

Zeitschrift
des Bernischen
Juristenvereins

Revue
de la société
des juristes bernois

141. Jahrgang
Erscheint
jeden Monat
Juni 2005

6

2005

ZBJV

Organ für schweizerische
Rechtspflege
und Gesetzgebung

Redaktoren
Prof. Dr. Heinz Hansherr
Prof. Dr. Jörg Schindl

Stämpfli
Verlag AG
Bern



www.zbjv.ch

□□ Literaturanzeige

ANNETTE ALTHAUS STÄMPFLI

Personendaten von Bankkunden – ihre Weiterleitung im Finanzkonzern und an dritte Dienstleister

Berner Bankrechtliche Abhandlungen, Band 12, 223 Seiten, brochiert.
Stämpfli Verlag AG, Bern 2004, CHF 84.–

Das hier zu besprechende Werk von DR. ANNETTE ALTHAUS STÄMPFLI befasst sich mit einem Thema, das für Banken und Effektenhändler seit jeher von grosser praktischer Bedeutung war und dessen Aktualität heute laufend zunimmt: Die Banken sahen sich in ihrem täglichen Geschäft stets mit der Frage konfrontiert, welche Kundendaten sie zu erfassen befugt oder verpflichtet sind und unter welchen Umständen solche Daten Dritten und Behörden bekannt gegeben werden dürfen oder müssen. Im Zuge der Einführung neuer Vorschriften im Bereich der Amtshilfe und der Insiderdelikte sowie zur Bekämpfung der Geldwäscherei haben solche Fragen indessen stetig an Bedeutung zugenommen. Aufgrund des hohen Kosten- und Rentabilitätsdrucks werden von den Banken immer öfter auch gewisse Funktionen, z.B. im Bereich IT und Back-Office, an andere Gesellschaften eines Bankkonzerns oder an vom Bankinstitut unabhängige spezialisierte Dienstleistungsanbieter im In- und Ausland ausgelagert.

Abgesehen von der mithin grossen praktischen Relevanz des Themas ist dieses dogmatisch sehr interessant und anspruchsvoll, da Lösungen auf sich stellende Rechtsfragen nur unter Berücksichtigung des Zusammenwirkens einer Anzahl von Normkomplexen (Persönlichkeitsschutz, Vertragsrecht, Datenschutzrecht, Banken- und Effektenhändlerrecht, Geldwäschereivorschriften) und Praxisverlautbarungen von Aufsichtsbehörden, insbesondere der Eidg. Bankenkommission, gefunden werden können. In Anbetracht dessen ist es ein Qualitätsmerkmal der besprochenen Arbeit, dass sie auf relativ wenig Raum alle im Bereich der Bankkundendaten relevanten Vorschriften und deren Zusammenspiel konzis darstellt. Das Buch lässt erkennen, dass Althaus Stämpfli die sich stellenden Rechtsfragen nicht nur aufgrund ihrer wissenschaftlichen Befassung mit wichtigen Aspekten des Themas (vgl. ANNETTE ALTHAUS, Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, 2. A., Bern 2001) beurteilt, sondern auch über einschlägige Praxiserfahrung verfügt.

In Anbetracht der Fülle der angesprochenen Themenbereiche können hier nicht alle angesprochen werden; nachfolgend soll vielmehr auf ALTHAUS STÄMPFLIS Behandlung besonders wichtiger Fragen – kommentierend – eingegangen werden:

Grundlage des «Bankgeheimnisses»

ALTHAUS STÄMPFLI vertritt die Auffassung, dass Art. 27 ff. ZGB (Persönlichkeitsschutz) und die zivilrechtliche Verhaltenspflicht nach Art. 2 ZGB die rechtliche Grundlage für den gesamten zivilrechtlichen Schutz von Personendaten bilden und

das Datenschutzgesetz als *lex specialis* die Voraussetzungen der Bearbeitung, Verwendung und insbesondere auch der Übertragung von Kundendaten im Speziellen regelt. Im Rahmen einer von uns nicht geteilten Auslegung von Art. 47 Bankengesetz (Bankgeheimnis) kommt die Autorin zum Schluss, dass diese Bestimmung «keinen eigenen Inhalt bezüglich des Geheimnisbegriffs und des Geheimhaltungsschutzes aufweist» (S. 35). Sie scheint dies u.a. aus der Strafrechtslehre (u.a. STRATENWERTH) abzuleiten, welche davon ausgeht, dass Art. 47 BankG einen zusätzlichen Schutz der zivilrechtlichen Pflicht der Bank zur Geheimhaltung begründe (S. 27). In Anbetracht des Wortlauts von Art. 47 Abs. 1 BankG («wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Organ, Angestellter... einer Bank anvertraut worden ist, wird bestraft») scheint uns die Auffassung, der Geheimnisbegriff von Art. 47 BankG sei kein originärer, sondern ergebe sich aus Art. 27 ff. und Art. 2 ZGB, als unzutreffend (zur Begründung vgl. z.B. SANDRO ABEGGLEN, Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen, Interessenkonflikte und Chinese Walls bei Banken und Wertpapierhäusern, Privatrecht und Finanzmarktrecht, Bern 2004, 332f.). Dass es sich bei dieser Frage nicht um eine nur akademische handelt, sondern um eine solche von grösster praktischer Bedeutung, zeigt sich insbesondere an der Auseinandersetzung, ob ein bankinternes Bankgeheimnis, das auch strafrechtlich geschützt wäre, existiert (siehe unten). Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Autorin an anderer Stelle, nämlich bei der Frage nach dem bankinternen Bankgeheimnis, selbst – zu Recht – einen Unterschied im Anwendungsbereich zwischen Art. 47 BankG und dem zivilrechtlichen Bankgeheimnisschutz macht (S. 113).

Bevor ALTHAUS STÄMPFLI anschliessend auf die Datenbearbeitung und den Datentransfer eingeht, bespricht sie zunächst die gesetzlichen und regulatorischen Pflichten von Banken zur Beschaffung von Kundendaten («Know Your Customer» rule; «KYC-Prinzip»), (S. 36–70). Solche Pflichten ergeben sich hauptsächlich aus der Geldwäschereigesetzgebung, der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB) sowie den Empfehlungen der Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF) – bezüglich letzter, soweit diese in schweizerisches Recht umgesetzt sind.

Anhand von Beispielen wird sodann das Spannungsfeld zwischen dem Umfang und der Rechtmässigkeit der Datenbeschaffung aufgrund der vorgenannten Bestimmungen einerseits und der diese Pflicht einschränkenden Datenschutzgesetzgebung andererseits eingehend erörtert (S. 70 ff.). Die Autorin plädiert bei der Auslegung der datenschutzrechtlichen Grundsätze (Rechtmässigkeit, Treu und Glauben, Verhältnismässigkeit und Zweckbindung bei der Beschaffung von Personendaten) dabei zu Recht für eine Interpretation unter Berücksichtigung der Bestimmungen zur Verhinderung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung und dementsprechend für eine eher weit gehende Zulässigkeit der Datenbeschaffung durch Banken.

Bankinternes Bankgeheimnis?

Beim Geheimnis- und Datenschutz innerhalb eines Bankinstituts (also innerhalb einer juristischen Person) kommt ALTHAUS STÄMPFLI zunächst zu Recht zum Schluss, dass die Weitergabe von Kundendaten innerhalb einer Bank keine nach Art. 47

BankG strafbare Handlung darstellt, d.h., dass es kein strafrechtlich geschütztes bankinternes Bankgeheimnis gebe (S. 113). Allerdings hält sie u.E. nicht ganz zutreffend dafür, dass der zivilrechtliche Geheimnisschutz auch innerbetrieblich Geltung habe und für die interne Weitergabe von Kundendaten als Grundsatz «Kenntnis nur soweit nötig» zu gelten habe. Bezüglich der Grenzen des internen Geheimnisschutzes sei dabei darauf abzustellen, was der Kunde als Geheimnisherr erkennbar geheim halte bzw. halten wolle. Mit der Autorin ist einzuräumen: Es kann nicht angehen, dass jeder der – im Falle einer Grossbank – mehreren tausend Angestellten eines Instituts beliebig Konto- und Depotstand aller Kunden (vorzugsweise natürlich diejenigen von Verwandten und Bekannten...) erfahren kann. Indessen kann diesbezüglich nicht, wie von der Autorin zunächst vorgeschlagen, als Massstab das gelten, was der Kunde erkennbar geheim halten wolle (S. 115) – ohne spezielle Instruktion des Kunden, die indessen kaum je vorliegen wird, ist der diesbezügliche Wille des Kunden, soweit allenfalls vorhanden, nicht feststellbar (auch ist undenkbar, den Informationsfluss für jeden der Tausenden von Kunden individuell auszugestalten). Vielmehr ist u. E. darauf abzustellen, was die Bank nach dem Vertrauensprinzip als (konkludent) vereinbart betrachten durfte. Welcher Umfang interner Vertraulichkeit sich daraus ergibt, kann wiederum in Anlehnung an die Autorin wie folgt festgelegt werden: Kundendaten dürfen intern an alle diejenigen Stellen/Personen weitergegeben bzw. von diesen abgefragt und eingesehen werden, die Aufgaben erfüllen, welche mit Kundendaten zusammenhängen bzw. für welche die betreffenden Kundendaten benötigt werden. Dass es sich dabei – in Anbetracht der hocharbeitsteiligen Organisation bei Banken – um eine grosse Anzahl von Personen handeln wird, versteht sich von selbst. Offensichtlich steht auch die Autorin auf dieser Grundlage, führt sie doch aus, dass insbesondere die arbeitsteilige interne Organisation der Bank ein Grund für die unternehmensinterne Weitergabe von Personendaten sei. Hierzu ist anzumerken, dass eine solche arbeitsteilige Organisation für jede Bank nicht nur aus betriebswirtschaftlichen Gründen unabdingbar, sondern auch aufsichtsrechtlich vorgeschrieben ist (sog. Prinzip der Funktionentrennung).

Die Banken werden im Übrigen bereits aus kommerziellen Gründen und um das Risiko von Bankgeheimnisverletzungen durch Angestellte zu minimieren, aus eigenem Interesse die Zugriffsberechtigungen auf Kundendaten restriktiv nach dem «need to know»-Prinzip vergeben. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass Kunden, welche besonderen Wert auf Anonymität legen, mit der Bank vereinbaren können, dass ihr Konto intern nur unter einer Codenummer geführt wird; die dahinter stehende Identität ist in diesem Fall nur einer sehr kleinen Zahl von Personen bekannt (es versteht sich, dass diese Art der Kontoführung nichts daran ändert, dass die Bank im Rahmen der Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken sowie der Vorschriften zur Verhinderung von Geldwäscherei die Identität des Kontoinhabers kennen muss und dass im Falle von Zahlungsaufträgen die Identität des Kontoinhabers als Anweisendem ebenfalls offen gelegt werden muss).

Eine klare Verletzung dieser internen Vertraulichkeit könnte wie erwähnt nicht Art. 47 BankG verletzen, sondern allenfalls eine privatrechtliche Verhaltenspflichtverletzung darstellen. Eine solche wäre nur im Falle eines dadurch verursachten Schadens zivilrechtlich von Relevanz.

Verhältnisse im Bankkonzern...

Die Weitergabe von Kundendaten im Finanzkonzern ist dadurch geprägt, dass es in der Schweiz kein Konzernrecht und dementsprechend keine generelle (insbesondere privatrechtliche) Gesetzesbestimmung gibt, welche die Aufhebung des Geheimnisschutzes im Konzern zum Austausch von Kundendaten regelt (S. 127). Für Banken sind in diesem Bereich indessen die Vorschriften betr. der konsolidierten Überwachung (Art. 4^{quinquies} BankG) bzw. betr. der globalen Überwachung von Rechts- und Reputationsrisiken (Art. 9 Abs. 1 EBK-Geldwäschereiverordnung, GwV-EBK) von grosser Relevanz. Generell wird die Auffassung vertreten, dass gestützt auf diese Vorschriften in gewissem Umfange ein konzernweiter Informationsaustausch betreffend Kundendaten stattfinden dürfe bzw. müsse. Die Autorin setzt sich kritisch mit dieser Meinung auseinander und plädiert, mit in weiten Teilen bedeutsamen rechtlichen Argumenten, für eine zurückhaltendere Position (S. 132 ff.). Insbesondere zweifelt sie daran, dass die in Art. 9 Abs. 1 GwV-EBK enthaltene Pflicht zur globalen Überwachung der Rechts- und Reputationsrisiken, jedenfalls soweit gestützt darauf ein konzernweiter Austausch bezüglich Kundendaten erfolgen müsse, auf einer formellen gesetzlichen Grundlage beruhe (sinngemäss aber die EBK in EBK-Geldwäschereibericht, März 2003, S. 13), da eine solche generelle, globale Überwachung über das hinausgehe, was das (jedenfalls im Verhältnis von Schweizer Tochterbank zu ausländischer Mutterbank) gesetzlich einwandfreie Erfordernis der konsolidierten Überwachung gemäss Art. 4^{quinquies} Abs. 1 BankG vorschreibt (generell wird die Auffassung vertreten, dass die konsolidierte Überwachung nebst Kundendaten im Bereich der Kontrolle von Kreditklumpenrisiken nur ganz ausnahmsweise die Übermittlung von Kundendaten erforderlich mache; bezüglich der Überwachung von Reputationsrisikokunden ist dabei auch die detailliertere Norm zur Vor-Ort-Kontrolle, Art. 23^{septies} Abs. 3 BankG, heranzuziehen, welche in lit. b als Teil der für die konsolidierte Überwachung nötigen Angaben nicht die Bekanntgabe von Kundendaten verlangt, sondern bloss die Kontrolle, ob eine Bank die in ihrer Geschäftstätigkeit enthaltenen Risiken angemessen erfasse).

...und Outsourcing

Abgesehen von dieser spezifisch aufsichtsrechtlichen Fragestellung stellt sich für Bankkonzerne die Frage, inwieweit sie z.B. für ein Outsourcing gewisser Funktionen an eine Gruppengesellschaft Kundendaten konzernweit austauschen dürfen. ALTHAUS STÄMPFLI hält hierzu fest, die Weitergabe von Kundendaten an eine dritte Konzerngesellschaft ohne gesetzliche Pflicht, ohne Einwilligung des Kunden und ohne dass die Bank sich auf ein überwiegendes Interesse berufen könnte, stelle eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht dar (S. 136). Dies wird insofern relativiert, als eine Weitergabe dann zulässig sei, wenn offenkundig oder dem Kunden bekannt sei, dass der Bankkonzern so strukturiert ist, dass eine bestimmte Gesellschaft oder verschiedene Gesellschaften in der Gruppe für alle Konzerngesellschaften die vom Kunden gewünschte Dienstleistung erbringen (S. 137). Bei letzterem Punkt wird dabei mit einer konkludenten Einwilligung argumentiert, was dogmatisch zutreffend ist. Das Abstützen auf eine solche konkludente Zustimmung setzt die Bank jedoch in An-

betracht der Strafbestimmung von Art. 47 BankG einem beträchtlichen Risiko aus. Eine Bank wird sich deshalb nicht ohne Not darauf berufen, sondern, wie die Autorin selbst ausführt, die entsprechenden Konzerngesellschaften bereits bei Eröffnung der Geschäftsbeziehung in die entsprechenden Verträge einbinden. Letzteres scheint bei einem Outsourcing ins Ausland als unabdingbar, da diesfalls die Outsourcing-Provider nicht dem strafrechtlich abgesicherten Bankgeheimnis unterstellt werden können. Entsprechend statuiert im Übrigen auch das EBK-Rundschreiben Outsourcing das Erfordernis einer Kundenzustimmung, wenn im Rahmen eines Outsourcings Kundendaten ins Ausland transferiert werden sollen. Diese Materie ist indessen weniger brisant, als sie auf den ersten Blick erscheint. In der Praxis sind den Rezensenten im Private Banking keine Institute bekannt, die Kundendaten in nicht verschlüsselter Form an ausländische Outsourcing-Provider übermitteln – ein solches Vorhaben wird von den Banken selber aus geschäftspolitischer Sicht geradezu als ausgeschlossen bezeichnet. Im Geschäft mit der diesbezüglich weniger sensiblen institutionellen Kundschaft ist das Outsourcing von Tätigkeiten an ausländische Einheiten eines Bankkonzerns oder unabhängige Dienstleister dagegen immer mehr verbreitet und z.T. geradezu unabdingbar, man denke etwa an internationale Liquidity-Reporting, Cash-Management und Cash-Pooling-Dienstleistungen für multinationale Konzerne.

Die Problematik des Outsourcing von Dienstleistungen und der Weitergabe von Personendaten von Kunden an Dritte im Inland oder im Ausland wird anhand einer Vielzahl von praktischen Beispielen analysiert und illustriert. Die Arbeit zeichnet sich dabei durch eine präzise Darstellung der Normenhierarchie aus. Konkret geht es dabei um das Zusammenspiel zwischen dem Outsourcing-Rundschreiben der EBK, dem Datenschutzgesetz und den Anforderungen an den Verzicht auf das Bankgeheimnis, ohne das hierauf näher eingegangen werden kann. Immerhin sei erwähnt, dass die Autorin zu Recht darauf hinweist, in der Praxis würde im Zusammenhang mit Outsourcing oftmals in erster Linie nur das Outsourcing-Rundschreiben bedacht, welches indessen nur aufsichtsrechtliche Aspekte regelt, nicht aber die zivilrechtlichen Verhältnisse zwischen Bank, Bankkunde und Dienstleister abdeckt.

ALTHAUS STÄMPFLI hebt dabei hervor, dass zivilrechtlich ein Bankkunde auf den Geheimnisschutz verzichten muss, indem er als Geheimnisherr vorgängig in die Aufhebung des Geheimnisses einwilligt (S. 181 ff.). Dazu muss die Tatsache der Auslagerung als solche dem Kunden bekannt sein, und er muss die Tragweite und Bedeutung seiner Einwilligung erkennen können. Eine Einwilligung könne sowohl schriftlich oder mündlich, ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Liegt weder eine ausdrückliche noch eine stillschweigende Einwilligung vor, ist zu prüfen, ob sich die Bank auf eine mutmassliche Zustimmung des Bankkunden berufen darf, worauf allerdings nur in Notsituationen abgestellt werden soll. Gerade bei einem Datentransfer an einen Dienstleister ins Ausland wird aus Beweisgründen und aufgrund der Schwere der möglichen Konsequenzen tendenziell eine schriftliche und damit ausdrückliche Zustimmung empfohlen resp. zu verlangen sein. Neben der Einwilligung des Kunden verneint die Autorin grundsätzlich das Vorhandensein eines überwiegenden öffentlichen (welches volkswirtschaftlicher Natur sein müsste) oder privaten (wirtschaftlichen) Interesses als Rechtfertigungsgrund für die Aufhebung des Geheimnisschutzes. Auch die in der Lehre vertretene Auffassung, wonach sich die Interessen der Bank für ein Outsourcing auf Kostenargumente stützen können, seien nicht

als überwiegend zu qualifizieren und gehen dem Interesse des Bankkunden am Schutz seiner Geheimsphäre nicht vor. Faktisch bleibt es somit nach Ansicht der Autorin bei der notwendigen Einwilligung des Kunden zum Outsourcing.

Viele Banken haben in ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in die Kontoeröffnungsverträge eine Informationsklausel integriert, welche auf den Transfer von Personendaten oder das Outsourcing hinweist. Ob eine solche Klausel tatsächlich Vertragsbestandteil wird, beurteilt sich anhand der bei einer Globalübernahme übernommenen AGB-Klausel insbesondere anhand des Ungewöhnlichkeitsprinzips (S. 189 ff.). Für Kunden, welche das Schweizer Bankgeheimnis als zentral für die Aufnahme einer Bankbeziehung mit einer Schweizer Bank erachten, sei – so die Autorin – eine Outsourcing-Klausel in global übernommenen Banken-AGB als eine überraschende im Sinne von atypischer oder geschäftsfremder Klausel zu qualifizieren und somit Gegenstand der Rechtsfolgen der Ungewöhnlichkeitsregel (Nichtanwendbarkeit der Klausel). ALTHAUS STÄMPFLI betrachtet das Risiko einer solchen Rechtsfolge insofern als klein, als dieses Risiko durch ausdrücklichen mündlichen oder schriftlichen Hinweis auf eine solche Klausel überwunden werden kann. Allerdings sei die Subsumtion der Outsourcing-Klausel unter Art. 8 UWG im Einzelfall nicht auszuschliessen, wenn die Kriterien der Irreführung, der Erheblichkeit und des Erleidens eines Nachteils erfüllt sind. Relativiert wird dagegen das Erfordernis des «besonderen Schreibens» wie im Grundsatz 6 des Outsourcing-Rundschreibens gefordert. Demnach müsse bei einem Outsourcing von Bankkundendaten an einen Dienstleister im Ausland die Information des Bankkunden nicht zwingend in einem besonderen Schreiben erfolgen, sondern es genüge, wenn eine entsprechende Outsourcing-Klausel in den AGB integriert wird, sofern diese inhaltlich konkret genug abgefasst werde. Dieser Auffassung ist aus privat- und insbesondere vertragsrechtlichen Überlegungen mit Nachdruck zuzustimmen.

Weitere Themen

Die Autorin hat in ihrem Werk noch zusätzliche, von uns hier nicht aufgegriffene Themengebiete erörtert. Es sind dies Fragestellungen in den Bereichen der Entwicklungen bei der Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (S. 47 ff.), der Beschaffung von materiell-subjektiven Personendaten von Bankkunden (S. 54 ff.) sowie des Datentransfers im Rahmen einer Verlegung der Geschäftsbeziehungen auf andere Konzerngesellschaften (vorliegend von der Schweiz nach Singapur, S. 139 ff.).

Fazit

Das hier besprochene Werk überzeugt durch seine übersichtliche und gut verständliche Darstellung einer rechtlich komplexen und wirtschaftlich bedeutsamen Fragestellung. Dass die Autorin dabei auch einige bislang als generell zutreffend akzeptierte Meinungen in Frage stellt – ob zu Recht oder Unrecht spielt dabei keine Rolle – macht das Buch auch aus wissenschaftlicher Sicht zu einer anregenden Lektüre. Auf je-

den Fall verschafft die Autorin dem Leser einen guten Einstieg in das für Banken und deren Berater nicht immer einfach überschaubare Gebiet der Handhabung von Personendaten im Rahmen des Datenschutzes und des Bankgeheimnisses. Es wäre allerdings noch wünschenswert gewesen, wenn sie auch auf die Rechtslage bei Fondsleitungsgesellschaften eingegangen wäre – diese unterstehen nämlich, anders als Banken und Effektenhändler, keinem mit Art. 47 BankG bzw. Art. 43 BEHG vergleichbaren strafrechtlichen Berufsgeheimnis. Ein Stichwortverzeichnis erleichtert dem eiligen Leser den Zugriff zu den für seine Recherchen wichtigen Abschnitten des Werks.

Zusammenfassend kann gesagt werden: Das Werk von Althaus Stämpfli leistet einen gut verständlichen und wichtigen Beitrag zum sicheren Umgang von Banken und Effektenhändlern mit Personendaten aus rechtlicher Sicht. Zudem enthält es zahlreiche Überlegungen, welche die wissenschaftliche Diskussion in diesem Bereich anregen werden.

SANDRO ABEGGLEN, PD Dr. iur., Fürsprecher, LL.M.;

MARCO HAUSERMANN, lic. iur., Rechtsanwalt, LL.M./C.B.A.