

(Rechtsgutachten des Bundesamtes für Justiz vom 4. Dezember 2002)

Verhältnis zwischen dem Bundesgesetz über die Archivierung und dem Bankengesetz in Bezug auf das Bankgeheimnis. Einsichtnahme in archivierte Bankakten während laufender Schutzfrist.

- Angaben über Kunden, die Banken in ihren Gesuchen um Kapitalexporthewilligungen aufführen, bleiben grundsätzlich vom Bankgeheimnis erfasst, auch wenn sich Dokumente mit entsprechenden Angaben bei der Schweizerischen Nationalbank oder im Bundesarchiv befinden (Ziff. II/1). Allerdings erfasst die Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses nach Art. 47 BankG bloss die Personen, die in Art. 47 BankG abschliessend aufgezählt werden (Ziff. II/1). Dazu gehören weder die Angestellten der Bundesverwaltung noch die Mitarbeiter und Behörden der Nationalbank. Die Angestellten der Bundesverwaltung sowie die Mitglieder der Nationalbankbehörden und das Personal der Nationalbank unterstehen jedoch dem Amtsgeheimnis nach Art. 320 StGB (Ziff. II/2, Ziff. III/2).

- Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGA ist als Vorbehalt für Vorschriften zu verstehen, welche die Einsicht in Akten des Bundesarchivs während laufender Schutzfrist absolut, d. h. unabhängig von einer Interessenabwägung, ausschliessen (Ziff. IV/2).

- Da sich den Regelungen des Bankgeheimnisses (Art. 47 BankG und den privatrechtlichen Grundlagen) keine Anhaltspunkte für einen generellen, absoluten Vorrang des Bankgeheimnisses gegenüber der Einsichtsregelung nach BGA entnehmen lassen, ist das Bankgeheimnis nicht als «Vorschrift» im Sinn von Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGA zu betrachten. Es kann daher keinen absoluten, d. h. von einer Abwägung der involvierten Interessen unabhängigen Vorrang vor der Gewährung der Einsicht durch die abliefernde Stelle beanspruchen (Ziff. IV/3).

- Für die Beurteilung von Gesuchen um Einsicht in Akten, die Angaben über Bankkunden enthalten, ist eine Interessenabwägung nach Art. 13 Abs. 1 Bst. b BGA vorzunehmen (Ziff. IV/4). Aufgrund der allgemeinen Bestimmungen der Bundesverwaltungsrechtspflege ist davon auszugehen, dass im Fall der Gewährung der Einsicht die Beschwerdeberechtigung von Personen bejaht werden kann, die im Rahmen des rechtlichen Gehörs gestützt auf Geheimhaltungsinteressen eine Einsichtsverweigerung verlangt hatten (Ziff. IV/4 am Ende).

- Sollte die Einsichtsgewährung zu einer Schädigung einer Bank führen, so wirft namentlich die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit besondere Fragen auf (Ziff. VI/3; zur Frage der Haftung für rechtmässig zugefügten Schaden, Ziff. VI/4).

Relation entre la loi sur l'archivage et la loi sur les banques en matière de secret bancaire. Consultation de documents bancaires pendant le délai de protection.

- Les données concernant les clients que des banques ont indiquées dans leurs demandes d'aide en matière d'exportation de capitaux demeurent en principe couvertes par le secret bancaire et ce, même lorsque des documents y relatifs se trouvent à la Banque nationale ou aux Archives fédérales (ch. II/1). Toutefois, l'obligation de respecter le secret bancaire selon l'art. 47 LB s'adresse uniquement aux personnes qui sont énumérées de manière exhaustive à l'art. 47 LB (ch. II/1). Ni les employés de l'Administration fédérale, ni les collaborateurs et les autorités de la Banque nationale ne figurent sur cette liste exhaustive. Par contre, les employés de l'Administration fédérale ainsi que le personnel de la Banque nationale sont astreints au secret de fonction selon l'art. 320 CP (ch. II/2, ch. III/2).

- L'art. 13 al. 1 let. a LAr doit être compris comme une réserve en faveur des dispositions qui excluent l'accès aux actes des Archives fédérales de manière absolue pendant toute la durée du délai de protection, c'est-à-dire indépendamment de toute pesée d'intérêts (ch. IV/2).

- Dès lors que les réglementations relatives au secret bancaire (art. 47 LB et ses fondements en droit privé) n'offrent aucun indice permettant d'attribuer une priorité générale et absolue au secret bancaire par rapport à la réglementation d'accès selon la LAr, le secret bancaire ne saurait être considéré comme une «disposition légale» au sens de l'art. 13 al. 1 let. a LAr. Par conséquent, le secret bancaire n'a pas, par rapport à l'autorisation d'accès, une priorité absolue, c'est-à-dire qu'il ne peut pas s'exercer sans effectuer une pesée des intérêts en présence (ch. IV/3).

- Quant à l'examen des demandes d'accès aux actes contenant les données relatives aux clients des banques, il est nécessaire de procéder à une pesée des intérêts en présence selon l'art. 13 al. 1 let. b LAr (ch. IV/4). Suivant les dispositions générales du droit de la procédure administrative fédérale, il faut partir de l'idée qu'en cas d'autorisation d'accès, les personnes qui, dans le cadre du droit d'être entendu, se sont opposées à l'accès en se fondant sur les intérêts à maintenir le secret pourront être légitimées à recourir (ch. IV/4 in fine).

- Si l'autorisation d'accès devait conduire à provoquer un dommage à l'égard d'une banque, c'est notamment l'exigence d'illicéité comme condition de la responsabilité qui pourrait susciter plusieurs questions particulières (ch. VI/3; voir ch. VI/4 pour la question de la responsabilité pour dommage causé de façon licite).

Relazione fra la legge sull'archiviazione e la legge sulle banche in merito al segreto bancario. Consultazione di documenti bancari durante il periodo di protezione.

- I dati concernenti clienti e indicati dalle banche nelle loro domande d'aiuto in materia d'esportazione di capitali restano in linea di principio coperti dal segreto bancario, anche se i documenti con le menzionate indicazioni sono depositati presso la Banca nazionale svizzera o presso l'Archivio federale (n. II/1). Tuttavia, l'obbligo di rispettare il segreto bancario secondo l'art. 47 LBCR concerne solo le persone che vengono enumerate in modo esaustivo nell'art. 47 LBCR (n. II/1). Fra queste non figurano né gli impiegati dell'Amministrazione federale né i collaboratori e gli organi della Banca nazionale. Gli impiegati dell'Amministrazione federale e il personale della Banca nazionale sono però vincolati al segreto d'ufficio secondo l'art. 320 CP (n. II/2, n. III/2).

- L'art. 13 cpv. 1 lett. a LAr deve essere considerato come una riserva per le disposizioni che escludono in modo assoluto, cioè indipendentemente da una ponderazione degli interessi, la consultazione di atti dell'Archivio federale durante il periodo di protezione (n. IV/2).

- Poiché dalle regole inerenti il segreto bancario (art. 47 LBCR e le sue basi nel diritto privato) non emergono elementi che

indicano una priorità generale e assoluta del segreto bancario rispetto alle regole di consultazione secondo la LA, il segreto bancario non deve essere considerato come una «prescrizione legale» ai sensi dell'art. 13 cpv. 1 lett. a LA. Il segreto bancario non ha quindi una priorità assoluta, ovvero indipendente da una ponderazione degli interessi in gioco, rispetto all'autorizzazione alla consultazione emanata dall'autorità che fornisce gli atti (n. IV/3).

- Per la valutazione di richieste di consultazione di atti che contengono indicazioni su clienti delle banche, occorre effettuare una ponderazione degli interessi secondo l'art. 13 cpv. 1 lett. b LA (n. IV/4). Sulla base delle disposizioni generali della procedura amministrativa federale, occorre partire dal principio che, in caso di autorizzazione alla consultazione, può essere accettata la legittimazione ricorsuale di persone che, nel quadro del diritto di essere sentito, avevano chiesto di respingere la richiesta di consultazione facendo valere interessi a mantenere il segreto (n. IV/4 alla fine).

- Se l'autorizzazione alla consultazione dovesse provocare un danno ad una banca, riguardo alle condizioni della responsabilità emergono questioni particolari inerenti l'illiceità (n. VI/3; sulla questione della responsabilità per danni causati lecitamente, n. VI/4).

Das Bundesamt für Justiz (BJ) äussert sich zu einer Reihe von Fragen bezüglich des Verhältnisses von Bankgeheimnis und dem Bundesgesetz vom 26. Juni 1998 über die Archivierung (BGA, SR 152.1). Die Fragen stellen sich konkret im Hinblick auf die Einsicht in Akten, die Kapitalexperte nach Südafrika betreffen, ursprünglich von Banken stammen und heute bei der Schweizerischen Nationalbank (SNB) und beim Bundesarchiv archiviert sind. Schweizer Banken hatten zwischen 1974 und 1991 für Kapitalexperte nach Südafrika eine Bewilligung bei der Schweizerischen Nationalbank nach Art. 8 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG, SR 952.0) einzuholen. Bestandteil der Gesuche um Kapitalexpertebewilligungen waren auch Angaben über die Geschäftspartner bzw. die Kunden der Banken. Die Beziehungen zwischen schweizerischen Banken und Südafrika sind gegenwärtig auch Gegenstand von in den USA eingereichten Sammelklagen.

I. Sind Kundenangaben, welche in Kapitalexpertgesuchen gemacht werden, als Informationen zu betrachten, die gemäss Bankengesetz unter das Bankgeheimnis fallen?

Das Bankgeheimnis ist in Art. 47 BankG als Straftatbestand normiert. Art. 47 Ziff. 1 und 4 BankG umschreiben den Straftatbestand wie folgt:

«1. Wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Organ, Angestellter, Beauftragter, Liquidator oder Kommissär einer Bank, als Beobachter der Bankenkommission, als Organ oder Angestellter einer anerkannten Revisionsstelle anvertraut worden ist oder das er in dieser Eigenschaft wahrgenommen hat, wer zu einer solchen Verletzung des Berufsgeheimnisses zu verleiten sucht, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bis zu 50000 Franken bestraft.

4. Vorbehalten bleiben die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde.»

Das Bankgeheimnis ist also eine strafrechtlich sanktionierte Schweigepflicht der im Bankgeschäft tätigen Personen. Die Grundlage der Schweigepflicht wird nach überwiegender Auffassung im Privatrecht, und zwar im Persönlichkeitsrecht und im Auftragsrecht, gesehen[25]. Da der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz dem verfassungsrechtlichen Schutz der Privatsphäre zugerechnet werden kann, erscheint das Bankgeheimnis auch als Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes. Diese Konkretisierung ist auf Stufe Gesetz angesiedelt, weshalb dem Bankgeheimnis nicht der Rang eines verfassungsmässigen Rechts zukommt[26]. Wie das Bundesgericht festgehalten hat, geniessen im Übrigen «finanzielle Angaben im allgemeinen nicht den gleichen Schutz wie spezifisch persönlichkeitsbezogene Daten»[27].

Das Bankgeheimnis erfasst «alle Daten, die sich aus der geschäftlichen Beziehung zwischen Kunde und Bank, namentlich aus den Bankverträgen, ergeben [...]»[28]. Geschützt sind Angaben bezüglich Bankkunden, weshalb das Bankgeheimnis als Berufsgeheimnis des Bankiers[29] oder als Bankkundengeheimnis[30] bezeichnet wird[31]. Der Umfang des Geheimnisschutzes wird durch das Geheimhaltungsinteresse des Kunden bestimmt: «Die Bank hat solche Tatsachen geheim zu halten, von denen der Kunde wünscht, dass sie geheim gehalten werden»[32].

Die Frage I kann vor diesem Hintergrund bejaht werden. Angaben über Kunden, die Banken in ihren Gesuchen um Kapitalexpertebewilligungen aufführen, fallen grundsätzlich unter das Bankgeheimnis. Vorzubehalten sind Angaben über Kunden, die nicht geheim sind bzw. an deren Geheimhaltung der Kunde kein Interesse hat, was namentlich bei der Einwilligung des Kunden in die Bekanntgabe der Fall ist.

II. Unterstehen derartige Angaben - falls sie dem Bankgeheimnis unterstehen - dieser Regelung auch weiterhin, wenn sie sich in Archiven Dritter (SNB, Bundesarchiv) befinden? Wenn ja, lediglich während der Schutzfrist von 30 Jahren oder auch darüber hinaus?

#### 1. Geltungsbereich des Bankgeheimnisses

Strafbar wegen Verletzung des Bankgeheimnisses ist nach Art. 47 BankG der Kreis der Personen, der in Art. 47 BankG aufgeführt ist. Erfasst sind alle Personen, denen das Geheimnis in ihrer Eigenschaft als Organe, Angestellte, Beauftragte, Liquidatoren oder Kommissäre[33] einer Bank, als Beobachter der Bankenkommission[34], als Organe oder Angestellte einer anerkannten Revisionsstelle anvertraut worden ist oder die das Geheimnis in einer dieser Eigenschaften wahrgenommen haben. Die Aufzählung der erfassten Personen ist abschliessender Natur[35]. Erwähnenswert erscheint, dass Mitglieder der Bankenkommission und Angestellte ihres Sekretariats seit der am 1. Juli 1971 in Kraft getretenen Bankengesetzrevision nicht mehr Art. 47 BankG unterstehen, sondern dem Amtsgeheimnis nach Art. 320 StGB[36].

Der Schutz des Bankgeheimnisses nach Art. 47 BankG dauert an, «solange seitens des Kunden ein Interesse besteht»[37]. Art. 47 Ziff. 3 BankG sieht im Übrigen ausdrücklich vor, dass die zur Wahrung des Bankgeheimnisses verpflichteten Personen für Verletzungen des Bankgeheimnisses auch «nach Beendigung des amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses oder der Berufsausübung» strafbar bleiben.

Die Regelung über den Geheimnisschutz nach dem Bankengesetz bleibt damit für die ihr unterstellten Personen wirksam, auch wenn Akten mit bankgeheimnisgeschützten Informationen die Bank verlassen und zu staatlichen Stellen gelangen. Allein der Umstand, dass sich Akten mit den betreffenden Informationen bei der Nationalbank oder beim Bundesarchiv befinden, entbindet

die dem Bankgeheimnis unterstehenden Personen nicht von dessen Wahrung.

Über Art. 47 BankG hinaus bleiben im Übrigen die aus dem Privatrecht fliessenden, auf vertraglichen Beziehungen und auf dem Persönlichkeitsrecht beruhenden Pflichten zur Wahrung des Bankgeheimnisses wirksam. Diese privatrechtlichen Pflichten gelten indessen nicht generell und absolut. Bestehen sie im Rahmen von vertraglichen Beziehungen, so gelten sie nur inter partes, also nur zwischen den Parteien. Soweit sie auf Persönlichkeitsrecht beruhen, stehen sie unter dem Vorbehalt, dass Eingriffe in Persönlichkeitsrechte durch bestimmte Gründe, beispielsweise überwiegende öffentliche oder private Interessen, gerechtfertigt sein können (vgl. Art. 28 Abs. 2 ZGB)[38].

## 2. Amtsgeheimnis

Die Angestellten der Bundesverwaltung sowie das Personal und die Behörden der Nationalbank unterstehen nicht dem Bankgeheimnis, sondern dem Amtsgeheimnis nach Art. 320 StGB. Dieses erfasst grundsätzlich alle nichtöffentlichen Informationen und Akten aus ihrem Tätigkeitsbereich, solange ein Geheimhaltungsinteresse besteht[39].

Für die Nationalbank ist spezifisch auf Art. 58 des Nationalbankgesetzes vom 23. Dezember 1953 (NBG, SR 951.11) hinzuweisen. Danach haben «die Mitglieder der Bankbehörden sowie die Beamten und Angestellten der Nationalbank [...] über die geschäftlichen Beziehungen der Bank zu Dritten sowie über Angelegenheiten und Einrichtungen der Bank, die ihrer Natur nach oder gemäss besonderer Vorschrift vertraulich zu behandeln sind, strenge Verschwiegenheit zu bewahren». Art. 59 NBG stellt klar, dass die Mitglieder der Nationalbankbehörden und das Personal der Nationalbank dem Amtsgeheimnis nach Art. 320 StGB unterstehen und dass für die Verletzung der Schweigepflicht nach Art. 58 NBG die Strafsanktion nach Art. 320 StGB gilt. Die Schweigepflicht nach Art. 58 NBG ist damit ein Amtsgeheimnis im Sinn von Art. 320 StGB[40]. Spezialgesetzlich wird die Geheimhaltungspflicht der Nationalbank überdies auch noch in Art. 9 BankG für die Aufgaben der Nationalbank nach dem Bankengesetz statuiert. Auch die Verletzung dieser Geheimhaltungspflicht ist nach Art. 59 NBG als Amtsgeheimnisverletzung zu betrachten mit entsprechender Strafsanktion[41].

Festgehalten sei schliesslich, dass der Schutz des Amtsgeheimnisses über das Ende des Dienstverhältnisses hinaus andauert (vgl. Art. 320 Ziff. 1 Satz 2 StGB sowie Art. 58 NBG).

Für die Gewährung der Einsicht in Akten der Bundesverwaltung und der Nationalbank, die (noch) nicht archiviert sind, ist die Aufhebung des Amtsgeheimnisses erforderlich[42]. Diese bedarf der Einwilligung der vorgesetzten Behörde (Art. 320 Ziff. 2 StGB) [43]. Der Entscheid über die Einwilligung zur Offenbarung dürfte regelmässig auf einer Güterabwägung beruhen[44]. Im vorliegenden Zusammenhang ist zwischen den Interessen an der Geheimhaltung beispielsweise der betroffenen Banken und allfälligen Interessen an der Untersuchung der Vorgänge abzuwägen. Zu berücksichtigen ist auch, dass sich die mit der Einsichtsgewährung verbundene Bekanntgabe von Informationen je nach Auflagen für die Verwendung der eingesehenen Informationen durchaus beschränken lässt.

## 3. Archivierungsgesetz

Für die im Bundesarchiv archivierten Akten gilt das Archivierungsgesetz.

Das Archivierungsgesetz gilt auch für die archivierten Akten der Nationalbank (Art. 1 Abs. 1 Bst. f BGA). Allerdings ist hier eine Spezialität zu beachten. Nach Art. 4 Abs. 3 BGA sorgt die Nationalbank selbst für die Archivierung ihrer Unterlagen. Diese Eigenarchivierung ist eine dezentrale Archivierung und bedeutet vor allem den Verzicht auf die physische Zentralisierung beim Bundesarchiv[45]. Sie ändert indessen nichts daran, dass das Archivierungsgesetz in dem hier interessierenden Zusammenhang auf Akten, die die Nationalbank archiviert, anwendbar ist[46]. Die Archivierung durch die Nationalbank selbst hat nämlich nach Art. 4 Abs. 3 BGA «nach den Grundsätzen» des Archivierungsgesetzes zu erfolgen. Zu diesen Grundsätzen zählt die Botschaft zum Archivierungsgesetz insbesondere «die generelle Archivierungspflicht für archivwürdige Unterlagen sowie [...] die benutzungsrechtlichen Bestimmungen»[47].

Das Archivierungsgesetz regelt die Aufbewahrung von Akten sowie den Aktenzugang zum Zweck der Bewahrung des kollektiven Gedächtnisses des schweizerischen Staates[48]. Damit geraten die archivierten Dokumente in den Fokus von Interessen, die völlig ausserhalb des Bankengesetzes und des Nationalbankgesetzes liegen. Nach Art. 2 Abs. 2 BGA soll die Archivierung «einen Beitrag zur Rechtssicherheit sowie zur kontinuierlichen und rationellen Verwaltungsführung» leisten und «die Voraussetzungen für die historische und sozialwissenschaftliche Forschung» schaffen. Die Dokumentation staatlicher Tätigkeiten dient damit insbesondere auch dazu, die Überprüfung von Vorgängen zu ermöglichen, an deren Untersuchung ein öffentliches Interesse besteht[49].

Das Archivierungsgesetz enthält eine differenzierte Regelung der Voraussetzungen für die Einsicht in Archivakten. Auf die Einsichtsregelung des Archivierungsgesetzes wird bei der Beantwortung der Fragen III und IV näher eingegangen. Im Zusammenhang mit der Frage II sei nur soviel festgehalten: Die ordentliche Schutzfrist beträgt nach Archivierungsgesetz, wie in der Frage II angetönt, 30 Jahre. Bereits vor Ablauf der 30 Jahre kann unter bestimmten Voraussetzungen Einsicht gewährt werden. Umgekehrt kann in bestimmten Fällen die Schutzfrist verlängert und die Einsicht ausgeschlossen werden. Wie lange die Schutzfrist im konkreten Fall auch ist, die Dauer der Schutzfrist und die Handhabung der Einsichtsgewährung während und nach Ablauf der Schutzfrist haben Auswirkungen auf die Geltung des Amtsgeheimnisses. Die Schutzfrist kann als Befristung des Amtsgeheimnisses verstanden werden[50]. Läuft die Schutzfrist ab, so lässt sich vermuten, dass auch das Geheimhaltungsinteresse im Rahmen des Amtsgeheimnisses wegfällt. Vorzubehalten ist allerdings die Möglichkeit, die Einsichtnahme bereits während laufender Schutzfrist zuzulassen (Art. 13 BGA), und ebenso ist die Möglichkeit vorzubehalten, auch nach Ablauf der Schutzfrist die Einsichtnahme zu verweigern (Art. 12 BGA).

Hingewiesen sei hier auch darauf, dass das Archivierungsgesetz in Art. 23 einen Straftatbestand enthält, der zur Anwendung kommen soll, sofern kein schwererer Straftatbestand erfüllt ist. Mit Haft oder Busse wird danach bestraft, wer «Informationen aus Archivgut offenbart, das der Schutzfrist unterliegt oder auf andere Weise ausdrücklich der Veröffentlichung entzogen ist».

III. Wird das Bankgeheimnis allenfalls bereits verletzt, wenn einem beschränkten Personenkreis unter Auflagen (beispielsweise Anonymisierungsverpflichtung für die Publikation) Einsicht in die fraglichen Unterlagen gewährt wird? Oder ist dies erst bei der Veröffentlichung der Unterlagen der Fall?

1. Das Bankgeheimnis als Straftatbestand kann nur durch diejenigen Personen verletzt werden, die diesem Straftatbestand unterstellt sind. Weder die Nationalbankbehörden und das Nationalbankpersonal noch die Bundesbehörden und das Personal des Bundesarchivs oder der übrigen Bundesverwaltung sind ihm unterstellt[51].

Für die dem Bankgeheimnis unterstehenden Personen gilt, dass eine Verletzung vorliegt, wenn geheimnisgeschützte Informationen bankfremden Personen zugänglich gemacht werden[52]. Das Bankgeheimnis wird also nicht erst bei Veröffentlichung geheimnisgeschützter Informationen verletzt, sondern auch bereits bei deren Bekanntgabe an bankfremde Einzelpersonen.

Allerdings gilt auch für die dem Bankgeheimnis nach Art. 47 BankG unterstellten Personen die Geheimhaltungspflicht nicht absolut. Keine Verletzung des Bankgeheimnisses liegt vor, wenn entsprechende Informationen mit Einwilligung des Kunden bekannt gegeben werden. Ausdrücklich vorbehalten werden zudem in Art. 47 Abs. 4 BankG «die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde». Auskünfte, die in diesem Rahmen bankfremden Personen erteilt werden, stellen keine Verletzung des Bankgeheimnisses dar. Dabei geht es beispielsweise um Auskünfte, die gegenüber in- und ausländischen Strafverfolgungsbehörden erteilt werden müssen, oder um Auskunftsrechte des Vormunds, des Erbschaftsverwalters, der SchKG-Behörden, der Sozialversicherungen und andere mehr[53].

2. Bundesbehörden, Angestellte der Bundesverwaltung, Nationalbankbehörden und das Nationalbankpersonal unterstehen nicht der Strafnorm des Art. 47 BankG. Auch aus der privatrechtlichen Grundlage der Schweigepflicht der Banken lässt sich keine Ausdehnung des nach Art. 47 BankG verpflichteten Personenkreises ableiten. Soweit die Schweigepflicht im Rahmen vertraglicher Beziehungen besteht, gilt sie nur inter partes, also zwischen den Parteien. Eine Ausdehnung des Kreises der nach Art. 47 strafbaren Personen kommt ferner auch nicht aufgrund des persönlichkeitsrechtlichen Aspekts des Bankgeheimnisses in Frage, da strafbar nur ist, wer eine Tat begeht, die das Gesetz mit Strafe bedroht[54].

Bundesbehörden, Angestellte der Bundesverwaltung, Nationalbankbehörden und das Nationalbankpersonal unterstehen jedoch den Regeln über die Wahrung des Amtsgeheimnisses (vgl. vorne Ziff. II/2). Für die Einsicht in die Akten des Bundesarchivs sowie in die bei der Nationalbank archivierten Akten sind zudem die Regeln des Archivierungsgesetzes zu beachten (vgl. Ziff. II/3, III/3, IV). Verletzungen dieser Regeln unterliegen den Sanktionen, die für die Verletzung dieser Regeln vorgesehen sind, namentlich Art. 320 StGB.

Im Rahmen der Regelungen über das Amtsgeheimnis und über den Zugang zu den Akten des Bundesarchivs sowie der Nationalbank sind unter anderem Interessenabwägungen vorgesehen. Bei solchen Interessenabwägungen sind alle relevanten öffentlichen und privaten Interessen in Rechnung zu stellen. Dazu können auch die Interessen von Bankkunden an der Geheimhaltung ihrer Bankkontakte gehören.

3. Im Übrigen ist auf Art. 13 Abs. 3 BGA hinzuweisen. Danach kann die während der Schutzfrist gewährte Einsicht mit Auflagen und Bedingungen bewilligt werden, und es kann insbesondere «die Anonymisierung von Personendaten verlangt werden». Art. 19 der Verordnung vom 8. September 1999 zum Bundesgesetz über die Archivierung (Archivierungsverordnung, VBGA, SR 152.11) sieht im Hinblick auf Publikationen ergänzend auch die Möglichkeit der Behörden vor, zu verlangen, dass ihnen der Text vor der Veröffentlichung vorgelegt wird.

IV. a. Sind Regelungen des Bankengesetzes gesetzliche Vorschriften im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGA, welche einer Einsichtnahme während der Schutzfrist entgegenstehen? b. Inwiefern können die Urheber von Akten nach Art. 13 Abs. 1 Bst. b BGA allfällige «überwiegende schutzwürdige private Interessen» zur Verhinderung einer Einsichtsgewährung geltend machen?

1. Grundzüge der Schutz- und Einsichtsregelung des Archivierungsgesetzes

Vorausgeschickt sei ein kurzes Résumé der Schutz- und Einsichtsregelung des Archivierungsgesetzes.

Nach Art. 9 Abs. 1 BGA gilt der Grundsatz der freien Einsichtnahme (erst) nach Ablauf einer Schutzfrist von 30 Jahren. Die Dauer der Schutzfrist, während der die freie Einsichtnahme ausgeschlossen ist, kann unter bestimmten Voraussetzungen über die 30 Jahre hinaus verlängert werden (für besonders schützenswerte Personendaten, vgl. Art. 11 BGA; bei sonstigen überwiegenden Geheimhaltungsinteressen, vgl. Art. 12 BGA).

Art. 13 BGA regelt die Voraussetzungen für eine Einsichtnahme schon vor Ablauf der Schutzfrist. Vor Ablauf der Schutzfrist kann Einsicht gewährt werden, sofern «keine gesetzlichen Vorschriften entgegenstehen» (Art. 13 Abs. 1 Bst. a) und sofern «keine überwiegenden schutzwürdigen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen» (Art. 13 Abs. 1 Bst. b). Im Fall von Art. 13 Abs. 1 Bst. b BGA ist also eine Abwägung zwischen den Interessen an der Einsicht und den Interessen an der Geheimhaltung vorzunehmen.

Zuständig für die Gewährung der Einsicht vor Ablauf der Schutzfrist ist «die abliefernde Stelle auf Antrag des Bundesarchivs» (vgl. Art. 13 Abs. 1 BGA)[55]. Nach Art. 22 VBGA ist dem Gesuchsteller vor der Abweisung oder der bloss teilweisen Gutheissung eines Einsichtsgesuchs das rechtliche Gehör zu gewähren, und auf Wunsch ist eine beschwerdefähige Verfügung zu erlassen. Die Gewährung des rechtlichen Gehörs dürfte sich darüber hinaus im Rahmen des Möglichen namentlich auch gegenüber Personen aufdrängen, deren private Schutzinteressen der Einsicht entgegenstehen könnten. Gegen die Verfügung über die Gewährung bzw. Nichtgewährung der Einsicht kann nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege Beschwerde geführt werden.

2. Allgemein zur Bedeutung des Einsichtsausschlusses aufgrund entgegenstehender gesetzlicher Vorschriften nach Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGA

Um die Vorschriften zu ermitteln, die nach Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGA einer Einsicht in Akten des Bundesarchivs während laufender Schutzfrist entgegenstehen, ist nach den üblichen Auslegungsmethoden vorzugehen[56].

Nach Wortlaut und Systematik ist davon auszugehen, dass Art. 13 Abs. 1 BGA abschliessend zwei Tatbestände formuliert, die einer Einsicht in Akten des Bundesarchivs während laufender Schutzfrist entgegenstehen. Während Art. 13 Abs. 1 Bst. a auf Vorschriften verweist, die einer Einsichtnahme entgegenstehen, verweist Art. 13 Abs. 1 Bst. b auf überwiegende schutzwürdige öffentliche oder private Interessen, die einer Einsichtnahme entgegenstehen. Bst. b bezieht sich also auf eine

Interessenabwägung zwischen Einsichtsinteressen und Geheimhaltungsinteressen. Soll Bst. a demgegenüber ein eigenständiger Sinngehalt zukommen, so liegt es nahe, die Vorschriften nach Bst. a als Regelungen zu verstehen, die für einen bestimmten Bereich generell den Vorrang der Geheimhaltung vor der Einsichtnahme statuieren, d. h. eine Abwägung zwischen Einsichts- und Geheimhaltungsinteressen im Einzelfall ausschliessen.

Ob eine Vorschrift der Einsichtnahme nach Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGA entgegensteht, muss sich im Übrigen aus dieser Vorschrift selbst ergeben, da Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGA entgegenstehende Vorschriften bloss vorbehält, ohne sie inhaltlich näher zu konkretisieren. Die Materialien zum Archivierungsgesetz enthalten keine Hinweise zu Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGA.

Dass eine Vorschrift der Einsichtnahme nach Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGA entgegensteht, kann sich daraus ergeben, dass sie die Einsichtnahme ausdrücklich ausschliesst. Ein Beispiel dafür lässt sich der Entstehungsgeschichte des Archivierungsgesetzes entnehmen: die absolute 50-jährige Sperrfrist für Staatsschutzakten nach Art. 7 Abs. 3 des Bundesbeschlusses vom 9. Oktober 1992 über die Einsicht in Akten der Bundesanwaltschaft[57]. Diese Sperrfrist schliesst die Einsichtnahme während der 50-jährigen Schutzfrist unabhängig von einer Interessenabwägung aus.

Während der Entstehung des Archivierungsgesetzes wurde davon ausgegangen, dass diese Sperrfrist nach Ablauf der Geltung des Bundesbeschlusses über die Einsicht in Akten der Bundesanwaltschaft in die neue Bundesgesetzgebung über die innere Sicherheit eingefügt werde[58]. Das Schicksal der Sperrfrist für die Staatsschutzakten hat allerdings einen anderen als den ursprünglich geplanten Verlauf genommen. Nach der heutigen Rechtslage ist die Sperrfrist für die Staatsschutzakten kein Beispiel (mehr) für Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGA[59].

Weitere Anwendungsbeispiele für Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGA liegen nicht auf der Hand. In Frage kommt möglicherweise das Stimmgeheimnis[60]. Darauf braucht indessen hier nicht näher eingegangen zu werden. Zu prüfen ist im Folgenden die Frage, ob das Bankgeheimnis als Vorschrift im Sinn von Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGA angesehen werden kann.

Zwischenergebnis:

Aufgrund des Wortlauts und der Systematik kommt das BJ zum Schluss, dass Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGA als Vorbehalt für Vorschriften zu verstehen ist, welche die Einsicht in Akten des Bundesarchivs während laufender Schutzfrist absolut, d. h. unabhängig von einer Interessenabwägung, ausschliessen.

### 3. Das Bankgeheimnis als «der Einsichtnahme entgegenstehende Vorschrift» im Sinn von Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGA?

Zu prüfen ist, ob das Bankgeheimnis einen Anwendungsfall darstellt für Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGA im oben ausgeführten Sinn. Soweit ersichtlich, gibt es zu dieser Frage weder Literatur noch Rechtsprechung.

Das Bankgeheimnis als Straftatbestand nach Art. 47 BankG verbietet die Offenbarung von geheimen Kundeninformationen durch einen im Einzelnen umschriebenen Personenkreis, namentlich das Bankenpersonal. Die aktenableifernden (Bundes-)Stellen, die gegebenenfalls eine Einsicht in archivierte Akten zulassen, gehören nicht zu diesem Personenkreis und vermögen daher den Straftatbestand nach Art. 47 BankG von vornherein nicht zu erfüllen. Um dem Bankgeheimnis über den Personenkreis nach Art. 47 Ziff. 1 BankG hinaus eine Bedeutung auch direkt für die aktenableifernden (Bundes-)Stellen zuerkennen zu können, bedürfte es besonderer Anhaltspunkte, namentlich im Bankengesetz, im Archivierungsgesetz oder in den zugehörigen Materialien. Solche Anhaltspunkte sind nicht ersichtlich[61]. Dem Bankgeheimnis lässt sich in seiner Ausgestaltung nach Art. 47 BankG nichts entnehmen, was einen generellen und absoluten Ausschluss der Einsicht in bankgeheimnisrelevante Akten, die im Bundesarchiv oder bei der Nationalbank archiviert sind, begründen würde.

Selbst wenn man dem Bankgeheimnis nach Art. 47 BankG Bedeutung für die Frage der Einsicht in Akten, die beim Bundesarchiv oder bei der Nationalbank archiviert sind, zubilligen wollte, müsste beachtet werden, dass das Bankgeheimnis nach Art. 47 BankG «keineswegs absolut und generell gilt»[62]. So können nach Art. 47 Ziff. 4 BankG eidgenössische und kantonale Bestimmungen Vorrang gegenüber dem Bankgeheimnis beanspruchen[63]. Wie das Bundesgericht zum Verhältnis von Bankgeheimnis und internationalen Rechtshilfeabkommen festgehalten hat, kommt dem Bankgeheimnis «nicht der Rang eines geschriebenen oder ungeschriebenen verfassungsmässigen Rechtes zu, so dass es bei Kollision mit anderen Interessen stets den Vorrang beanspruchen könnte»[64].

Auch die privatrechtlichen Grundlagen des Bankgeheimnisses vermögen keinen absoluten Vorrang der Geheimhaltung gegenüber der Einsichtsgewährung zu begründen. Soweit die Geheimhaltungspflicht im Rahmen vertraglicher Beziehungen besteht, gilt sie ohnehin nur inter partes, also zwischen den Parteien. Aber auch soweit der Anspruch des Bankkunden auf Geheimhaltung Bestandteil der Persönlichkeitsrechte des Bankkunden ist, gilt der Anspruch nicht absolut, sondern steht - wie die Persönlichkeitsrechte allgemein - unter dem Vorbehalt, dass Eingriffe aufgrund überwiegender privater oder öffentlicher Interessen oder aufgrund gesetzlicher Vorschrift gerechtfertigt sind (vgl. Art. 28 Abs. 2 ZGB).

Es gibt somit, soweit ersichtlich, keine Anhaltspunkte dafür, dass das Bankgeheimnis - in seiner Ausgestaltung nach Art. 47 BankG ebenso wie in seinem privatrechtlichen Normgehalt - in unserem Zusammenhang a priori Vorrang gegenüber der Einsichtnahme unter den Bedingungen und Voraussetzungen des Archivierungsgesetzes beanspruchen können sollte. Damit besteht kein Anlass, die Einsichtnahme nach Art. 13 BGA grundsätzlich und generell dem Bankgeheimnis unterzuordnen. Das Archivierungsgesetz und die bankengesetzliche sowie privatrechtliche Regelung des Bankgeheimnisses stehen vielmehr gleichrangig nebeneinander mit je spezifischen Normadressaten und Regelungsgegenständen.

Zwischenergebnis:

Weder dem Straftatbestand nach Art. 47 BankG noch den privatrechtlichen Grundlagen des Bankgeheimnisses lassen sich Anhaltspunkte für einen generellen, absoluten Vorrang des Bankgeheimnisses gegenüber der Einsichtsregelung nach Archivierungsgesetz entnehmen. Das Bankgeheimnis ist daher nicht als «Vorschrift» im Sinn von Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGA zu qualifizieren und kann daher keinen absoluten, von einer Abwägung der involvierten Interessen unabhängigen Vorrang vor der Gewährung der Einsicht durch die aktenableifernde Stelle beanspruchen.

### 4. Einsichtsausschluss aufgrund entgegenstehender öffentlicher und privater Interessen (Art. 13 Abs. 1 Bst. b BGA)

Ist Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGA im vorliegenden Zusammenhang nicht anwendbar, so ist für die Beurteilung von Gesuchen um

Einsicht in Akten, die Angaben über Bankkunden enthalten, eine Interessenabwägung nach Art. 13 Abs. 1 Bst. b BGA durchzuführen.

Dies erscheint sachgerecht. Das Archivierungsgesetz und die bankengesetzliche sowie privatrechtliche Regelung des Bankgeheimnisses stehen gleichrangig nebeneinander. Gleichrangige Normen sind nach den allgemeinen Regeln über das Verhältnis von Normen soweit möglich zu harmonisieren. Für die Harmonisierung von zwei Regelungsmaterien stellt die Interessenabwägung das geeignete Instrument dar[65].

Bei der Beurteilung der Einsicht in Akten des Bundesarchivs sind alle Interessen, die auf dem Spiel stehen, in die Interessenabwägung einzubeziehen. Die Interessen an der Einsichtnahme werden in Art. 13 Abs. 1 Bst. b BGA nicht ausdrücklich erwähnt, ihre Existenz wird vielmehr vorausgesetzt. Aus der bisherigen Praxis ergeben sich als Interessen an der Einsicht namentlich wissenschaftliche Interessen, insbesondere im Rahmen der historischen Forschung, aber auch allgemeine Interessen wie die Interessen der Öffentlichkeit, über Personen der Zeitgeschichte informiert zu werden[66], und Interessen der Schweiz an der Klärung der Rolle politischer Institutionen. Die öffentlichen Interessen an der Einsichtnahme können weit gefasst sein, wie das Beispiel der Untersuchungen der Bergier-Kommission zeigt. Im Rahmen von Art. 13 Abs. 1 Bst. b BGA sind auch alle möglichen privaten und öffentlichen Interessen, die einer Einsicht während laufender Schutzfrist entgegenstehen, zu berücksichtigen. Namentlich können hier auch die Interessen an der Wahrung des Bankgeheimnisses[67] sowie die Interessen von Unternehmen an der Abwehr von hängigen (Sammel-)Klagen geltend gemacht werden. Wieweit im vorliegenden Zusammenhang auch öffentliche

Interessen wie beispielsweise aussenpolitische, aussenwirtschaftspolitische und neutralitätspolitische Interessen eine Rolle spielen könnten, vermag das BJ nicht abzuschätzen.

Die Interessenabwägung ist kein im naturwissenschaftlichen Sinn exakter Vorgang, sondern eröffnet grosse Spielräume[68]. Relevant erscheint für die Gewichtung der Interessen namentlich auch, unter welchen Bedingungen und Auflagen eine Einsicht erfolgt, welcher Personenkreis zur Einsicht ermächtigt wird sowie der Personenkreis, dem Informationen über die eingesehenen Dokumente bekanntgegeben werden sollen. Nicht zuletzt ist auch die Strafbarkeit unbefugter Bekanntgabe von Informationen aus Archivgut zu berücksichtigen[69].

Wie bereits ausgeführt[70], kann es sich bei der Beurteilung eines Einsichtsgesuchs aufdrängen, allfällig betroffenen Privaten das rechtliche Gehör einzuräumen. Dies ermöglicht, die auf dem Spiel stehenden privaten Interessen richtig einzuschätzen.

Was die Rechtsmittelmöglichkeiten betrifft, so steht die Beschwerdebefugnis nicht nur Personen zu, deren Einsichtsgesuche abgelehnt werden. Aufgrund der allgemeinen Bestimmungen der Bundesverwaltungsrechtspflege[71] ist namentlich davon auszugehen, dass im Fall der Gewährung der Einsicht die Beschwerdeberechtigung für Personen bejaht werden kann, die im Rahmen des rechtlichen Gehörs gestützt auf Geheimhaltungsinteressen eine Einsichtsverweigerung verlangt hatten.

V. Liesse sich allenfalls eine Rechtsgrundlage für die Einsichtsgewährung in den Bestimmungen über die aktive Information der Bundesbehörden (Art. 180 Abs. 2 BV; Art. 10 RVOG) finden?

Die Information nach Art. 180 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) steht unter dem Vorbehalt entgegenstehender öffentlicher oder privater Interessen. Die Ausführungsbestimmung in Art. 10 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010) behält in Abs. 3 «die besonderen Bestimmungen zum Schutz überwiegender öffentlicher oder privater Interessen» vor. Solche besondere Bestimmungen stellen gerade auch das Archivierungsgesetz und die Regelung des Amtsgeheimnisses dar. Art. 180 Abs. 2 BV und Art. 10 RVOG gehen damit nicht über das hinaus, was die Regelung des Archivierungsgesetzes bzw. des Amtsgeheimnisses zulässt.

Nach der hier vertretenen Auffassung stellt bereits das Archivierungsgesetz eine Rechtsgrundlage für die Gewährung der Einsicht in Akten des Bundesarchivs im hier zur Diskussion stehenden Zusammenhang dar[72]. Die Beurteilung der Einsichtsgewährung im Rahmen von Art. 13 Abs. 1 Bst. b BGA erfolgt durch eine Interessenabwägung, bei welcher auch die Interessen an der Information der Öffentlichkeit nach Art. 180 Abs. 2 BV und Art. 10 RVOG berücksichtigt werden können. Auch für Akten, die noch bei der Nationalbank liegen, ist für die Frage der Entbindung vom Amtsgeheimnis eine Interessenabwägung erforderlich[73]. Dies erlaubt ebenfalls die Berücksichtigung der Interessen an der Information der Öffentlichkeit.

Bei dieser Rechtslage erübrigt sich im vorliegenden Rahmen eine vertiefte Prüfung der Tragweite der Art. 180 Abs. 2 und 10 RVOG. Es wird deshalb hier nicht weiter darauf eingegangen.

VI. Unter welchen Voraussetzungen könnte eine Haftungsverantwortung von Bundesstellen entstehen, wenn (während der Schutzfrist) Einsicht in Akten gewährt worden ist, welche anschliessend in einem (ausländischen) Gerichtsverfahren gegen Unternehmen verwendet werden?

1. Die Voraussetzungen für die Haftung des Bundes sind im Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz [VG], SR 170.32) geregelt. Die Voraussetzungen für eine Haftung sind danach: ein Schaden, ein Zusammenhang mit einer amtlichen Tätigkeit, adäquate Kausalität, Beamteneigenschaft des Schädigers und Widerrechtlichkeit der schädigenden Handlung[74]. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so ist die Haftung des Bundes gegeben.

2. Obschon das Verantwortlichkeitsgesetz am Beamtenbegriff anknüpft, behält es seine Geltung für das Bundespersonal auch nach der Aufhebung des Beamtenstatus[75]. Die Mitglieder der Nationalbankbehörden und das Nationalbankpersonal unterstehen ebenfalls dem Verantwortlichkeitsgesetz[76].

3. Die Widerrechtlichkeit einer Handlung kann in der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts (wie Leib und Leben, Persönlichkeit, Eigentum) und im Fall einer Vermögensschädigung im Verstoss gegen eine Norm der Rechtsordnung gründen[77]. Im Fall einer Vermögensschädigung muss die Norm, gegen welche die schädigende Handlung verstösst, gerade (auch) dem Schutz vor solchen Vermögensschädigungen dienen.

Die Widerrechtlichkeit entfällt, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Ein Rechtfertigungsgrund kann beispielsweise vorliegen, wenn die schädigende Handlung in rechtmässiger Ausübung amtlicher Tätigkeiten erfolgt. Dies ist der Fall, wenn eine Schädigung «zwangsläufig mit der Durchführung des Gesetzes verbunden» ist, nicht aber, wenn die Schädigung «eine vom Gesetz nicht

gewollte Nebenfolge bei der Ausübung einer an sich rechtmässigen Tätigkeit» ist[78]. Die Grenzziehung zwischen der nicht haftungsbegründenden rechtmässigen Ausübung einer amtlichen Tätigkeit und der nicht gerechtfertigten Schädigung durch eine Amtshandlung erweist sich in der Praxis oft als schwierig[79].

Im Zusammenhang mit der vorliegenden Fragestellung stellt sich namentlich die Frage, ob das Bankgeheimnis nach Art. 47 BankG im Fall einer Vermögensschädigung als Schutznorm betrachtet werden kann, deren Verletzung die Widerrechtlichkeit der schädigenden Handlung zu begründen vermöchte. Diese Frage kann hier nicht abschliessend beurteilt werden. Dreierlei sei hervorgehoben:

- Schutzobjekt des Bankgeheimnisses ist die Persönlichkeitssphäre des Bankkunden, nicht diejenige der Bank[80].
- Da das Bankgeheimnis nicht absolut gilt[81], erscheint insbesondere begründungsbedürftig, inwiefern die rechtmässige Einsichtnahme in einschlägige Bankakten überhaupt als Verstoß gegen das Bankgeheimnis qualifiziert werden könnte.
- Soweit die Bewilligung über die Einsicht in Akten des Bundesarchivs verfügt worden und in Rechtskraft erwachsen ist, entfällt nach Art. 12 VG die Möglichkeit, die Rechtmässigkeit dieser Verfügung in einem Verantwortlichkeitsverfahren anzufechten (Subsidiarität der Staatshaftung gegenüber dem Verwaltungsrechtsschutz)[82].

4. Besondere Fragen wirft die Behandlung rechtmässig zugefügter Schäden auf. Grundsätzlich sind solche Schäden durch den Geschädigten selbst zu tragen. Die Lehre anerkennt jedoch gestützt auf Art. 8 BV unter gewissen Voraussetzungen einen Haftungsanspruch des Geschädigten, namentlich wenn die Tragung des Schadens durch den Geschädigten als unzumutbares Sonderopfer erscheint (so genannte Billigkeitshaftung)[83]. Das Bundesgericht anerkennt allerdings erst eine Haftung für rechtmässig zugefügten Vertrauensschaden (im Bereich des Ersatzes unnütz gewordener Planungskosten)[84].

## VII. Fazit

1. Angaben über Kunden, die Banken in ihren Gesuchen um Kapitalexportbewilligungen aufführen, bleiben grundsätzlich vom Bankgeheimnis erfasst (Ziff. I), auch wenn sich Dokumente mit relevanten Angaben bei der Schweizerischen Nationalbank oder im Bundesarchiv befinden (Ziff. II/1). Allerdings erfasst die Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses nach Art. 47 BankG bloss die für Banken tätigen Personen, die in Art. 47 BankG abschliessend aufgezählt werden (Ziff. II/1). Bundesbehörden, Angestellte der Bundesverwaltung, Mitarbeiter und Behörden der Nationalbank gehören nicht dazu (Ziff. II/2, III/2).

2. Der Schutz des Bankgeheimnisses nach Art. 47 BankG dauert über die Beendigung des amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses oder der Berufsausübung der zur Geheimniswahrung verpflichteten Personen hinaus solange an, als seitens des Kunden ein Interesse besteht (Ziff. II/1).

3. Die Angestellten der Bundesverwaltung sowie die Mitglieder der Nationalbankbehörden und das Personal der Nationalbank unterstehen dem Amtsgeheimnis nach Art. 320 StGB (Ziff. II/2, III/2). Dieser Schutz des Amtsgeheimnisses dauert über das Ende des Dienstverhältnisses hinaus an, solange ein Geheimhaltungsinteresse besteht. Für die Gewährung der Einsicht in Akten der Bundesverwaltung und der Nationalbank, die (noch) nicht archiviert sind, ist die Aufhebung des Amtsgeheimnisses erforderlich (Ziff. II/2).

4. Für die im Bundesarchiv und bei der Nationalbank archivierten Akten gilt das Archivierungsgesetz (Ziff. II/3, III/2, IV/1). Die ordentliche Schutzfrist beträgt nach Archivierungsgesetz 30 Jahre. Bereits vor Ablauf der 30 Jahre kann unter bestimmten Voraussetzungen Einsicht gewährt werden. Umgekehrt kann in bestimmten Fällen die Schutzfrist verlängert und die Einsicht ausgeschlossen werden.

5. Nach Art. 13 Abs. 3 BGA kann die Bewilligung der Einsicht während laufender Schutzfrist mit Auflagen und Bedingungen verknüpft werden, und es kann insbesondere die Anonymisierung von Personendaten verlangt werden (Ziff. III/3).

6. Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGA ist als Vorbehalt für Vorschriften zu verstehen, die die Einsicht in Akten des Bundesarchivs während laufender Schutzfrist absolut, d. h. unabhängig von einer Interessenabwägung, ausschliessen (Ziff. IV/2).

7. Da sich den Regelungen des Bankgeheimnisses (Art. 47 BankG und den privatrechtlichen Grundlagen) keine Anhaltspunkte für einen generellen, absoluten Vorrang des Bankgeheimnisses gegenüber der Einsichtsregelung nach Archivierungsgesetz entnehmen lassen, ist das Bankgeheimnis nicht als «Vorschrift» im Sinn von Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGA zu betrachten. Es kann daher keinen absoluten, d. h. von einer Abwägung der involvierten Interessen unabhängigen Vorrang vor der Gewährung der Einsicht durch die abliefernde Stelle beanspruchen (Ziff. IV/3).

8. Für die Beurteilung von Gesuchen um Einsicht in Akten, die Angaben über Bankkunden enthalten, ist eine Interessenabwägung nach Art. 13 Abs. 1 Bst. b BGA vorzunehmen (Ziff. IV/4). Aufgrund der allgemeinen Bestimmungen der Bundesverwaltungsrechtspflege ist davon auszugehen, dass im Fall der Gewährung der Einsicht die Beschwerdeberechtigung von Personen bejaht werden kann, die im Rahmen des rechtlichen Gehörs gestützt auf Geheimhaltungsinteressen eine Einsichtsverweigerung verlangt hatten (Ziff. IV/4 am Ende).

9. Art. 180 Abs. 2 BV und Art. 10 RVOG gehen nicht über das hinaus, was die Regelung des Archivierungsgesetzes bzw. des Amtsgeheimnisses zulässt (Ziff. V).

10. Sind die Voraussetzungen für die Haftung des Bundes nach dem Verantwortlichkeitsgesetz erfüllt, so ist die Haftung des Bundes gegeben (Ziff. VI/1). Besondere Fragen wirft namentlich die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit auf (Ziff. VI/3; zur Frage der Haftung für rechtmässig zugefügten Schaden, Ziff. VI/4).

[25] Daniel Bodmer/Beat Kleiner/Benno Lutz et al., Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zürich 2001 (12. Nachlieferung), Art. 47 N. 7 ff.; Maurice Aubert/Pierre-André Béguin/Paolo Bernasconi/Johanna Graziano-von Burg/Renate Schwob/Raphaël Treuillaud, *Le secret bancaire suisse*, 3ème éd., Berne 1995, S. 43 ff.; Bernhard Berger, *Outsourcing vs. Geheimnisschutz im Bankgeschäft*, recht 2000, S. 184 ff. (vgl. insbesondere die Ausführungen zur vertragsunabhängigen Geltung des Bankgeheimnisses als Bestandteil der Persönlichkeitsrechte sowie zur Qualifikation der Schweigepflicht der Bank als gesetzliche Verhaltenspflicht, abgestützt auf Art. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 [ZGB], SR 210). - Vgl. den Hinweis zu den Problemen, die sich aus der persönlichkeitsrechtlichen Anknüpfung ergeben: Urs Zulauf,

- Bankgeheimnis und historische Forschung, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) NF 113 (1994) S. 109 f.
- [26] BGE 124 I 176 ff. E. 4e (nur veröffentlicht in: plädoyer 1999, Heft 1 S. 79); Werner de Capitani, Bankgeheimnis und historische Forschung, Rechtsgutachten, Heft 2 der «Beiträge zur Finanzgeschichte», Zürich 2002, N. 72 (und 26).
- [27] BGE 124 I 176 ff. E. 4e (nur veröffentlicht in: plädoyer 1999, Heft 1 S. 79, mit weiteren Hinweisen); vgl. auch Bodmer/Kleiner/Lutz (Fussnote 1), N. 1.
- [28] Bodmer/Kleiner/Lutz (Fussnote 1), N. 4.
- [29] Bernhard Berger (Fussnote 1), S. 183, 185 ff.; vgl. zu den Unterschieden im Vergleich mit den Berufsgeheimnissen nach Art. 321 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311): Bodmer/Kleiner/Lutz (Fussnote 1), N. 1.
- [30] Christoph Winzeler/Friedrich Beutter, Das Bankkündengeheimnis, Bern 2001; Christoph Winzeler, Banken- und Börsenaufsicht, Aspekte des öffentlichen Bank- und Kapitalmarktrechts in der Schweiz, Basel/Genf/München 2000, S. 66 ff.
- [31] Die bankkundenbezogenen Geheimnisse sind zu unterscheiden von den Geheimnissen, welche die Bank selbst betreffen und die unter die Bestimmungen zum Schutz des Geschäftsgeheimnisses fallen (vgl. namentlich Art. 162 und 273 StGB sowie Art. 4 Bst. c des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], SR 241); vgl. auch Berger (Fussnote 1), S. 183.
- [32] Zulauf (Fussnote 1), S. 113; vgl. auch Bodmer/Kleiner/Lutz (Fussnote 1), N. 97.
- [33] Im Rahmen der Nachlassstundung nach Art. 30 BankG; vgl. Bodmer/Kleiner/Lutz (Fussnote 1), N. 99.
- [34] Im Sinn von Art. 23quater BankG; vgl. Bodmer/Kleiner/Lutz (Fussnote 1), N. 99.
- [35] Aubert/Béguin/Bernasconi/Graziano-von Burg/Schwob/Treuillaud (Fussnote 1), S. 102.
- [36] Vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 13. Mai 1970 über die Revision des Bankengesetzes, BBl 1970 I 1182.
- [37] Bodmer/Kleiner/Lutz (Fussnote 1), N. 97; Zulauf (Fussnote 1), S. 113; differenzierend de Capitani (Fussnote 2), N. 38.
- [38] Ausgeklammert bleibt hier das Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1). Was die Voraussetzungen für die Einsicht während der Schutzfrist betrifft, die hier zur Diskussion stehen, geht das Archivierungsgesetz dem Datenschutzgesetz vor. Im Übrigen wirft das Verhältnis von Archivierungsgesetz und Datenschutzgesetz diverse Fragen auf, vgl. Johannes Theler, Einige Anmerkungen zum neuen Bundesgesetz über die Archivierung, in: Festschrift Louis Carlen zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Niklaus Herzog und Franz Xaver von Weber, Freiburg 1999, S. 163 ff.
- [39] Als Geheimnis im Sinne von Art. 320 StGB gelten «Tatsachen, die relativ unbekannt sind und an deren Geheimhaltung für den Geheimnisherrn ein berechtigtes Interesse besteht, das er gewahrt wissen will» (Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, Straftaten gegen Gemeininteressen, 4., überarbeitete und ergänzte Auflage, Bern 1995, S. 356).
- [40] Vgl. Botschaft vom 21. April 1953 betreffend die Revision des Nationalbankgesetzes, BBl 1953 I 928 f.; Leo Schürmann, Nationalbankgesetz und Ausführungserlasse, Kommentar und Textausgabe, Bern 1980, Art. 58, N. 3.
- [41] Schürmann (Fussnote 16), N. 5.
- [42] Schürmann (Fussnote 16), N. 4.
- [43] Welche Behörde im Fall der Nationalbank zuständig ist, «bedarf allerdings sorgfältiger Prüfung» (Schürmann [Fussnote 16], Art. 58 N. 4). In Frage kommt nach Art. 49 Abs. 2 NBG der Bankausschuss (eine Delegation des Bankrates und Teil der Nationalbankbehörden, vgl. Art. 28 NBG). Das BJ verzichtet allerdings im vorliegenden Rahmen auf eine abschliessende Stellungnahme zur Zuständigkeit.
- [44] Vgl. Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2., neubearbeitete Auflage, Zürich 1997, Art. 320 N. 11.
- [45] Der Verzicht auf die physische Zentralisierung beim Bundesarchiv ist «durch praktische Gründe» und die Fortsetzung der «bewährten Lösung» aus der Zeit vor dem Archivierungsgesetz motiviert, vgl. die Botschaft vom 26. Februar 1997 über das Bundesgesetz über die Archivierung, BBl 1997 II 954.
- [46] Unter Berufung auf die Autonomie der Nationalbank bringt hier Johannes Theler einen Vorbehalt an (vgl. Theler [Fussnote 14], S. 167 ff.).
- [47] Botschaft zum Archivierungsgesetz (Fussnote 21), S. 954.
- [48] Vgl. Botschaft zum Archivierungsgesetz (Fussnote 21), S. 942.
- [49] Botschaft zum Archivierungsgesetz (Fussnote 21), S. 944, 952 f.
- [50] Theler (Fussnote 14), S. 165 f.
- [51] Vgl. Ausführungen zu Frage II.
- [52] Bodmer/Kleiner/Lutz (Fussnote 1), N. 99 am Ende; Zulauf (Fussnote 1), S. 114 f.; de Capitani (Fussnote 2), N. 73.
- [53] Bodmer/Kleiner/Lutz (Fussnote 1), N. 25 ff.; Aubert/Béguin/Bernasconi/Graziano-von Burg/Schwob/Treuillaud (Fussnote 1), S. 121 ff.; vgl. auch den Entscheid des Bundesrates vom 24. Juni 1987 betreffend den im Bundesarchiv aufbewahrten und heute öffentlich zugänglichen Bericht Rees (VPB 51.60), wo der Bundesrat ausdrücklich auf die Möglichkeit der Rechtshilfe hinwies.
- [54] Art. 1 StGB.
- [55] Die Nationalbank ist zugleich abliefernde und archivierende Stelle (vgl. oben Ziff. II/3). Im Rahmen der vorliegenden Stellungnahme wird offen gelassen, ob das Bundesarchiv auch im Fall von Gesuchen um Einsichtnahme in Akten der Nationalbank Antrag nach Art. 13 Abs. 1 BGA stellt.
- [56] Soweit ersichtlich, existieren weder Literatur noch Praxis zu dieser Frage.
- [57] Art. 7 Abs. 3 des Bundesbeschlusses vom 9. Oktober 1992 über die Einsicht in Akten der Bundesanwaltschaft lautet: «Die ausgeschiedenen Akten werden dem Bundesarchiv überwiesen. Sie stehen der Verwaltung nicht mehr zur Einsicht offen und bleiben während 50 Jahren für jede Einsichtnahme gesperrt» (AS 1993 375 ff.; bis 2002 auch in der SR unter der Nummer 172.213.54).
- [58] Vgl. das Protokoll der Staatspolitischen Kommission des Ständerates betreffend die Beratung des Archivierungsgesetzes vom 11./12. August 1997, S. 7 f. sowie im Anhang dazu den Zusatzbericht vom 9. Juli 1997 des Bundesarchivs.
- [59] Nachdem diese Sperrfrist entgegen der ursprünglichen Absicht aus Versehen nicht in die Bundesgesetzgebung über die innere Sicherheit aufgenommen worden war, wurde sie in modifizierter Form (bezogen auf den Ausschluss der Einsichtnahme «durch die Verwaltung») als Art. 26 Abs. 2 in das Archivierungsgesetz selbst eingefügt. Der Ausschluss der Einsicht in die Staatsschutzakten nach Art. 26 Abs. 2 BGA geht damit als Spezialnorm innerhalb desselben Gesetzes der allgemeinen Regelung der Einsicht nach Art. 13 BGA vor. Den generellen Vorbehalt in Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGA braucht es für die Regelung des Verhältnisses dieser beiden Normen zueinander nicht.
- [60] Vgl. Art. 64, Art. 71 Abs. 2, Art. 87 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (BPR, SR 161.1).
- [61] Die Einsichtnahme nach Art. 13 Abs. 1 BGA fällt zwar als Kann-Vorschrift mangels Pflichtcharakters wohl nicht unter den Vorbehalt von Art. 47 Ziff. 4 BankG. Daraus darf indessen nicht quasi e contrario geschlossen werden, die Einsichtnahme nach Art. 13 Abs. 1 BGA sei dem Bankgeheimnis nicht vorbehalten und daher unzulässig. Da die Einsichtsgewährung im Rahmen von Art. 13 Abs. 1 BGA nämlich schon von vornherein nicht unter den Tatbestand von Art. 47 Ziff. 1 BankG fällt, kann sie auch gar nicht von einem Vorbehalt diesem Tatbestand gegenüber erfasst werden.
- [62] Botschaft des Bundesrates vom 13. Mai 1970 über die Revision des Bankengesetzes, BBl 1970 I 1183.
- [63] Vgl. oben Ausführungen zu Frage III/1.
- [64] BGE 115 Ib 83 E. 4b; bemerkenswert, wie das Bundesgericht weiterfährt: «Vielmehr handelt es sich um eine gesetzliche

Norm, die gegebenenfalls gegenüber staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz zurückzutreten hat [...] Art. 1 Abs. 2 IRSG gebietet den Behörden, welche das Gesetz anzuwenden haben,

der Sicherheit, der öffentlichen Ordnung oder anderen wesentlichen Interessen der Schweiz Rechnung zu tragen> [...] wird es sich nie um wesentliche Interessen der Schweiz handeln, wenn die Rechtshilfe nur dazu führt, eine Auskunft nur über die Bankbeziehungen einiger weniger in- und ausländischer Kunden zu erteilen [...]».

[65] Die Interessenabwägung steht insbesondere auch im Einklang mit der persönlichkeitsrechtlichen Seite des Bankgeheimnisses. Nach Art. 28 Abs. 2 ZGB können Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte u. a. aufgrund überwiegender öffentlicher oder privater Interessen gerechtfertigt sein.

[66] Vgl. dazu Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, Basel/Frankfurt a.M., 1996, zu Art. 28, N. 52 ff.; Rolf H. Weber, Information und Schutz Privater, ZSR 118 (1999), 2. Halbband, S. 77 ff.

[67] Bei Einsicht in Akten, die eine Vielzahl von Bankkunden betreffen, kann auch die gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Bankgeheimnisses bzw. die Beeinträchtigung des Bankgeheimnisses als Institution in die Waagschale geworfen werden, vgl. de Capitani (Fussnote 2), N. 22, 72; Berger (Fussnote 1), S. 185 f. Neben dem Bankgeheimnis im Sinn des Bankkundengeheimnisses können hier auch Interessen an der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen, soweit solche berührt sind, in Rechnung gestellt werden.

[68] Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Regina Kiener, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2000, S. 147 ff.

[69] Ziff. II/3 am Ende.

[70] Ziff. IV/1.

[71] Vgl. namentlich die Art. 6 und 48 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021).

[72] Vgl. oben Ziff. IV/3, 4.

[73] Vgl. Ziff. II/2b.

[74] Vgl. Tschannen/Zimmerli/Kiener (Fussnote 44), S. 395 ff.

[75] Vgl. Art. 6 Abs. 1 Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1); vgl. auch Botschaft des Bundesrates vom 14. Dezember 1998 zum Bundespersonalgesetz, BBl 1999 1609.

[76] Art. 59 NBG; differenzierend für die rechtsgeschäftlichen (nicht hoheitlichen) Aktivitäten der Nationalbank: Schürmann (Fussnote 16), zu Art. 59, N. 4. Vgl. im Übrigen Art. 19 VG (primär direkte Haftung der «mit öffentlichrechtlichen Aufgaben des Bundes betrauten und ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehenden Organisation» selbst; ergänzend Haftung des Bundes, «soweit die Organisation die geschuldete Entschädigung nicht zu leisten vermag»).

[77] Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. vollständig überarbeitete Auflage, Zürich/Basel/Genf 2002, N. 2250; Jost Gross, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Stand und Entwicklungstendenzen, 2. überarbeitete Auflage, Bern 2001, S. 175 ff.

[78] Häfelin/Müller (Fussnote 53), N. 2250.

[79] Gross (Fussnote 53), S. 165 f., 185 ff.

[83] Vgl. Häfelin/Müller (Fussnote 53), N. 2292 ff.; Gross (Fussnote 53), S. 188 ff.

[84] Tschannen/Zimmerli/Kiener (Fussnote 44), S. 407.

Dokumente des BJ