ (Art. 3 Abs. 3 lit. c BankG)
- Sanktionen
 - z.B. „Gewährsbrief“ an betroffene Personen
 - Verwarnung
 - ultima ratio: Entzug der Banklizenz (Art. 23quinquies BankG)
- **merke:** Überwachungspflichten der Gewährsträger..!

Exkurs: Rechtshilfe

1. Ausgangslage

- Rechtsgrundlagen:
 - (i) IRSG + (ii) diverse weitere legale Grundlagen
- Ausnahmen zur Rechtshilfe
 - z.B. *politische* Delikte oder *militärische* Delikte (Art. 3 Abs. 1 IRSG)
- Hinweise zum *Verfahren*
 - Art. 63 ff. IRSG; keine Auslieferungen
- **merke:** Grundlagen sind vorhanden „im Überfluss“...

Exkurs: Rechtshilfe

2. Spezialfall: sog. Fiskaldelikte

- Art. 3 Abs. 3 IRSG = weitere Ausnahme von der Rechtshilfe:

„Einem Ersuchen wird *nicht* entsprochen, wenn Gegenstand des Verfahrens eine Tat ist, die auf eine Verkürzung fiskalischer Abgaben gerichtet erscheint (...)“.

- rechtshilfefähige Fiskaldelikte:

ja = Abgabebetrug (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 IRSG)

ja = Steuerbetrug (sog. „tax fraud“)

nein = Steuerhinterziehung (sog. „tax evasion“)

- **merke:** „Datenklau“ statt Rechtshilfeersuchen als Alternative..?

Fazit

1. Bedeutung des Bankkundengeheimnisses

- jahrhundertelange *Tradition* in der Schweiz
- legitime Bedürfnisse der Bankkunden (z.B. politische Verfolgung)
- legitimer *Wettbewerbsfaktor* als „Offshore“-Platz
- aber: Reputationsrisiko (Despoten etc.) für Banken und Finanzplatz
- **merke:** kein reales „Überlegenselement“ für Schweiz..!

2. Aspekte zum schweizerischen Recht

- *breite Abstützung* im schweizerischen Recht
- Strafrecht + Aufsichtsrecht im Vordergrund (Privatrecht irrelevant...)
- behördliche Verfolgung bei Nichtbeachtung
- **merke:** Verschärfung (jüngst: FINMAG) statt Relativierung...

Fazit

3. Internationaler Druck auf die Schweiz

- Verdacht 1 = machiavellistische „Grossmächte“-Politik
- Verdacht 2 = *Versuch einer Schwächung des Finanzplatzes*

- unterschiedliche Rechtsstandpunkte sind zu *akzeptieren...*
- ... „*Datenklau*“ ist hingegen nicht zu *akzeptieren..!*

- *fairer Steuerwettbewerb* nötig
- kein Rückzug ins „Reduit“ erforderlich
- möglich: *Steuerhinterziehung rechtshilfefähig* machen...

- **merke:** Drohungen und „Peitschen“ bringen bei Schweizern nichts..!

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit..!

Peter V. Kunz

Universität Bern
Institut für Wirtschaftsrecht
Schanzeneckstrasse 1
CH-3001 Bern
Tel.: 031 / 631 55 88

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch