

Schweizer Schriften zum Bankrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dieter Zobl, Prof. Dr. Mario Giovanoli, Prof. Dr. Gérard Hertig

Band 67

Dr. Adriano Margiotta

Das Bankgeheimnis – Rechtliche Schranke eines bankkonzerninternen Informationsflusses?

Schulthess  2002

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XX
Literaturverzeichnis	XXIV
§ 1 Einleitung	1
I. Fragestellung und Gegenstand der Untersuchung	1
II. Aufbau der Arbeit	3
Privatrechtlicher Teil: Grundlagen und bankkonzerninterner Informationsfluss aus der Sicht des Privatrechts	7
§ 2 Geheimnisschutz	7
I. Geheimnis	7
II. Subjekte des Geheimnisschutzes	43
III. Verhaltenspflichten im Zusammenhang mit dem Geheimnisschutz	47
§ 3 Das Bankgeheimnis	59
I. Inhalt des Bankgeheimnisses	59
II. Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses	60
III. Vom Bankgeheimnis geschützte Informationen	80
IV. Vom Bankgeheimnis geschützte Personen	82
V. Durch das Bankgeheimnis verpflichtete Personen	83
VI. Vom Bankgeheimnis geschützte Interessen	84
VII. Dauer des Bankgeheimnisses	91
VIII. Verletzung des Bankgeheimnisses	92
IX. Grenzen des Bankgeheimnisses	93
X. Gibt es auch ein bankinternes Bankgeheimnis?	109
§ 4 Besonderheiten der Konzernproblematik	120
I. Ökonomische Realität versus rechtliche Regelung	120
II. Die konzernierte Gesellschaft — ein Privatrechtssubjekt?	123
III. Die Problematik des Konzernbegriffs	127
IV. Der Konzernbegriff im Bankenrecht	172
§ 5 Kontakte Aussenstehender mit einem Bankkonzern	194
I. Der Bankkonzern als Unternehmen — das Unternehmen als Organisation	194
II. Das Unternehmen als die nach aussen relevante Grösse?	195
III. Kontrahieren mit einer Konzerngesellschaft	196
IV. Kommunikation und Informationsfluss im Bankkonzern	207

Aufsichtsrechtlicher Teil: bankkonzerninterner Informationsfluss aus der Sicht des Aufsichtsrechts	285
---	-----

**§ 6 Das Bankgeheimnis im Kontext gesellschafts- und bankenrechtlicher
Aufsichts-, Kontroll- und Leitungspflichten im Bankkonzern** 285

I. Einfluss des öffentlichen Rechts auf das private Bankenrecht	285
II. Kontrollpflichten und Kontrollbedürfnisse im Bankkonzern	291
III. Konzernleitungsrecht und Konzernleitungspflicht der Bankkonzernmutter	404
IV. Information und Konzernleitungspflicht im Bankkonzern	433

Zusammenfassung 451

I. Der Geheimnisschutz im Allgemeinen	451
II. Das Bankgeheimnis im Besonderen	453
III. Bankgeheimnis und Kommunikation mit der Organisation «Bankkonzern»	455
IV. Bankgeheimnis und Wissenszurechnung im Bankkonzern	457
V. Bankgeheimnis und bankenaufsichtsrechtliche Kontroll- und Leitungspflichten	458

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XX
Literaturverzeichnis	XXIV
§ 1 Einleitung	1
I. Fragestellung und Gegenstand der Untersuchung	1
II. Aufbau der Arbeit	3
 Privatrechtlicher Teil: Grundlagen und bankkonzerninterner Informationsfluss aus der Sicht des Privatrechts	 7
§ 2 Geheimnisschutz	7
I. Geheimnis	7
1. Definition	7
A. Der Geheimnisbegriff im allgemeinen Sprachgebrauch	7
B. Der Geheimnisbegriff in der juristischen Doktrin	8
C. Der rechtlich relevante Geheimnisbegriff	10
2. Definitionselemente	12
A. Einheitlichkeit der Begriffsverwendung ist nicht Einheitlichkeit der Materie	12
B. Objektive Elemente	14
a. Tatsache als Gegenstand des Geheimnisses	14
b. Relative Unbekanntheit	15
aa. Offenkundigkeit bzw. tatsächliches Geheimsein	15
aaa. Personale Relativität	16
bbb. Informationelle Relativität	21
bb. Allgemeine Zugänglichkeit	22
cc. Verletzung ist nicht Zerstörung	23
C. Subjektive Elemente	24
a. Geheimhaltungswille	24
aa. Herkömmliches Verständnis	24
bb. Analogie zwischen einer körperlichen Sache und Information	26
cc. Kommunikation als Generator berechtigter Erwartungen	30
b. Geheimhaltungsinteresse	35
3. Ergebnis: Geheimnis als informationeller Begriff	39
II. Subjekte des Geheimnisschutzes	43
1. Geheimnisherr	44
2. Geheimnisträger	46
3. Dritte	46
III. Verhaltenspflichten im Zusammenhang mit dem Geheimnisschutz	47

Inhaltsverzeichnis

1. Innen- und Aussenposition	47
2. Innerer Geheimnisschutz	47
A. Schweigepflicht und Verwertungsverbot	48
B. Sicherungspflicht	55
3. Äusserer Geheimnisschutz	57
§ 3 Das Bankgeheimnis	59
I. Inhalt des Bankgeheimnisses	59
II. Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses	60
1. Zivilrecht	61
A. Persönlichkeitsrecht	61
B. Vertrag	63
C. Das Bankgeheimnis als Schutzpflicht aus sozialem Kontakt	68
D. Datenschutzgesetz	74
2. Verwaltungsstrafrecht im Bankbereich	79
III. Vom Bankgeheimnis geschützte Informationen	80
IV. Vom Bankgeheimnis geschützte Personen	82
V. Durch das Bankgeheimnis verpflichtete Personen	83
VI. Vom Bankgeheimnis geschützte Interessen	84
1. Das Interesse des Kunden	84
2. Das öffentliche Interesse	86
3. Das Interesse der Bank	90
VII. Dauer des Bankgeheimnisses	91
VIII. Verletzung des Bankgeheimnisses	92
1. Schweigepflicht	92
2. Sicherungspflicht	92
IX. Grenzen des Bankgeheimnisses	93
1. Einwilligung	93
A. Ausdrückliche Einwilligung	93
B. Einwilligung durch Übernahme der AGB	95
C. Stillschweigende Einwilligung nach dem Vertrauensprinzip	101
2. Gesetzliche Grundlage	105
3. Wahrnehmung berechtigter Interessen	106
X. Gibt es auch ein bankinternes Bankgeheimnis?	109
1. Bankexternes Bankgeheimnis	109
2. Bankinternes Bankgeheimnis	109
A. Das Bestehen einer Schweigepflicht des Empfängers hebt die Geheimhaltungspflicht nicht auf	111
B. Wille und Erwartungen des Bankkunden	113
C. Kommunikation mit der Bank als Organisation	115
a. Zweck des anvisierten Geschäfts und "need to know"-Prinzip als generelle Informationsschranken	115
b. Gesellschaftsrechtliche und bankengesetzliche Kompetenzordnung	117
c. Verhältnismässigkeit	118
D. Ergebnis	118

§ 4 Besonderheiten der Konzernproblematik	120
I. Ökonomische Realität versus rechtliche Regelung	120
II. Die konzernierte Gesellschaft - ein Privatrechtssubjekt?	123
III. Die Problematik des Konzernbegriffs	127
1. Definition in der Lehre	128
2. Definition im Aktienrecht	128
3. Problematik des Unternehmungsbegriffs	129
4. Einheitliche Leitung als begriffskonstitutives Merkmal des Konzerns?	134
A. Begriff der einheitlichen Leitung	134
B. Faktizitätsprinzip oder «control»-Prinzip?	135
C. Verzicht auf die Begriffe «einheitliche Leitung» und «Konzern»?	142
D. Das materielle ist weiter als das formelle Konzernrecht	148
5. Die einheitliche Leitung als Brennpunkt des Konzernphänomens und des Konzernproblems	150
A. Konzernrecht als Schutzrecht	152
B. Konzernrecht als Organisationsrecht	153
C. Einheitliche Leitung als Ausdruck hierarchisch strukturierter Machtausübung	156
D. Einheitliche Leitung als organisatorische Grösse	157
E. Gegenstand der einheitlichen Leitung	167
6. Die wirtschaftliche Einheit	168
IV. Der Konzernbegriff im Bankenrecht	172
1. Verhältnis zwischen Bankengesetz und Aktienrecht	172
2. Der Bankkonzern	174
A. Der Bankbegriff	174
B. Der Konzernbegriff	176
a. Einheitliche Leitung oder «control»-Prinzip?	178
b. Wirtschaftliche Einheit, rechtlicher und faktischer Beistandszwang	183
c. Ergebnis	191
§ 5 Kontakte Aussenstehender mit einem Bankkonzern	194
I. Der Bankkonzern als Unternehmen - das Unternehmen als Organisation	194
II. Das Unternehmen als die nach aussen relevante Grösse?	195
III. Kontrahieren mit einer Konzerngesellschaft	196
1. Bestimmung der Vertragspartei seitens des Bankkonzerns	197
2. Vertragspartei und Bankgeheimnis	202
3. Konzernwirkung von Verträgen, insbesondere Konzernklauseln	204
4. Konzernklauseln und Bankgeheimnis	205
IV. Kommunikation und Informationsfluss im Bankkonzern	207
1. Kommunikation prägt den Informationsfluss	207
2. Rechtliche Einheit impliziert keine informationelle Einheit	208
3. Rechtliche Vielheit impliziert keine informationelle Vielheit	209
4. Kommunikation mit der Organisation «Bankkonzern»	209
A. Juristische Einheit als tatsächliche Vermutung einer Informationsschranke	211
	XV

Inhaltsverzeichnis

B. Zweck des anvisierten Geschäfts als Leitlinie	211
C. «Need to know» gilt auch innerhalb des Bankkonzerns	213
D. Konzerninternes Verwertungsverbot	214
E. «Need to know» erfordert die Errichtung von Chinese Walls	215
a. Begriff und Konzept der Chinese Walls	215
b. Rechtliche Grundlegung von Chinese Walls	216
c. Das Bankgeheimnis als Rechtsgrundlage von Chinese Walls	221
d. Konkrete Ausgestaltung von Chinese Walls	222
e. Verhältnismässigkeit	224
F. Treu und Glauben bindet beide Seiten	227
a. Äusseres Auftreten löst Erwartungen und Vermutungen aus	227
b. Interne Konzernführungsstruktur ist nicht entscheidend	230
5. Outsourcing innerhalb des Bankkonzerns	231
A. Begriff und Gegenstand des Outsourcings	231
B. Erscheinungsformen des Outsourcings	232
C. Rechtmässigkeitsvoraussetzungen des Konzern-Outsourcings	233
a. Gesetzliche Grundlage	234
aa. Art. 47 BankG	234
bb. EBK-Rundschreiben 99/2: Outsourcing	235
b. Wahrnehmung berechtigter Interessen	238
c. Einwilligung	240
aa. Bezug und Stellung des vertragsfremden Dritten	240
bb. Stillschweigende Einwilligung	248
cc. Einwilligung durch Übernahme der AGB	251
dd. Ausdrückliche Einwilligung	253
d. «Need to know» und Zweckbindung	254
e. Sicherungspflicht und Organisationspflicht	255
D. Informationsfluss ins Ausland	257
6. Wissenszurechnung im Bankkonzern	260
A. Begriff und Gegenstand der Wissenszurechnung	261
B. Grund und Zweck der Wissenszurechnung	263
C. Wissenszurechnung in arbeitsteiligen Organisationen	264
a. Ausgleich der Vorteile aus Arbeitsteilung	265
b. Verkehrsschutz und Risikoprinzip	265
c. Vertrauensschutz	266
d. Gleichstellungsargument	268
D. Ergebnis	270
a. Konzernierung per se ist kein ausreichender Zurechnungsgrund	270
b. Wissenszurechnung im Konzern ist möglich	271
c. Bankgeheimnis versus Aufklärungspflichten	274
d. Die Bedeutung von Chinese Walls	279
e. Wissenszurechnung nach konzerninterner Bankgeheimnisverletzung	279
f. Konzerninterne versus konzernexterne Bankgeheimnisverletzung	281

Aufsichtsrechtlicher Teil: bankkonzerninterner Informationsfluss aus der Sicht des Aufsichtsrechts	285
---	-----

**§ 6 Das Bankgeheimnis im Kontext gesellschafts- und bankenrechtlicher
Aufsichts-, Kontroll- und Leitungspflichten im Bankkonzern** 285

I.	Einfluss des öffentlichen Rechts auf das private Bankenrecht	285
	1. Eingriff öffentlich-rechtlicher Strukturnormen und Organisationspflichten in das Gesellschaftsrecht	285
	2. Eingriff des Bankenaufsichtsrechts in das private Bankenorganisationsrecht	287
	3. Eingriff des Bankenaufsichtsrechts in das kundenbezogene Bankenvertragsrecht	288
	4. Fazit für den weiteren Gang der Untersuchung	289
II.	Kontrollpflichten und Kontrollbedürfnisse im Bankkonzern	291
	1. Grundsatz der konsolidierten Aufsicht	293
	A. Konsolidierte Aufsicht durch die Mutterlandaufsichtsbehörde	293
	a. Grundprinzipien der konsolidierten Aufsicht	293
	b. Internationale Amtshilfe durch die EBK	297
	aa. Begriff der Amtshilfe	297
	bb. Geltende Amtshilfebestimmungen	297
	cc. Informationsaustausch nur mit Aufsichtsbehörden	299
	dd. Spezialitätsprinzip («permitted uses»)	300
	ee. Amts- oder Berufsgeheimnis der ersuchenden Behörde	302
	ff. «Prinzip der langen Hand» (Weiterleitung an Dritte)	304
	gg. Verhältnismässigkeit	306
	hh. Förmliches Verfahren bei Kundeninformationen	308
	ii. Auskunftspflicht gegenüber der EBK	310
	c. Vor-Ort-Kontrolle als Instrument der konsolidierten Aufsicht	311
	aa. Rechtliche Zulässigkeit	312
	bb. Inhalt und Verwendungszweck («permitted uses»)	313
	cc. Abstimmung mit den Voraussetzungen der Amtshilfe	315
	dd. Verfahrensmässiger Kundenschutz	316
	ee. Auskunftspflicht zu Gunsten der Mutterlandaufsichts- behörde	317
	d. Informationen über Bankkunden zur konsolidierten Aufsicht	318
	aa. Inhalt der konsolidierten Aufsicht	318
	bb. Informationen über Grossschuldner	321
	cc. Informationen über Einleger	325
	dd. Informationen über Vermögensverwaltungskunden	330
	ee. Fazit	333
	e. Schweizerische oder ausländische Aufsichtspraxis?	336
	B. Konsolidierte konzerninterne Kontrolle durch die Konzernmutter	338
	a. Art. 4 ^{quinquies} BankG	338
	aa. Muttergesellschaft	341
	bb. Direkte Beaufsichtigung durch die Mutterland- aufsichtsbehörde	349

Inhaltsverzeichnis

cc. Interne Kontrolle durch die Konzernmutter	350
b. Informationen über Bankkunden	351
aa. Zur direkten Beaufsichtigung durch die Mutterland- aufsichtsbehörde	352
bb. Zur internen Kontrolle durch die Konzernmutter	356
2. Kontrollpflichten im Bankkonzern	357
A. Konsolidierter Eigenmittelausweis als rechtlicher Beistandszwang	357
B. Konsolidierte Rechnungslegung	359
C. Konzernweite Liquiditätsüberwachung	360
D. Konsolidierte Risikoüberwachung	361
a. Risikoarten	361
b. Insbesondere Klumpenrisiken	365
E. Konzernprüfung (Konzernrevision)	367
F. Konzerninterne Überwachung (Internes Kontrollsystem)	370
a. Interne Revision (Internes Inspektorat)	371
b. Interne Kontrolle	375
c. Compliance	380
d. Fazit	383
G. Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit	385
3. Kontrollbedürfnisse im Bankkonzern	388
A. Faktischer Beistandszwang	388
B. Risiko gegen aussen wirkender Haftungsgrundlagen	389
C. Risiko des Beteiligungsrechts als Aktivum	390
4. Fazit: Umfassende Organisations- und Führungsverantwortung der Konzernmutter	391
5. Informationen über Bankkunden zur internen Kontrolle durch die Konzernmutter	393
A. Konsolidierter Eigenmittelausweis und konsolidierte Rechnungslegung	393
B. Konsolidierte Liquiditätsüberwachung	394
C. Konsolidierte Risikoüberwachung	396
a. Insbesondere Klumpenrisiken	396
b. Übrige Risiken	398
c. Interne Revision, Interne Kontrolle und Compliance	400
D. Konzernprüfung (Konzernrevision)	401
E. Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit	402
F. Faktischer Beistandszwang und externe Haftungsrisiken	402
G. Fazit	404
III. Konzernleitungsrecht und Konzernleitungspflicht der Bankkonzernmutter	404
1. Konzernleitungsrecht	405
2. Konzernleitungsrecht versus Art. 716a OR	406
3. Konzernleitungspflicht allgemein	412
A. Begriff der Konzernleitungspflicht	412
B. Grundlagen der Konzernleitungspflicht	413
a. Konzernleitungspflicht der Mutter gegenüber den Aktionären der Muttergesellschaft	414
b. Konzernleitungspflicht der Mutter gegenüber der Tochter	416
c. Konzernleitungspflicht der Mutter kraft eigener Kundgabe	417

4. Konzernleitungspflicht gemäss Bankenrecht	421
A. Grundlagen	421
B. Inhalt der Konzernleitungspflicht	423
a. Konzernorganisation	424
b. Konzernplanung	426
c. Konzernkoordination	427
d. Konzernüberwachung	428
C. Pflicht zur Unterstützung oder zum «befohlenen Egoismus»?	429
IV. Information und Konzernleitungspflicht im Bankkonzern	433
1. Information und Organisation	433
2. Information und Funktion (Zuständigkeit)	434
3. Information und Leitungspflicht	436
4. Information über Bankkunden	438
A. Informationsfluss von der Tochter zur Mutter	438
a. Muttergesellschaft im Inland	438
b. Mutter mit Sitz im Ausland	443
aa. Spezialitätsprinzip	443
bb. Amts- oder Berufsgeheimnis der Mutterland- aufsichtsbehörde	443
cc. «Prinzip der langen Hand»	444
dd. Fazit	444
B. Informationsfluss von der Mutter zur Tochter	447
C. Informationsfluss zwischen Schwestern	448
D. «need to know» gilt auch im Aufsichtsrecht	449
Zusammenfassung	451
I. Der Geheimnisschutz im Allgemeinen	451
1. Schutzzwecke	451
2. Beitrag des Persönlichkeitsrechts	452
3. Sedes materiae des Geheimnisschutzes	453
II. Das Bankgeheimnis im Besonderen	453
III. Bankgeheimnis und Kommunikation mit der Organisation «Bankkonzern»	455
IV. Bankgeheimnis und Wissenszurechnung im Bankkonzern	457
V. Bankgeheimnis und bankenaufsichtsrechtliche Kontroll- und Leitungspflichten	458