Vorwort

Die Finanzkrise hat weltweit eine Regulierungswelle von bislang beispiellosem Umfang ausgelöst, deren Ende erst in Umrissen absehbar wird. Im Zentrum der Regulierungsbestrebungen standen zunächst die prudentiellen Regulierungsziele der finanziellen Solidität der einzelnen Bankinstitute und der Systemstabilität. Sehr bald aber rückten weitere Regulierungsziele in den Fokus, namentlich die kundengerechte Erbringung von Finanzdienstleistungen und die Sicherstellung des Einzugs von Steuergeldern. In beiden Fällen geht es um Verhaltensregeln: Um das Geschäftsverhalten von Finanzdienstleistern auf dem kundenbezogenen Finanzdienstleistungsmarkt einerseits, und um das steuerkonforme Verhalten von Bürgerinnen und Bürgern gegenüber ihrer jeweiligen Steuerbehörde andererseits. Die schweizerische Bankrechtstagung 2015 war dieser neuen Bankenrealität gewidmet, wobei die Vorträge über das steuerkonforme Verhalten der Kunden den Anfang bildeten.

MARTIN LANZ untersucht die Verantwortlichkeit von Bankkunden gegenüber der Bank für den nicht konformen Steuerstatus der eingebrachten Vermögenswerte. Dabei geht es auch um die Frage, welche Informationspflichten den Kunden treffen und ob die Banken die Bussen und Kosten der US-Verfahren auf die Kunden abwälzen können. SUSAN EMMENEGGER und RAHEL GOOD unternehmen den Versuch, die möglichen Einwirkungen der ausländischen Steuerregulierung auf das Bank/Kundenverhältnis dogmatisch zu erfassen. Sie kommen zum Schluss, dass bankseitige Transferbeschränkungen im Hinblick auf die Vermeidung einer Strafbarkeit im Ausland unter der *clausula rebus sic stantibus* zu beurteilen sind. FLAVIO ROMERIO und KATRIN IVELL widmen sich dem praktisch bedeutsamen Risiko der Banken beim Umgang mit un versteuerten Guthaben, wenn die Kunden von der Bank eine Barauszahlung verlangen. Im Kern geht es dabei um die Frage, wie der Konflikt zwischen der Barauszahlungspflicht und dem Strafbarkeitsrisiko rechtlich bewältigt werden kann. Die Autoren sehen in der Sittenwidrigkeit, in der *clausula*-Regel und in Art. 19 IPRG mögliche Lösungsansätze. DAN SIBEARS leitet mit seinem Beitrag über den Umgang mit Conduct Rules aus US-amerikanischer Sicht den zweiten Teil der Tagung ein, bei dem das Wort den ausländischen Aufsichtsbehörden gehört. Im Ergebnis verfügt die US-amerikanische FINRA als Selbstregulierungsorganisation über weitreichende Regulierungs- und Enforcementinstrumentarien. BIRGIT PUCK zeigt uns eindrücklich, wie die Überwachung und

Durchsetzung von Verhaltensregeln in Österreich ausgestaltet ist. Das ist aus schweizerischer Sicht besonders wichtig, weil wir eine EU-äquivalente Lösung anstreben. Allerdings zeigt sich, dass wir diesbezüglich noch einen substantiellen Nachholbedarf aufweisen, insbesondere auch, was die Anforderungen an die Compliance-Funktion angeht. Abschliessend erläutert der Beitrag von JAMIE SYMINGTON die Rechtslage im Vereinigten Königreich. Auch hier zeigt sich, dass die Financial Conduct Authority über sehr viel weitreichendere Kompetenzen verfügt als die schweizerische FINMA. Angemerkt sei allerdings, dass in der anschliessenden Panel-Diskussion seitens der FINMA betont wurde, dass sie eine Kompetenzerweiterung nicht anstrebe.

Den Referentinnen und Referenten sei an dieser Stelle herzlich gedankt für ihre Bereitschaft, am Dialog zwischen Politik und Recht sowie zwischen Wissenschaft und Praxis mitzuwirken. Dank gebührt weiter dem Team des Instituts für Bankrecht für die Organisation dieser Tagung. Ich konnte mich in jeder Phase voll und ganz auf Euch verlassen – herzlichen Dank für den tollen und erfolgreichen Einsatz! Besonderen Dank gebührt Frau MLaw MIRJAM FRITSCHI und Herrn stud. iur. CLAUDIU ANTAL für die Federführung bei der Organisation der Tagung. Danken möchte ich weiter Herrn BLaw SEMIR HERMIDAS, der für die Erstellung des Tagungsbandes verantwortlich zeichnet.

Bern, im Juli 2015

Susan Emmenegger

Inhaltsübersicht

Verantwortlichkeit der Kunden gegenüber der Bank für steuerkonformes Verhalten	1
DR. MARTIN LANZ Rechtsanwalt, Schellenberg Wittmer AG, Zürich	
Der Einfluss ausländischer (Steuer-)Regulierung auf die Bank/ Kunden-Beziehung: Welche Rechte haben Abschleicher?.....	33
PROF. DR. SUSAN EMMENEGGER Professorin an der Universität Bern	
RAHEL GOOD Rechtsanwältin, Doktorandin an der Universität Bern	
Barauszahlungen bei Verdacht auf Steuerdelikte.....	141
KATRIN IVELL, M.A., LL.M. Rechtsanwältin, Homburger AG, Zürich	
DR. FLAVIO ROMERIO, LL.M. Rechtsanwalt, Homburger AG, Zürich	
Rules of Conduct.....	179
DANIEL M. SIBEARS Executive Vice President, Regulatory Operations, Offices of Shared Services, Financial Industry Regulatory Authority (FINRA), Washington	
Überwachung und Durchsetzung von Verhaltensregeln in Österreich	187
DR. BIRGIT PUCK, LL.M. Abteilungsleiterin Verfahren, Finanzmarktaufsicht (FMA), Wien	
UK Financial Conduct Authority	205
JAMIE SYMINGTON Director of Investigations, Enforcement and Financial Crime Division, Financial Conduct Authority (FCA), London	

Verantwortlichkeit der Kunden gegenüber der Bank für steuerkonformes Verhalten

Dr. Martin Lanz, Zürich*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	2
II.	Ausgangslage.....	3
III.	Vertragliche Verantwortlichkeit des Kunden.....	3
1.	Massgebendes Rechtsverhältnis.....	3
2.	Nebenflichten des Bankkunden.....	4
3.	Vertragliche Anspruchsgrundlagen.....	6
a)	Ansprüche aus Art. 402 Abs. 1 OR.....	6
aa)	Allgemeines.....	6
bb)	Art. 402 Abs. 1 als Anspruchsgrundlage für Ersatz von Bussen?.....	7
b)	Ansprüche aus Art. 402 Abs. 2 OR.....	8
aa)	Allgemeines.....	8
bb)	Art. 402 Abs. 2 OR als Anspruchsgrundlage für Ersatz von Bussen?.....	9
IV.	Ausservertragliche Anspruchsgrundlagen.....	10
1.	Schaden, Kausalität und Verschulden.....	10
2.	Widerrechtlichkeit.....	11
a)	Allgemeines.....	11
b)	Betrug nach Art. 146 Abs. 1 StGB.....	11
aa)	Voraussetzungen.....	11
bb)	Subsumption.....	12

* Rechtsanwalt, Partner und Leiter der Banking und Finance Fachgruppe bei Schellenberg Wittmer AG in Zürich. Herrn Fabio Elsener, MLaw, LL.M. gebührt herzlichen Dank für die grossartige Unterstützung.

c)	Arglistige Vermögensschädigung nach Art. 151 StGB.....	14
d)	Falschbeurkundung nach Art. 251 Ziff. 1 StGB.....	14
aa)	Allgemeines.....	14
bb)	Subsumption.....	15
V.	Ersatzfähigkeit von Bussgeldern.....	16
1.	Schranken der Ersatzfähigkeit.....	17
a)	Pönale Natur von Bussen.....	17
b)	Ausgleichsfunktion der Einziehung von Vermögenswerten.....	18
2.	Abwälzbarkeit von Bussen.....	19
a)	Wann kann eine Busse ersatzfähig sein.....	19
b)	Abwälzbarkeit von Zahlungen unter dem US-Programm.....	20
aa)	Kategorisierungen unter dem US-Programm.....	20
bb)	Qualifikation von Zahlungen unter dem US-Programm.....	20
cc)	Fazit.....	22
VI.	Praktische Relevanz der Überwälzung auf Kunden.....	22
VII.	Umgang der Banken mit der Steuerkonformität von Bankkunden	24
1.	Abklärung der Steuerkonformität	24
2.	Vertragliche Bestimmungen zur Steuerkonformität	24
VIII.	Zukünftige Pflichten von Banken betreffend Steuerkonformität ihrer Kunden.....	25
1.	Übersicht.....	25
2.	Entwurf des Finanzinstitutsgesetzes.....	26
3.	Umsetzung der 2012 revidierten GAFI-Empfehlungen.....	27
4.	Automatischer Informationsaustausch.....	27
	Literaturverzeichnis.....	29
	Materialien.....	30

I. Einleitung

In den vergangenen Jahren machten hohe Geldbussen Schlagzeilen, die Schweizer Banken von ausländischen Behörden für die Annahme und Verwaltung unversteuerter Vermögenswerte auferlegt wurden. Allen voran ist das "Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks" (nachfolgend "US-Programm") des US-Justizdepartements zu

nennen.¹ Schweizer Banken können durch die Teilnahme am US-Programm ein Strafverfahren betreffend unversteuerte US-Gelder vermeiden, müssen aber nebst der Zahlung von hohen Beträgen (Bussen) diverse andere Auflagen und Einschränkungen in Kauf nehmen.

Der vorliegende Beitrag untersucht die Verantwortlichkeit von Bankkunden gegenüber der Bank und insbesondere, ob Kunden für solche Bussen haftbar gemacht werden können. Hierzu wird zunächst die Ausgangslage erörtert, auf der dieser Beitrag aufbaut (II). Anschliessend wird auf die vertragliche (III) und ausservertragliche Verantwortlichkeit (IV) von Bankkunden und die Schwierigkeiten bei der Überwälzung von Bussen (V) eingegangen. Weiter wird die praktische Relevanz dieser Überlegungen (VI) und der Umgang der Banken mit der Steuerkonformität von Kunden (VII) skizziert. Abschliessend werden die künftigen Sorgfaltspflichten von Banken betr. Steuerkonformität (VIII) diskutiert, die in verschiedenen Gesetzesprojekten vorgesehen sind.

II. Ausgangslage

Ausgangslage für diesen Beitrag ist eine "übliche" Geschäftsbeziehung zwischen einem Kunden und einer Bank. Vorliegend wird davon ausgegangen, dass diese mindestens aus einem Vermögensverwaltungs- sowie Konto- und Depotvertrag besteht. Die von der Bank verwalteten Vermögenswerte sind nicht steuerkonform und der Bank wird wegen der Verwaltung unversteuerter Vermögenswerte eine Busse auferlegt.

III. Vertragliche Verantwortlichkeit des Kunden

1. Massgebendes Rechtsverhältnis

Typischerweise erbringt eine Bank eine Vielzahl von Leistungen, denen gemäss h.L. jeweils einzelne Verträge zugrunde liegen.² Zunächst ist daher das für eine Rechtsbeziehung zwischen einem Kunden und einer Bank massgebende Rechtsverhältnis festzustellen, welches Grundlage für die vertragliche Verantwortlichkeit von Bankkunden bildet.

¹ Das US-Justizdepartement unterzeichnete am 29. August 2013 mit dem Eidgenössischen Finanzdepartement ein Joint Statement betreffend das US-Programm.

² Für eine Übersicht über die verschiedenen Einzelverträge vgl. ABEGG/GEISSBÜHLER/HÄFELI, S. 103 ff.

Für Konto- und Vermögensverwaltungsverträge ist in erster Linie das Auftragsrecht gemäss Art. 394 ff. OR massgebend. Auf Depotverträge sind neben den Bestimmungen des Auftragsrechts auch diejenigen des Hinterlegungsvertrags von Bedeutung. Da Art. 473 OR betreffend die Pflichten des Hinterlegers denjenigen des Auftragsrechts gemäss Art. 402 OR nachgebildet ist,³ beschränken sich die nachstehenden Ausführungen auf die Verantwortlichkeit des Auftraggebers. Diese umfasst den Auslagen- und Verwendungsersatz nach Art. 402 Abs. 1 OR, die Schadensersatzpflicht gemäss Art. 402 Abs. 2 OR und die Nebenpflichten des Auftraggebers. Diese werden nachfolgend vorab erläutert.

2. Nebenpflichten des Bankkunden

Bankkunden treffen als Auftraggeber Nebenpflichten, welche nicht spezifisch im Auftragsrecht erwähnt werden. Sie ergeben sich aus dem Vertrauensprinzip und dem Grundsatz von Treu und Glauben.⁴ Nachfolgend soll die Frage geklärt werden, ob im Zusammenhang mit der Steuerkonformität von Vermögenswerten für Bankkunden Nebenpflichten bestehen.

Nebenpflichten umfassen typologisch Informations- und Aufklärungspflichten, Verschaffungspflichten und Mitwirkungspflichten sowie Obhuts- und Schutzpflichten. Vorliegend sind in erster Linie Schutzpflichten relevant.

Aufgrund von Schutzpflichten haben die Parteien gegenseitig die Rechtsgüter der anderen Partei zu schützen und vor Schäden zu bewahren.⁵ Bei einem bezahlten Berufsbeauftragten ist grundsätzlich davon auszugehen, dass er die Gefahren besser kennt als der Auftraggeber und daher selber entsprechende Schutzvorkehrungen treffen kann. Eine Schutzpflicht des Auftraggebers ist hingegen in Fällen anzunehmen, in denen die Auftragsausführung mit besonderen Gefahren verbunden ist, die dem Auftraggeber bekannt, aber für den Beauftragten nicht oder nur schwer erkennbar sind. Bankkunden trifft somit grundsätzlich eine Pflicht, die Bank als Beauftragte soweit zumutbar vor Schaden zu schützen, wobei der Umfang der Schutzpflicht von den konkreten Umständen abhängt. Insbesondere zu berück-

³ KOLLER, Basler Kommentar, N 1 zu Art. 473 OR.

⁴ Statt vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rz. 2641.

⁵ FELLMANN, Berner Kommentar, N 153 ff. zu Art. 402 OR; SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2006, S. 77 f.

sichtigen ist, ob die Bank das Risiko kannte oder kennen musste und sich somit selber davor schützen konnte.

Wichtig erscheint mir in diesem Zusammenhang das sich in den letzten Jahren gewandelte Verständnis von Kunden und Banken betreffend unversteuerter Vermögenswerte. Bis vor einigen Jahren betrieben diverse Banken das Vermögensverwaltungsgeschäft auch mit unversteuerten Vermögenswerten; entsprechende Bankkunden durften daher grundsätzlich davon ausgehen, dass die Bank die damit verbundenen Risiken, soweit die Bank dieses Geschäft überhaupt als risikobehaftet ansah, akzeptierte. Spätestens seit dem Entscheid der FINMA, wonach Risiken aufgrund ausländischer Steuergesetzgebung im Rahmen des Risiko-Managements zu berücksichtigen sind,⁶ der Weissgeldstrategie des Bundesrates⁷ und der Verhängung von Milliardenbussen für Banken ist jedoch davon auszugehen, dass die Annahme unversteuerter Vermögenswerte durch Banken mit grösseren und allenfalls nicht mehr tragbaren Risiken für Banken verbunden ist.

Der Steuerstatus von Vermögenswerten bzw. deren Nichtdeklaration ist i.d.R. nur dem Bankkunden selbst bekannt und für die Bank nicht *per se* erkennbar. Gleichzeitig bestehen, zumindest *de lege lata*, nicht spezifische gesetzliche Abklärungspflichten von Banken betreffend den Steuerstatus von Bankkunden, lässt man die soeben erwähnten Aspekte des Risiko-Managements ausser Betracht.⁸

Davon ausgehend, dass heute allgemein bekannt ist, dass die Verwaltung unversteuerter Vermögenswerte mit Sanktionen bedroht ist und die Banken daher Risiken aussetzt, trifft den Bankkunden eine (Neben-)Pflicht, die Bank proaktiv über seinen Steuerstatus zu informieren, um sie vor Risiken zu bewahren. Diese Informationspflicht hat m.E. insbesondere in Situationen uneingeschränkt zu gelten, in denen sich eine Steuerpflicht im Ausland aus naheliegenden Umständen wie Wohnsitz, Staatsangehörigkeit oder Aufenthaltsbewilligungen etc. ergibt und dem Bankkunden bekannt sein muss. Ergibt sich ein Steuerstatus hingegen aus nicht naheliegenden Umständen, beispielsweise aus der wirtschaftlichen Berechtigung oder Kontrolle oder aus Escrow-Verhältnissen, ist eine uneingeschränkte Infor-

⁶ FINMA-Verfügung vom 21. Dezember 2008, FINMA-Bulletin 1/2010, S. 76 ff., insb. Rz. 85.

⁷ Vgl. Bundesrat, Bericht zur Finanzmarktpolitik des Bundes, S. 30 ff.

⁸ Vgl. unten VIII. zu den geplanten neuen Sorgfaltspflichten von Banken betreffend Steuerkonformität.

mationspflicht fraglich bzw. nur soweit gegeben, als dem Kunde die Steuerpflicht bewusst war oder sein musste.

Eine proaktive Aufklärungspflicht des Kunden ist nicht relevant, soweit die Bank selbst entsprechende Auskünfte verlangt, beispielsweise betreffend die Steuerpflicht in den USA durch US-Person Formulare. Diesbezügliche Falschdeklarationen des Kunden stellen eine Pflichtverletzung dar und sind unter Umständen strafrechtlich relevant.

3. Vertragliche Anspruchsgrundlagen

a) Ansprüche aus Art. 402 Abs. 1 OR

aa) Allgemeines

Die Auslagen- und Verwendungsersatzpflicht des Auftraggebers folgt aus dem Grundsatz, wonach der Beauftragte für seine Tätigkeiten im Interesse des Auftraggebers keine Vermögenseinbussen erleiden soll. Da der Beauftragte dabei immer auf Rechnung des Auftraggebers handelt, hat dieser ihm die Auslagen und Verwendungen zu ersetzen und ihn von eingegangenen Verpflichtungen zu befreien.⁹ Im Rahmen von entgeltlichen Aufträgen besteht eine Auslagen- und Verwendungsersatzpflicht, soweit die entsprechenden Aufwendungen nicht mit dem Honorar abgegolten sind.

Ein Anspruch auf Ersatz besteht, wenn die Auslagen und Verwendungen für die Ausführung eines konkreten Auftrags objektiv erforderlich und geeignet waren. Aufgrund der Entstehungsgeschichte der Norm ist entgegen dem Wortlaut von Art. 402 Abs. 1 OR eine "richtige Ausführung des Auftrags" keine Voraussetzung für den Auslagen- und Verwendungsersatz,¹⁰ jedoch kann eine unrichtige Auftragsbefolgung Schadenersatzpflichten des Beauftragten nach sich ziehen.

Die Abgrenzung zwischen Auslage und Verwendung ist nicht klar. Gemäss FELLMANN handelt es sich bei der Auslage um einen Geldaufwand des Beauftragten, während Verwendungen den Verbrauch von Sachen erfassen.¹¹ Gemeinsames Merkmal von Auslagen und Verwendungen ist, dass sie Vermögenverringerungen darstellen, die der Beauftragte in Ausführung des Auftrags freiwillig erbringt. Nicht ersatzfähig sind sog. Generalunkosten; darunter fallen Kosten, die nicht in Ausführung eines konkreten

⁹ Statt vieler FELLMANN, Berner Kommentar, N 10 zu Art. 402 OR.

¹⁰ FELLMANN, Berner Kommentar, N 37 f. zu Art. 402 OR.

¹¹ FELLMANN, Berner Kommentar, N 14 ff. zu Art. 402 OR.

Auftrags entstanden sind, beispielsweise Kosten aus der Bereitstellung der Infrastruktur.

Schäden können i.d.R. nicht als Auslagen oder Verwendungen qualifiziert werden, da sie keine freiwilligen Leistungen darstellen. Stattdessen sind sie verschuldensabhängig unter den Voraussetzungen von Art. 402 Abs. 2 OR zu ersetzen. Als Ausnahme hiervon hat das Bundesgericht in einem älteren Entscheid Schäden dann als Verwendungen im Sinne von Art. 402 Abs. 1 OR qualifiziert, wenn eine Sache im Interesse des Auftraggebers bewusst einer Gefahr ausgesetzt wurde und sich dieses Risiko realisierte.¹² Nach FELLMANN ist diese Ausnahme enger zu fassen und nur dann zu gewähren, wenn die Ausführung eines Auftrags im Interesse des Auftraggebers notwendigerweise mit besonderen, nur dem Ausführenden drohenden und nicht zu umgehenden Risiken verbunden ist.¹³ Ergeben sich aus solchen Risiken Verluste, sollen sie demzufolge verschuldensunabhängig als Verwendung gemäss Art. 402 Abs. 1 OR ersetzbar sein.

bb) Art. 402 Abs. 1 als Anspruchsgrundlage für Ersatz von Bussen?

Die Bezahlung von Bussen, die Banken für die Verwaltung unversteuerter Vermögenswerte von ausländischen Behörden auferlegt werden, stellen keine freiwilligen Vermögensverringerungen, sondern Schäden dar.

Dies gilt zunächst für "Bussen", die im Rahmen eines Vergleichs oder beispielsweise des US-Programms geleistet werden: Solche Zahlungen erfolgen unter massivem Druck und ausgesprochener oder nicht ausgesprochener Androhung von Nachteilen sowie aufgrund einer Interessenabwägung, vor allem vor dem Hintergrund eines kostspieligen Verfahrens und einer künftigen Busse oder anderweitiger Nachteile. Solche Interessenabwägungen stehen typischerweise nicht im Zusammenhang mit einer konkreten Auftragserfüllung, sondern mit der Geschäftstätigkeit der Bank mit unversteuerten Vermögenswerten an sich, so dass die Voraussetzungen einer Auslagen- und Verwendungsersatzpflicht nicht gegeben sind.

Das Gleiche hat für Bussen zu gelten, die im Rahmen eines aufsichts- oder strafrechtlichen Verfahrens durch eine Verfügung oder ein Urteil auferlegt werden. Die Bank als Adressatin wird auch in solchen Fällen i.d.R. nicht aufgrund eines konkreten Auftrags, sondern aufgrund ihrer Geschäftstätigkeit mit unversteuerten Vermögenswerten im Allgemeinen gebüsst. Aus diesem Grund erscheint auch eine ausnahmsweise Qualifikation eines

¹² BGE 59 II 256, E. 6.

¹³ FELLMANN, Berner Kommentar, N 24 zu Art. 402 OR.

Schadens als Verwendung nicht einschlägig: Das Risiko, aufgrund dessen ein solcher Schaden entstanden ist, ergibt sich i.d.R. nicht aufgrund der Ausführung eines konkreten Auftrags, sondern hängt mit der Geschäftstätigkeit der Bank allgemein, beispielsweise deren früheren Geschäftspraktiken, zusammen.

Folglich ist Art. 402 Abs. 1 OR i.d.R. keine geeignete Anspruchsgrundlage für den Ersatz von Bussen, da keine Verwendung oder Auslage vorliegt und die Busszahlung nicht in Ausführung eines konkreten Auftrags ergangen ist.

b) Ansprüche aus Art. 402 Abs. 2 OR

aa) Allgemeines

Art. 402 Abs. 2 OR regelt die Ersatzpflicht des Auftraggebers für unfreiwillige Vermögensminderungen des Beauftragten, d.h. den Ersatz von Schäden, die aus einer mit der Auftragsausführung verbundenen Gefahr herrühren. Bei einem entgeltlichen Auftrag knüpft die Schadenersatzpflicht des Auftraggebers gleich wie Art. 97 OR an folgende Voraussetzungen an:¹⁴

- *Schaden*: Es ist nach h.L. an den Schadensbegriff aus Art. 97 OR anzuknüpfen. Demnach ist ein Schaden eine ungewollte Vermögensminderung in Form einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in Form von entgangenem Gewinn.
- *Vertragsverletzung*: Die Haftung des Auftraggebers beschränkt sich auf Schäden, die auf eine Verletzung seiner vertraglichen Pflichten zurückzuführen sind. Eine Vertragsverletzung kann auch durch die Missachtung von ungeschriebenen Nebenpflichten erfolgen.
- *Kausalzusammenhang*: Zwischen der Vertragsverletzung des Auftraggebers und dem Schaden des Beauftragten muss ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang bestehen.
- *Verschulden*: Aufgrund der gesetzlichen Beweislastumkehr hat der Auftraggeber darzulegen, dass ihn an der Pflichtverletzung kein Verschulden trifft, wobei ein objektivierter Verschuldensmassstab zur Anwendung gelangt. Der Entlastungsbeweis misslingt schon beim geringsten Verschulden. Ein Mitverschulden des Beauftragten ist

¹⁴ FELLMANN, Berner Kommentar, N 143 ff. zu Art. 402 OR.

allerdings gegen dasjenige des Auftraggebers abzuwägen und bei der Schadensbemessung zu berücksichtigen.¹⁵

Die Schadenersatzpflicht aus Art. 402 Abs. 2 OR ist dispositiver Natur und kann innerhalb der Schranken aus Art. 100 OR abgeändert werden.¹⁶ Neben einer Ausdehnung auf Zufallsschäden, bei welchen i.d.R. dem Auftraggeber der Exkulpationsbeweis gelingt, ist auch eine Einschränkung der Haftung bei leichtfahrlässigen Pflichtverletzungen denkbar. Weiter kann die Haftung für Hilfspersonen im Rahmen von Art. 101 beschränkt oder sogar gänzlich aufgehoben werden.

bb) Art. 402 Abs. 2 OR als Anspruchsgrundlage für Ersatz von Bussen?

Eine der Bank auferlegte Busse ist eine unfreiwillige Vermögensminderung und kann einen Schaden im Sinne von Art. 402 Abs. 2 darstellen, sofern sie als ersatzfähiger Schaden qualifiziert.¹⁷

Als Vertragsverletzung des Bankkunden kommt jede Vertragsverletzung in Betracht, insbesondere die Nebenpflicht, die Bank betreffend seinen Steuerstatus zu informieren. Weiter kommt eine Vertragsverletzung aufgrund einer Falschdeklaration des Bankkunden gegenüber der Bank betreffend den Steuerstatus in Betracht.

Im Rahmen des natürlichen Kausalzusammenhangs ist zu untersuchen, ob die Verletzung der Informationspflicht des Bankkunden betreffend Steuerstatus oder eine Falschdeklaration des Kunden zur Busse bzw. zu einer höheren Busse geführt hat. Der adäquate Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn das pflichtwidrige Unterlassen des Bankkunden, die Bank betreffend die nichtdeklarierten Vermögenswerte zu informieren, oder die Falschdeklaration nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, eine Busse herbeizuführen bzw. den Bussenbetrag zu erhöhen. Sowohl ein natürlicher als auch ein adäquater Kausalzusammenhang dürfte in denjenigen Situationen gegeben sein, in denen die Bank darlegen kann, dass sie die nichtdeklarierten Vermögenswerte abgestossen oder nicht angenommen hätte, wäre sie pflichtgemäss informiert worden und entsprechend kein Grund für die Busse bestanden hätte oder die Busse geringer ausgefallen wäre.

¹⁵ WEBER, Basler Kommentar, N 13 zu Art. 402 OR; FELLMANN, Berner Kommentar, N 164 zu Art. 402 OR.

¹⁶ FELLMANN, Berner Kommentar, N 175 zu Art. 402 OR.

¹⁷ Vgl. unten V.

Das Verschulden des Bankkunden wird vermutet. Er kann sich entlasten, wenn er nachweist, dass die Pflichtverletzung aufgrund von Zufall oder eines nicht ihm zurechenbaren Drittverschuldens verursacht wurde.¹⁸ Ein Mitverschulden der Bank dürfte insbesondere dann vorliegen, wenn die Bank wusste oder aufgrund vorliegender Indizien annehmen musste, dass die verwalteten Vermögenswerte nicht steuerkonform sind und trotz dieses Wissens keine weiteren Massnahmen ergriffen wurden.¹⁹

Das Vorliegen der Voraussetzungen für einen Haftungsanspruch der Bank gegenüber dem Bankkunden aus Art. 402 Abs. 2 OR ist von den Umständen des Einzelfalls abhängig. Der Kunde haftet grundsätzlich für die Verletzung der Informationspflicht betreffend Steuerstatus oder eine diesbezügliche Falschdeklaration. Ein Mitverschulden der Bank ist bei der Schadensbemessung zu berücksichtigen. Dieses dürfte gänzlich fehlen, wenn die Bank dartun kann, dass sie die Vermögenswerte bei Kenntnis des Steuerstatus nicht angenommen oder abgestossen hätte. Somit stellt Art. 402 Abs. 2 OR grundsätzlich eine taugliche Anspruchsgrundlage für den Ersatz von Bussen dar.

IV. Ausservertragliche Anspruchsgrundlagen

Nebst vertraglichen stehen einer Bank allenfalls ausservertragliche Haftungsansprüche aus Art. 41 OR gegenüber ihren Kunden zur Verfügung. Ausservertragliche Ansprüche setzen einen Schaden, ein widerrechtliches Verhalten, Kausalität und Verschulden voraus.

1. Schaden, Kausalität und Verschulden

Betreffend den Schadensbegriff und den Kausalzusammenhang wird auf die Ausführungen oben in III.3.b)aa) verwiesen.

Das Verschulden bemisst sich – gleich wie bei Haftungsansprüchen nach Art. 402 Abs. 2 OR – nach einem objektiven Massstab und auch ein leichtfahrlässiges Verhalten ist für eine Haftung ausreichend.²⁰ Es besteht jedoch –

¹⁸ WIEGAND, Basler Kommentar, N 42 zu Art. 97 OR.

¹⁹ Als Massnahmen kommen beispielsweise Abklärungen betreffend die Steuerkonformität oder die Aufforderung an den Kunden in Frage, einen Nachweis der Regulierung bzw. der korrekten Versteuerung der Gelder vorzulegen.

²⁰ HEIERLI/SCHNYDER, Basler Kommentar, N 45 ff. zu Art. 41 OR.

anders als in Art. 402 Abs. 2 OR – keine Beweislastumkehr, so dass das Verschulden vom Geschädigten darzulegen ist.

2. Widerrechtlichkeit

a) Allgemeines

Ein schadensbegründendes Verhalten ist dann widerrechtlich, wenn es eine allgemeine gesetzliche Pflicht verletzt, indem entweder in ein absolut geschütztes Rechtsgut des Geschädigten eingegriffen oder, im Falle eines reinen Vermögensschadens, gegen eine Schutznorm verstossen wird. Als absolut geschützte Rechtsgüter gelten Leben, körperliche, geistige und seelische Integrität, Persönlichkeit, Eigentum, Besitz und Immaterialgüterrechte. Schäden, die ohne Eingriff in absolut geschützte Rechtsgüter entstehen, gelten als reine Vermögensschäden und sind widerrechtlich, wenn sie unter Verletzung einer besonderen Verhaltensnorm bewirkt werden, die nach ihrem Zweck vor entsprechenden Schädigungen schützen soll.²¹ Keine Schutznormqualität kommt Pflichten rein vertraglicher Natur zu, die nicht den Schutz des Vermögens vertragsfremder Dritter bezwecken.²² Demgegenüber haben diverse strafrechtliche Bestimmungen Schutznormqualität.

Die Schädigung in Form einer Busszahlung ist als reine Vermögensschädigung zu qualifizieren, die nur bei Verletzung einer Schutznorm von Bedeutung ist. Als relevante Schutznormen bieten sich der Betrug i.S.v. Art. 146 Abs. 1 StGB, die arglistige Täuschung gemäss Art. 151 StGB und die Falschbeurkundung nach Art. 251 Ziff. 1 StGB an.²³ Diese Straftatbestände können insbesondere dann einschlägig sein, wenn ein Kunde Falschangaben gegenüber der Bank macht.

b) Betrug nach Art. 146 Abs. 1 StGB

aa) Voraussetzungen

Ein Betrug nach Art. 146 Abs. 1 StGB liegt vor, wenn eine Vermögensschädigung durch eine arglistige Täuschung über Tatsachen bewirkt wurde

²¹ HEIERLI/SCHNYDER, Basler Kommentar, N 30 ff. zu Art. 41 OR.

²² Beispielsweise wurde der auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht des Beauftragten gemäss Art. 398 OR die Schutznormqualität abgesprochen (HEIERLI/SCHNYDER, Basler Kommentar, N 35 zu Art. 41 OR m. Verweis auf BGer 4A_468/2009 vom 30. November 2009, E. 2.3).

²³ So auch BURKHALTER, AJP 2014, S. 1607.

mit der Absicht, sich oder einen anderen in unrechtmässiger Weise zu bereichern. Eine Täuschung ist nur tatbestandsmässig, wenn sie arglistig erfolgt.

Arglistigkeit ist gegeben, wenn ein umfangreiches Lügengebäude errichtet wird oder besondere Machenschaften vorgenommen wurden. Ein Lügengebäude erfordert, dass die Lügen von besonderer Hinterhältigkeit zeugen und raffiniert aufeinander abgestimmt sind, so dass auch kritische Opfer getäuscht werden. Besondere Machenschaften liegen vor, wenn der Täter die Täuschung durch zusätzliche Massnahmen absichert oder flankiert. Sowohl Lügengebäude als auch besondere Machenschaften dürfen für das Opfer nicht durchschaubar gewesen sein. Hierbei wird ein individualisierter Masstab angewandt, wobei Arglistigkeit nur ausscheidet, wenn grundlegendste Vorsichtsmassnahmen nicht beachtet wurden.²⁴

Eine einfache Lüge gilt dann als arglistig, wenn sie durch das Opfer nicht oder nicht mit zumutbarem Aufwand überprüft werden kann, der Täter das Opfer von einer Überprüfung abhält oder wenn der Täter aufgrund besonderer Umstände damit rechnen kann, dass keine Überprüfung erfolgt. Besondere Umstände erfassen nicht jedes rechtsgeschäftliche Vertrauensverhältnis, sondern nur Situationen, in denen das Opfer infolge Unbeholfenheit, Unerfahrenheit und dergleichen besonderes Vertrauen entgegenbringt.²⁵

In subjektiver Hinsicht sind Eventualvorsatz und Bereicherungsabsicht erforderlich. Das Tatbestandsmerkmal der Bereicherungsabsicht setzt gemäss dem Grundsatz der Stoffgleichheit voraus, dass ein innerer Zusammenhang zwischen Schaden und Bereicherung besteht, indem der vom Opfer erlittene Schaden die Kehrseite der Bereicherung des Täters sein muss.²⁶

bb) Subsumption

Hat ein Kunde gegenüber seiner Bank in unzutreffender Weise bestätigt, dass seine Vermögenswerte ordentlich versteuert werden, und vertraut die Bank berechtigterweise auf diese Bestätigung, liegt eine Täuschung der Bank hinsichtlich des Steuerstatus vor.

Die Täuschung durch blosser Falschbestätigung ist jedoch kaum als umfangreiches Lügengebäude oder besondere Machenschaft zu qualifizieren.

²⁴ BGE 135 IV 76, E. 5.1, 79 ff.; ARZT, Basler Kommentar, N 64 f. zu Art. 146 StGB.

²⁵ STRATENWERTH/WOHLERS, N 6 zu Art. 146 StGB.

²⁶ BGE 134 IV 210, E. 5.3.

Zudem kann eine Falschbestätigung i.d.R. nicht als arglistige einfache Lüge erachtet werden, da Banken jederzeit die Angaben durch die Anforderung weiterer Nachweise überprüfen können. Weiter begründet eine Kundenbeziehung zu einer Bank nicht ohne weiteres ein besonderes Vertrauensverhältnis, aufgrund dessen der Kunde damit rechnen kann, dass keine Überprüfung erfolgt.²⁷

Anders zu beurteilen ist die Situation, falls die Täuschung betreffend den Steuerstatus von Vermögenswerten durch Vorlegen gefälschter Urkunden i.S.v. Art. 110 Abs. 4. StGB untermauert wird. Urkunden wird aufgrund ihrer Eignung und Bestimmung zum Beweis ein höheres Vertrauen entgegengebracht, so dass im Geschäftsverkehr grundsätzlich auf die Echtheit von Urkunden vertraut werden kann.²⁸ Eine Täuschung durch Vorlage einer falschen Urkunde stellt eine arglistige Täuschung durch besondere Machenschaften dar, sofern sich aus den vorgelegten Urkunden keine Anhaltspunkte für deren Unechtheit ergeben.²⁹ Eine von einem Kunden unterzeichnete, schriftliche Bestätigung betreffend seinen Steuerstatus erfüllt i.d.R. die Voraussetzungen einer Urkunde i.S.v. Art. 110 Abs. 4 StGB.³⁰ Es ist im Einzelfall zu beurteilen, ob eine Bank sich auf eine Selbstauskunft in Form einer Urkunde verlassen durfte oder sie aufgrund von Hinweisen oder den vorliegenden Gegebenheiten den Inhalt der Urkunde weiter überprüfen musste.³¹

In subjektiver Hinsicht liegt die Bereicherungsabsicht des Kunden bei einer Falschdeklaration betreffend seines Steuerstatus gegenüber seiner Bank in der Steuerersparnis, da die Vermögenswerte weiterhin nichtdeklariert angelegt werden können. Somit stammt eine allfällige Bereicherung nicht aus dem Vermögen der Bank, so dass keine Stoffgleichheit gegeben ist.

Damit sind die Kriterien des Betrugstatbestands gemäss Art. 146 StGB mangels Bereicherungsabsicht vorliegend nicht gegeben; dem Betrugstatbestand kommt somit hier nicht die Qualität einer Schutznorm zu, mit

²⁷ Vgl. BGE 107 IV 169, E. 4c). Ein solches Vertrauensverhältnis könnte allenfalls bei einer langjährigen, persönlichen oder besonders intensiven Kundenbeziehung gegeben sein.

²⁸ BGE 125 II 250, E. 3c).

²⁹ BGer 6S.74/2006 vom 3. Juli 2006, E. 2.4.2; BGE 133 IV 256, E. 4.4.3.

³⁰ Urkunden i.S.v. Art. 110 Abs. 4 StGB sind Schriften und Zeichen, die bestimmt und geeignet sind, Tatsachen von rechtlicher Bedeutung zu beweisen. Ihnen kommt somit eine Perpetuierungsfunktion, eine personale Garantiefunktion des Ausstellers und eine Beweisfunktion zu (vgl. BOOG, Basler Kommentar, N 1 ff. zu Art. 110 StGB).

³¹ Siehe unten IV.2.d) zu den Umständen, in denen Selbstauskünften eine erhöhte Beweisbestimmung und -eignung zukommt.

deren Verletzung die Widerrechtlichkeit eines Schadens begründet werden könnte.

c) Arglistige Vermögensschädigung nach Art. 151 StGB

Die arglistige Vermögensschädigung nach Art. 151 StGB dient als Auffangtatbestand zum Betrug und erfasst Fälle, die deshalb nicht unter Art. 146 StGB subsumiert werden können, weil keine Bereicherungsabsicht des Täters vorliegt.³² Eine arglistige Vermögensschädigung nach Art. 151 StGB könnte einschlägig sein, falls eine Vermögensschädigung durch eine arglistige Täuschung bewirkt wurde, um sich oder einen anderen in unrechtmässiger Weise zu bereichern.

Anknüpfend an die Ausführungen zum Betrug oben in IV.2.b) könnte Art. 151 StGB als Schutznorm einschlägig sein und die Widerrechtlichkeit eines Verhaltens begründen, wenn ein Bankkunde seine Bank in arglistiger Weise betreffend seines Steuerstatus' getäuscht hat und dieser ein Schaden in Form einer Busse erwächst.

d) Falschbeurkundung nach Art. 251 Ziff. 1 StGB

aa) Allgemeines

Die Tathandlung der Falschbeurkundung besteht in der unrichtigen Beurkundung einer rechtlichen Tatsache mit der Absicht, jemanden am Vermögen oder anderen Rechten zu schädigen oder sich oder einem anderen einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen.

Eine Falschbeurkundung erfordert eine qualifizierte schriftliche Lüge. Die Grenze zur nicht tatbestandsmässigen einfachen schriftlichen Lüge ist nicht scharf und für die Abgrenzung sind die konkreten Umstände zu berücksichtigen. Gemäss der restriktiven Rechtsprechung des Bundesgerichts sind an die Beweiseignung und Beweisbestimmung bei einer Falschbeurkundung erhöhte Anforderungen zu stellen. Demnach ist nicht jede Urkunde nach Art. 110 Abs. 4 StGB eine geeignete Grundlage für eine qualifizierte schriftliche Lüge. Eine solche erfordert, dass einer Erklärung im Verhältnis zu einer gewöhnlichen schriftlichen Äusserung eine erhöhte Glaubwürdigkeit zukommt und der Adressat ihr deswegen ein besonderes Vertrauen entgegenbringt. Dies ist der Fall, wenn allgemeingültige, objektive Garantien die Wahrheit der Erklärung gegenüber Dritten gewährleis-

³² ARZT, Basler Kommentar, N 1 zu Art. 151 StGB.

ten.³³ Diese können sich aus einer öffentlichen Beurkundung, gesetzlichen Bestimmungen, die eine Wahrheitsgarantie vermitteln, einer garantenähnlichen Stellung des Ausstellers oder aus einer besonderen Interessenlage, aufgrund derer der Adressat ein besonderes Vertrauen entgegenbringt, ergeben.³⁴

In subjektiver Hinsicht sind neben dem Vorsatz ein Handeln in Schädigungs- oder unrechtmässiger Vorteilsabsicht vorausgesetzt.

bb) Subsumption

Soweit sich eine unwahre Erklärung eines Bankkunden betreffend den Steuerstatus auf eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung zur Abgabe der Erklärung stützt, kann sie eine qualifizierte schriftliche Lüge darstellen, da hieraus allgemeingültige, objektive Garantien für die Wahrheit der Erklärung abgeleitet werden können. So hat das Bundesgericht das Vorliegen einer qualifizierten schriftlichen Lüge im Zusammenhang mit Falschangaben betreffend den wirtschaftlich Berechtigten auf dem Formular A angenommen, weil dieses eine zentrale Funktion im Kampf gegen die Wirtschaftskriminalität erfüllt, dessen Angaben gestützt auf gesetzliche Bestimmungen gemacht werden müssen und weil das Formular A gegenüber den Aufsichtsbehörden hinsichtlich der Erfüllung der Sorgfaltspflicht eine erhöhte Beweiskraft besitzt.³⁵ Diese Erwägungen können gemäss Bundesgericht *mutatis mutandis* auf die Formulare des IRS, insbesondere das Formular W-8BEN, übertragen werden, da auch diese Formulare gegenüber dem Finanzintermediär abgegeben werden, damit dieser seine gesetzlichen Pflichten erfüllen kann.³⁶

Liegt der Erklärung des Bankkunden über seinen Steuerstatus keine gesetzliche Bestimmung zugrunde, kann sie dennoch eine qualifizierte schriftliche Lüge darstellen, sofern der Erklärung aufgrund einer besonderen Interessenlage eine erhöhte Glaubwürdigkeit zukommt. Im Rahmen der besonderen Interessenlage ist nicht das individuell-konkrete Vertrauensverhältnis relevant; abgestellt wird vielmehr auf die Situation des Erklärungsadressaten, d.h. ob dieser unter Beachtung der gehörigen Vorsicht vernunftgemäss davon ausgehen durfte, dass die Erklärung geeignet ist, die

³³ Rechtsprechung seit BGE 117 IV 35, E. 1d), 38 f.

³⁴ BOOG, Basler Kommentar, N 84 ff. zu Art. 251 StGB.

³⁵ BGer, KassH, 6S.346/1999 vom 30. November 1999, E. 4, in: SJ 2000 I, 234; kritisch zum Entscheid BOOG, Basler Kommentar, N 130 zu Art. 251 StGB.

³⁶ BGE 139 II 404, E. 9.9.

Wahrheit zu beweisen. Dies ist insbesondere in Dreiecksverhältnissen gegeben, in denen die Erklärung von einem unbeteiligten Dritten und nicht dem direkten Vertragspartner stammt. Demgegenüber kommt Selbstauskünften grundsätzlich keine erhöhte Glaubwürdigkeit aufgrund einer besonderen Interessenlage zu.³⁷

Aus diesen Ausführungen folgt, dass einer schriftlichen Selbstauskunft betreffend den Steuerstatus dann eine erhöhte Glaubwürdigkeit zukommt und darin gemachte unwahre Angaben dann eine qualifizierte schriftliche Lüge darstellen, wenn die Erklärung gestützt auf eine gesetzliche Verpflichtung der Bank abgegeben wird. Weiter könnte eine erhöhte Glaubwürdigkeit aufgrund einer besonderen Interessenlage gegeben sein, wenn die Erklärung durch einen aussenstehenden Dritten bestätigt wird.

Bei anderen Selbstauskünften von Kunden bestehen i.d.R. keine allgemeingültigen, objektiven Garantien für die Wahrheit der Auskunft, so dass keine qualifizierte schriftliche Lüge vorliegt. Demgegenüber ist in Erwägung zu ziehen, dass auch eine Selbstauskunft als qualifizierte schriftliche Lüge betrachtet werden könnte, wenn der Kunde davon ausgehen musste, dass die Erklärung *conditio sine qua non* für das Eingehen oder die Weiterführung der Kundenbeziehung ist und die Bank ihr deswegen eine besondere Beweisbestimmung zukommen lässt.³⁸

In subjektiver Hinsicht dürften Vorsatz und Täuschungsabsicht i.d.R. gegeben sein, wenn ein Kunde der Bank in Kenntnis der wahren Umstände eine unrichtige Selbstauskunft erteilt. Weiter dürfte regelmässig eine Vorteilsabsicht vorliegen, da sich der Kunde einen unrechtmässigen Vorteil in Form von Steuerersparnissen durch das Anlegen unversteuerter Vermögenswerte erhofft. Eine Falschbeurkundung könnte folglich als Schutznorm einschlägig sein.

V. Ersatzfähigkeit von Bussgeldern

Im Zusammenhang mit einer Ersatzpflicht von Bussen stellt sich die Frage, inwiefern eine Busse ersatzfähig ist und als Schaden im privatrechtlichen Sinne auf Kunden überwältzt werden kann. Zu diesem Zweck werden zunächst die Schranken der Ersatzfähigkeit dargelegt, bevor aufgezeigt wird,

³⁷ Als Beispiel werden Selbstauskünfte gegenüber Kreditinstituten genannt (BOOG, Basler Kommentar, N 104 zu Art. 251 StGB m.w.H.).

³⁸ Vgl. BURKHALTER, AJP 2014, S. 1608.

unter welchen Umständen eine Busse, die einer Bank für die Annahme oder Verwaltung unversteuerter Vermögenswerte auferlegt wird, ersatzfähig sein kann. Zuletzt wird spezifisch untersucht, ob Bussen gemäss dem US-Programm überwälzbar sind.

1. Schranken der Ersatzfähigkeit

a) Pönale Natur von Bussen

Gemäss der Praxis des Bundesgerichts sind Bussen wie alle Strafen höchstpersönlicher Natur und stellen deshalb keinen zivilrechtlich ersatzfähigen Schaden dar.³⁹ Bussen sollen das Vermögen des Gebüssten treffen. Entsprechend ist eine vertragliche Überwälzung von Bussen auf Dritte widerrechtlich. Vorbehaltlich des Ordre Public gilt dies auch für ausländische Bussen, die einen repressiven Charakter haben.⁴⁰ Widerspricht eine ausländische Busse aufgrund ihres wettbewerbsbezogenen oder diskriminierenden Charakters hingegen dem Ordre Public, muss ihr der Pönalcharakter abgesprochen werden und eine Überwälzung grundsätzlich möglich sein.

Das Bundesgericht beantwortete in BGE 134 III 59 die Frage, ob die Überwälzung einer Steuerbusse auf den Steuerberater möglich ist, weil dieser den Aufklärungspflichten gegenüber seinen Kunden nicht nachgekommen ist. Das Bundesgericht stellte fest, dass Bussen aufgrund des Verschuldensprinzips höchstpersönlich sind. Die höchstpersönliche Natur von Bussen *"könnte nur verneint werden, wenn einem Steuerpflichtigen eine Busse auferlegt wird, obwohl ihm aufgrund der vertraglich vereinbarten Beratung kein eigenes Verschulden anzurechnen ist. Die Verhängung einer solchen verschuldensunabhängigen Strafe sollte jedoch nach geltendem Recht ausgeschlossen sein, da das strafrechtliche Verschuldensprinzip grundsätzlich auch für Steuerstrafen gilt."*⁴¹ Im beurteilten Fall lag keine für die Bestrafung kausale Verletzung von Aufklärungspflichten des Steuerberaters vor. Der Steuerpflichtige wurde für sein eigenes Verschulden bestraft, da dieser das Steuerdelikt auch ohne Aufklärung seines Steuerberaters hätte erkennen müssen.⁴²

³⁹ BGer 4A_491/2013 vom 6. Februar 2014, E. 2; BGE 134 III 59, E. 2.3.4 und 2.3.5; BGE 115 II 72, E. 3b) und 3c); BGE 86 II 71, E. 4; siehe auch DOLGE, Basler Kommentar N 11 und 17 zu Art. 34 StGB.

⁴⁰ BGE 115 II 72, E. 3b) und 3c).

⁴¹ BGE 134 III 59, E. 2.3.5.

⁴² BGE 134 III 59, E. 2.3.5.

Mit diesem *obiter dictum* hat das Bundesgericht differenzierte Lehrmeinungen verworfen bzw. zumindest innerhalb der schweizerischen Rechtsordnung ausgeschlossen, die in Situationen, in denen eine Busse als Folge eines Fehlverhaltens eines Dritten auferlegt wird, die Überwälzbarkeit von Bussen zulassen wollten.⁴³ Aus rechtssystematischen Überlegungen mag dies richtig sein, da eine privatrechtliche Überwälzung das strafrechtliche Verschuldensprinzip unterwandern könnte,⁴⁴ doch kann das Ergebnis als stossend empfunden werden, wenn das Verschulden des Kunden äusserst gering ist, beispielsweise weil er sich auf das Wissen eines Fachmanns verlassen hatte, und dessen Aussage rückblickend nur ungenügend kritisch hinterfragt hatte.⁴⁵

b) Ausgleichsfunktion der Einziehung von Vermögenswerten

Die Einziehung, hier verstanden als aufsichtsrechtliche und nicht als strafrechtliche Massnahme, von Vermögenswerten hat, anders als Bussen, nicht eine Straffunktion, sondern dient der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Aufgrund des fehlenden pönalen Charakters ist die Überwälzbarkeit eines durch Einziehung von Vermögenswerten erlittenen Schadens auf Dritte daher grundsätzlich möglich. Geht die Einziehung über die Ausgleichsfunktion hinaus, liegt eine strafrechtliche Folge *sui generis* vor.⁴⁶ Die Überwälzbarkeit solcher Mischformen muss m.E. zumindest in dem Umfang möglich sein, als sie die blosser Ausgleichszahlung betrifft.

⁴³ Vgl. KOLLER, ZSR 113/1994, S. 183 ff.; MAURENBRECHER/ZULAUF, SZW 1991, S. 36 ff.; siehe auch Urteilsbesprechung in KOLLER, AJP 2008, S. 1295 ff.

⁴⁴ KOLLER, AJP 2008, S. 1301.

⁴⁵ So auch SCHMID, ZBJV 147/2011, S. 893; siehe auch BEHNISCH, der in seiner Urteilsbesprechung Bedenken äussert, dass durch das Urteil Falschberatungen von Steuerberatern nicht nur straflos sind, sondern auch ohne zivilrechtliche Folgen bleiben (BEHNISCH, ZBJV 144/2008, S. 462); auch KOLLER gesteht in seiner Urteilsbesprechung ein, dass die Haltung des Bundesgerichts kundenunfreundlich ist, weil Beratungsfehler von Steuerberatern zivilrechtlich nicht belangbar sind (KOLLER, AJP 2008, S. 1298); keine Bedenken äussern hingegen BENZ/HUG, zsis 2008, S. 1 ff.

⁴⁶ Vgl. NADELHOFER DO CANTO, § 11, N 15; BAUMANN, Basler Kommentar, N 7 zu Art. 70 StGB.

2. Abwälzbarkeit von Bussen

a) Wann kann eine Busse⁴⁷ ersatzfähig sein

Wird einer Bank eine Busse für die Annahme oder Verwaltung nicht steuerkonformer Gelder auferlegt, ist deren Überwälzbarkeit m.E. differenziert zu betrachten und dabei insbesondere in Betracht zu ziehen, ob das Verhalten des Kunden für die Busse kausal war und ob die Verweigerung der ganzen oder teilweisen Abwälzbarkeit zu stossenden Ergebnissen führen würde. Es sind folgende Konstellation (resp. Mischformen davon) zu betrachten, in denen eine Abwälzung der Busse möglich sein kann:

Eine Busse wird *verschuldensunabhängig* ausgesprochen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn bei der Bussenfestlegung das Verhalten der Bank nicht berücksichtigt wird oder Bussen aufgrund von Faktoren bemessen werden, die keinen Zusammenhang mit dem Fehlverhalten der Bank aufweisen. Weiter können auch Bussen im Sinne einer Pauschalzahlung verschuldensunabhängig sein.

Eine Busse wird zwar *verschuldensabhängig* ausgesprochen, dieses Verschulden wird aber der falschen Person zugerechnet. Darunter fallen Situationen, in denen eine Busse der Bank auferlegt wird, obwohl das für die Bestrafung kausale Verhalten aufgrund einer Vertragsverletzung eines Kunden entstanden ist, und der bestrafte Bank kein eigenes Verschulden zuzurechnen ist.⁴⁸ Dies könnte insbesondere dann vorliegen, wenn nicht deklarierte Vermögenswerte, welche die Busse verursachen, nur deshalb angenommen oder verwaltet wurden, weil ein Kunde seine Informationspflichten verletzte oder Falschdeklarationen machte und die Bank ihren sachgerechten Abklärungspflichten nachgekommen ist. In solchen Konstellationen schliesst m.E. auch ein geringes Mitverschulden der Bank eine Überwälzbarkeit nicht *per se* aus, wenn deren Verweigerung zu stossenden Ergebnissen führen würde.⁴⁹

Die Busse ist *nicht eine Strafe* nach unserem Rechtsverständnis, weil ihrer Straffunktion eine nur untergeordnete Bedeutung zukommt, so dass ihr ein höchstpersönlicher Charakter abzusprechen ist. Hierzu gehören beispielsweise Bussen im Sinne einer Einziehung von Vermögenswerten, die überwiegend eine Ausgleichsfunktion verfolgen. Eine solche Situation könnte vorliegen, wenn eine Busse nach den entgangenen Steuereinnahmen bemes-

⁴⁷ Der Begriff "Busse" wird in einem weiten Sinne verstanden.

⁴⁸ Vgl. BGE 134 III 59, E. 2.3.4 f.

⁴⁹ Vgl. Ausführungen oben in V.1.a), insb. Fn 45.

sen wird. Weiter könnte es einer Busse am pönalen Charakter fehlen, wenn diese im Sinne einer pauschalen Abgabe erhoben wird.

Eine ausländische Busse hat einen *wettbewerbsbezogenen oder diskriminierenden* Charakter und ist unvereinbar mit dem hiesigen Ordre Public. Eine solche Busse könnte vorliegen, wenn sie aufgrund ihrer Ausgestaltung auf eine Verdrängung des Instituts von einem Markt abzielt oder selektiv nur einzelne Institute betrifft.

b) Abwälzbarkeit von Zahlungen unter dem US-Programm

aa) Kategorisierungen unter dem US-Programm

Nachfolgend soll auf die Frage eingegangen werden, ob eine Zahlung unter dem US-Programm von Banken der Kategorie 2 ein überwälzbarer Schaden darstellt. Als Banken der Kategorie 2 sollen Institute am US-Programm teilnehmen, die Grund zur Annahme haben, dass sie Vergehen im Zusammenhang mit dem US-Steuerrecht begangen haben.⁵⁰ Der damalige Direktor der FINMA legte Banken im Sinne eines verantwortungsvollen Vorgehens nahe, sich als Institut der Kategorie 2 anzumelden, selbst wenn Zweifel betreffend des eigenen Fehlverhaltens bestehen.⁵¹ Banken der Kategorie 3 und 4 werden gemäss US-Programm nicht gebüsst, diejenigen der Kategorie 1 werden ausserhalb des US-Programms belangt.

bb) Qualifikation von Zahlungen unter dem US-Programm

Banken der Kategorie 2 des US-Programms haben im Rahmen des Abschlusses einer Vereinbarung zur Vermeidung eines Strafprozesses eine Busse zu bezahlen.

Die Zahlung kann als Ersatzsanktion zu einer allfälligen Strafe angesehen werden, die im ohne Vereinbarung drohenden Strafverfahren hätte ausgesprochen werden können. Es ist zu beachten, dass die in einem Strafverfahren ausgesprochene Busse inhaltlich wohl nicht bloss eine strafrechtliche Busse im engeren Sinn ("Fine") darstellt, sondern sich der Bussenbetrag aus verschiedenen Komponenten zusammensetzen würde, nämlich neben der Fine aus einem Betrag für "Disgorgement" (Gewinnabschöpfung) und einem solchen für "Restitution" (Schadenersatz für die dem Fiskus entgangenen Steuererträge). Deswegen ist davon auszugehen, dass eine Zahlung unter

⁵⁰ Ziff. II.A.3. US-Programm.

⁵¹ Vgl. RAAFLAUB, Neue Zürcher Zeitung vom 29. November 2013.

dem US-Programm eine Sanktion mit einer gemischten, pönalen und ausgleichenden, Funktion ersetzt.

Demgegenüber spricht für den pönalen Charakter einer Zahlung unter dem US-Programm, dass die Zahlung nicht entgangene Steuereinnahmen ausgleicht, da eine Nachdeklaration eines Steuerpflichtigen nicht die Zahlung der Bank reduziert bzw. die Zahlung der Bank keinen Einfluss auf allfällige Steuernachzahlungspflichten von US-Kunden hat.⁵²

Das Verfahren, in dem die Zahlung festgelegt wird, erfolgt allerdings nicht nach den uns bekannten strafrechtlichen Verfahrensgrundsätzen: Die Höhe der Zahlung wird vielmehr schematisch gestützt auf den Bestand von Konten mit US-Konnex am 1. August 2008 und den Neueröffnungen ab diesem Zeitpunkt berechnet, wobei bei bestehenden Konten 20% des maximalen Kontoguthabens während der "Applicable Period" und bei Neueröffnungen ab dem 1. August 2008 je nach Eröffnungszeitpunkt zwischen 30% und 50% des maximalen Kontoguthabens als Busse erhoben werden.⁵³ Entgegen der strafrechtlichen Unschuldsvermutung wird ein Verschulden der Bank vermutet. Diese kann sich jedoch entlasten und die Anteile für diejenigen Konten abziehen, für die sie nachweisen kann, dass diese versteuert, von der Bank den US-Behörden offengelegt oder im Rahmen des Offshore Voluntary Disclosure Program vor Abschluss der Vereinbarung gemeldet wurden. Weiter besteht keine Möglichkeit, die Busse von einer richterlichen Instanz überprüfen zu lassen.

Bussen im Rahmen des US-Programms können aufgrund der genannten verfahrensrechtlichen Aspekte somit nicht als strafrechtliche Busse gemäss schweizerischem Verständnis betrachtet werden,⁵⁴ auch wenn ihnen eine Bestrafungsfunktion nicht abgesprochen werden kann. Es wäre m.E. jedoch zu kurz gegriffen, aufgrund dieser Bestrafungsfunktion Zahlungen gemäss dem US-Programm ausschliesslich als Strafe zu definieren, da durch sie – zumindest indirekt – auch aufsichtsrechtliche Konsequenzen bis hin zu einem Bewilligungsentzug vermieden werden können. Zahlungen unter dem US-Programm verfolgen somit nicht nur einen Strafzweck, sondern haben auch eine aufsichtsrechtliche Funktion im Sinne einer Einziehung von Gewinnen, die durch die Verwaltung unverteuerter Vermögenswerte erzielt wurden.

⁵² BURKHALTER, AJP 2014, S. 1603; MOLO/GIOVANOLI, Jusletter 16. Dezember 2013, Rz. 42.

⁵³ Ziff. II.H. US-Programm.

⁵⁴ So auch BURKHALTER, AJP 2014, S. 1603.

cc) Fazit

Eine klare Abgrenzung zwischen Strafe und anderen Funktionen ist bei Zahlungen gemäss dem US-Programm nicht möglich, so dass von einem gemischten Charakter der Zahlungen mit einer Straf- und einer Einziehungsfunktion auszugehen ist. Eine solche gemischte Betrachtungsweise drängt sich auch deswegen auf, weil Vereinbarungen und Zahlungen gemäss US-Programm nicht in ein straf- oder aufsichtsrechtliches Korsett gemäss schweizerischem Rechtsverständnis gefasst werden können.

Fraglich ist, ob Bussen gemäss dem US-Programm verschuldensabhängig ausgesprochen werden. Dafür spricht, dass entlastende Beweise der Bank bei der Bemessung des Verschuldens berücksichtigt werden. Andererseits kann nach unserem Rechtsverständnis eine Busse, die basierend auf einer Schuldvermutung anhand von schematischen Faktoren berechnet und ohne Einhaltung strafrechtlicher Verfahrensgrundsätze festgelegt wird, nicht als verschuldensabhängig angesehen werden. Auch die Teilnahme am US-Programm als Bank der Kategorie 2 kann nicht als Schuldeingeständnis interpretiert werden, da nicht sicher ist, ob gegen diese Institute tatsächlich ein Strafverfahren eröffnet worden oder ein Schuldspruch ergangen wäre.⁵⁵ Es ist vielmehr anzunehmen, dass sich einige Banken aufgrund des äusseren Drucks und der möglicherweise drohenden Nachteile sowie zur Schaffung von Rechtssicherheit zur Teilnahme am US-Programm als Institut der Kategorie 2 entschieden haben.

Die Zulässigkeit der zumindest teilweisen Überwälzung von Zahlungen gemäss dem US-Programm auf Dritte ist demnach zu befürworten, sofern ihr Verhalten kausal für die Strafe war, wobei ein Mitverschulden der Bank zu berücksichtigen ist.

VI. Praktische Relevanz der Überwälzung auf Kunden

Die obigen Überlegungen zur Überwälzung von Zahlungen bieten eine juristische Grundlage für die Beurteilung, ob Bankkunden für ihr nicht steuerkonformes Verhalten verantwortlich gemacht werden können. Daneben dürften für den Entscheid, ob Bankkunden für ihr nicht steuerkonformes Verhalten verantwortlich gemacht werden sollen, folgende Fragestellungen relevant sein:

⁵⁵ Vgl. BURKHALTER, AJP 2014, S. 1603; vgl. auch oben erster Abschnitt von V.2.b), insb. Fn 51.

Aufteilung der Zahlung in einen *pönalen* und einen *nicht-pönalen* Anteil. Davon ausgehend, dass zumindest Zahlungen gemäss dem US-Programm einen gemischten Charakter mit Straf- und Einziehungsfunktion haben, stellt sich zunächst die Frage, welchem Anteil der Zahlung ein nicht-pönaler Charakter zukommt. Die Überwälzung des pönalen Anteils dürfte aufgrund der aktuellen Bundesgerichtspraxis nicht realistisch sein.

Mitverschulden der Bank. Bei der Überwälzung von Zahlungen ist das Mitverschulden der Bank zu berücksichtigen. Ihr Wissen darum, dass Vermögenswerte im Einzelfall unversteuert waren, dürfte eine Überwälzung schwierig machen. Denkbar sind auch Situationen, in denen zwar der Kundenberater wusste, dass die Vermögenswerte nicht versteuert waren, jedoch die zuständigen Stellen innerhalb der Bank davon keine Kenntnis hatten.

Abklärungspflichten der Bank bezüglich der Auskunft des Kunden zur Steuerkonformität des verwalteten Vermögens. Relevant ist dabei, inwiefern Banken die Steuerkonformität proaktiv ansprechen mussten und inwiefern sie sich auf Erklärungen der Kunden verlassen durften oder Nachforschungen hätten anstellen müssen. Diese Betrachtung ist aufgrund der Standards vorzunehmen, die zur Zeit der Aufnahme der Kundenbeziehung resp. Annahme der unversteuerten Vermögenswerte galten.

Aufteilung des Schadens: Dieser Aspekt ist von Bedeutung, wenn Zahlungen in Bezug auf mehrere Kunden geleistet wurden und zu bestimmen ist, welcher Anteil des Schadens auf die einzelnen Kunden überwält werden kann. Die Höhe der verwalteten Vermögen dürfte nicht *per se* ein sachgerechter Massstab sein, sondern vielmehr das Verhalten des einzelnen Kunden und das Mitverschulden der Bank.

Effektive Durchsetzbarkeit der Forderung. Auch wenn die obigen Aspekte zu einem aus Sicht der Bank positiven Ergebnis führen, macht eine Durchsetzung der Forderung wohl nur Sinn, wenn der Kunde auch effektiv erfolgreich belangt werden kann. Dies dürfte in Fällen mit beendeter Kundenbeziehung dann schwierig sein, wenn die letztbekannte Adresse nicht mehr gültig ist oder ein kostspieliger Prozess im Ausland angestrengt werden muss. Die praktische Relevanz der Belangung eines Kunden für nicht steuerkonformes Verhalten liegt eher in der Verweigerung der Auszahlung von Kundenguthaben.

VII. Umgang der Banken mit der Steuerkonformität von Bankkunden

Aus einer nicht repräsentativen Umfrage bei einigen grösseren Schweizer Banken zum Umgang mit der Steuerkonformität von Bankkunden und aufgrund der diesbezüglichen Durchsicht ihrer Basisdokumentationen können folgende Tendenzen skizziert werden:

1. Abklärung der Steuerkonformität

Allgemein ist festzuhalten, dass Banken bei ausländischen Neukunden regelmässig eine Abklärung der Steuerkonformität vornehmen. Bei bestehenden Kunden wird eine Einteilung nach Risikokriterien vorgenommen und die Steuerkonformität von Kunden mit erhöhten Risiken schneller als jene mit geringeren Risiken abgeklärt. Diese Unterscheidung ist im Wesentlichen auf die beschränkten Kapazitäten der Banken zurückzuführen, die eine sofortige Abklärung aller risikobehafteten Kunden nicht erlauben.

Weiter unterscheiden Banken üblicherweise zwischen in- und ausländischen Kunden und bei ausländischen Kunden zwischen US-Personen und Kunden aus dem übrigen Ausland. Banken klären die Steuerkonformität bei ausländischen Bankkunden und Bankkunden mit Wohnsitz im Ausland konsequenter ab als bei inländischen Kunden, wobei die Aufmerksamkeit primär der Feststellung von US-Personen gilt.⁵⁶

2. Vertragliche Bestimmungen zur Steuerkonformität

In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (nachfolgend "AGB") der Banken wird das steuerkonforme Verhalten von Kunden auf verschiedene Arten und unterschiedlich stark thematisiert. Es lassen sich jedoch folgende Trends herauskristallisieren:

Die AGBs von Banken enthalten teilweise explizite Informationspflichten für Kunden, ihren Steuerstatus bei Neueröffnung einer Kundenbeziehung offenzulegen und Änderungen der Verhältnisse betreffend Steuerpflicht der Bank mitzuteilen.

⁵⁶ Eine Überprüfungs- und Identifikationspflicht betreffend Steuerpflicht im Ausland wird in Zukunft für alle Staaten erforderlich sein, mit denen die Schweiz Abkommen über den automatischen Informationsaustausch in Steuersachen abgeschlossen hat (siehe unten VIII.4.).

Teilweise verpflichten die Banken im Ausland wohnhafte Kunden, eine Erklärung vorzulegen, dass die angelegten Vermögenswerte vollständig und korrekt deklariert sind und die Steuerkonformität auch in Zukunft gewährleistet wird.

Die AGBs enthalten oft eine Klausel, dass Kunden sich gesetzeskonform zu verhalten haben, wobei teilweise explizit auf die Steuergesetze verwiesen wird.

Weiter enthalten die Basisdokumente teilweise eine Ermächtigung zugunsten der Bank, Kundeninformationen an Behörden des Wohnsitzstaates weiterzuleiten.

Eine ausdrückliche Haftungsbestimmung für Pflichtverletzungen des Bankkunden ist hingegen in keinen der untersuchten Basisdokumentationen vorgesehen.

VIII. Zukünftige Pflichten von Banken betreffend Steuerkonformität ihrer Kunden

1. Übersicht

Im Jahr 2014 wurden in der Schweiz folgende Gesetze, (Vor-)entwürfe und Regulierungsprojekte lanciert, welche einen Zusammenhang mit der Steuerkonformität von Bankkunden aufweisen:

- Vernehmlassungsentwurf zum Finanzinstitutsgesetz vom 25. Juni 2014
- Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière vom 12. Dezember 2014
- Vernehmlassungsentwurf zum Bundesgesetz über das Schuldner- und das Zahlstellenprinzip bei der Verrechnungssteuer vom 17. Dezember 2014
- Vernehmlassungsentwurf zum AIA-Gesetz vom 14. Januar 2015

Nachfolgend werden die in diesen Vorlagen geplanten, zusätzlichen Pflichten von Banken betreffend die Steuerkonformität von Bankkunden einzeln erörtert. Es ist davon auszugehen, dass diese zusätzlichen Pflichten der Banken die Nebenpflicht der Kunden zur proaktiven Information der Banken schmälern werden.

Nicht näher wird auf den Vorentwurf zum Bundesgesetz über das Schuldner- und das Zahlstellenprinzip bei der Verrechnungssteuer vom

17. Dezember 2014 eingegangen, da dieser auf die bestehenden Sorgfaltpflichten betreffend die Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person verweist, ohne selbst neue Pflichten einzuführen.⁵⁷ Weiter kann die VSB 2015 nicht diskutiert werden, da noch kein Entwurf veröffentlicht wurde.

2. Entwurf des Finanzinstitutsgesetzes

Der Vernehmlassungsentwurf zum Finanzinstitutsgesetz ("FINIG") statuiert für Finanzinstitute erweiterte Sorgfaltpflichten betreffend die Steuerkonformität der verwalteten Vermögenswerte.⁵⁸ Diese entsprechen in konzentrierter Form den vom Bundesrat im Rahmen der Finanzplatzstrategie geplanten Änderungen des Geldwäschereigesetzes.⁵⁹

Finanzintermediäre sollen gemäss Art. 11 Abs. 1 und 2 E-FINIG verpflichtet werden, bei der Annahme von Vermögenswerten die Wahrung der Steuerkonformität mittels einer risikobasierten Prüfung abzuklären. Eine Pflicht zur Selbstdeklaration der Steuerkonformität von Kunden ist nicht vorgesehen, auch wenn diese ein starkes Indiz für die Steuerkonformität wäre.⁶⁰ Muss das Finanzinstitut annehmen, dass keine Steuerkonformität gegeben ist, dürfen die Vermögenswerte gemäss Art. 11 Abs. 4 lit. a E-FINIG nicht angenommen werden. Besteht eine solche Annahme bei sich bereits bei der Bank befindlichen Vermögenswerten, ist die Steuerkonformität nachzu-

⁵⁷ Vgl. Art. 38a Vernehmlassungsentwurf zum Bundesgesetz über das Schuldner- und das Zahlstellenprinzip bei der Verrechnungssteuer vom 17. Dezember 2014; Eidgenössisches Finanzdepartement, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, Bundesgesetz über das Schuldner- und Zahlstellenprinzip bei der Verrechnungssteuer vom 17. Dezember 2014, S. 26.

⁵⁸ Die Bestimmung wurde in der Vernehmlassung mehrheitlich kritisiert. Verschiedene Vernehmlassungsteilnehmer erachten die Bestimmung als sachfremd und regen an, solche Sorgfaltpflichten im Rahmen des automatischen Informationsaustauschs oder im Geldwäschereigesetz zu regeln (EFD, Bericht über die Vernehmlassungsergebnisse zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 13. März 2015).

⁵⁹ Vgl. EFD, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG) und Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG) vom 25. Juni 2014, S. 126 f. m. Verweis auf die Vorlage Finanzplatzstrategie – Erweiterte Sorgfaltpflichten zur Verhinderung der Annahme unversteuerter Gelder vom 27. Februar 2013.

⁶⁰ Vgl. Art. 6a Abs. 3 Vernehmlassungsentwurf, Finanzplatzstrategie – Erweiterte Sorgfaltpflichten zur Verhinderung der Annahme unversteuerter Gelder; Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 27. Februar 2013.

weisen.⁶¹ Gelingt dieser Nachweis nicht oder hat die steuerrechtliche Regularisierung der Vermögenswerte keine unzumutbaren Nachteile zur Folge, ist gemäss Art. 11 Abs. 4 lit. b E-FINIG die Geschäftsbeziehung aufzulösen.

Die Prüfungspflicht entfällt nach Art. 11 Abs. 3 E-FINIG bei Kunden, die in einem Land steuerpflichtig sind, mit dem die Schweiz ein Abkommen zum automatischen Informationsaustausch in Steuerangelegenheiten nach international anerkanntem Standard abgeschlossen hat.

3. Umsetzung der 2012 revidierten GAFI-Empfehlungen

Das Eidgenössische Parlament verabschiedete am 12. Dezember 2012 das Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten GAFI-Empfehlungen; die Referendumsfrist lief am 2. April 2015 ungenutzt ab. Eines der Hauptanliegen dieses Gesetzes ist die Einführung von qualifizierten Steuervergehen, welche neu Vortaten zur Geldwäscherei darstellen. Als qualifiziertes Steuervergehen gilt gemäss Art. 305^{bis} Ziff. 1^{bis} E-StGB ein Steuerbetrug gemäss Art. 186 DBG und Art. 59 Abs. 1 StHG, bei dem die hinterzogenen Steuern pro Steuerperiode mehr als CHF 300'000 betragen.

In diesem Zusammenhang werden durch Art. 6 Abs. 2 lit. b E-GwG besondere Sorgfaltspflichten für Finanzintermediäre eingeführt, gemäss welchen die Hintergründe und der Zweck einer Transaktion oder Geschäftsbeziehung abzuklären sind falls Anhaltspunkte vorliegen, dass die Vermögenswerte aus einem qualifizierten Steuervergehen herrühren. Ähnliche erweiterte Sorgfaltspflichten bestehen gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. b GwG bereits bei Vorliegen von Anhaltspunkten, dass Vermögenswerte der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen oder der Terrorismusfinanzierung dienen.

4. Automatischer Informationsaustausch

Im Zusammenhang mit der Einführung des von der OECD entwickelten globalen Standard für den automatischen Informationsaustausch in Steuer-sachen ("AIA-Standard") legte der Bundesrat am 14. Januar 2015 einen Vor-

⁶¹ Art. 11b Vernehmlassungsentwurf, Finanzplatzstrategie – Erweiterte Sorgfaltspflichten zur Verhinderung der Annahme unverteuerter Gelder; Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 27. Februar 2013 sah diesbezüglich vor, dass bei Verdacht auf fehlende Steuerkonformität von bestehenden Vermögenswerten eine erneute risikobasierte Prüfung durchzuführen ist.

entwurf für ein Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen vor. Dieses soll die gesetzliche Grundlage für die im AIA-Standard vorgesehenen gemeinsamen Melde- und Sorgfaltsstandards für Informationen über Finanzkonten bilden.⁶²

Mit dem AIA-Standard werden für Finanzinstitute neue Überprüfungs-, Identifizierungs- und Meldepflichten betreffend Steuerpflicht im Ausland eingeführt.⁶³ Bei bestehenden Kundenbeziehungen mit natürlichen Personen, deren Vermögenswerte einen Gesamtsaldo oder -wert von unter USD 1 Mio. aufweisen, muss die Steueransässigkeit mittels einer durch Belege dokumentierten Hausanschrift nachgewiesen und im Zweifelsfall eine Indizien- suchung durchgeführt werden. Bei natürlichen Personen, deren Vermögenswerte bei einer Bank über USD 1 Mio. betragen, gelten erweiterte Sorgfaltspflichten, die unter anderem eine Suche in Papierunterlagen und die Nachfrage beim Kundenberater beinhalten.

Bei der Eröffnung von Konten von natürlichen Personen ist eine vom Kunden unterzeichnete Selbstauskunft einzuholen, auf der neben persönlichen Angaben auch die Steueridentifikationsnummer angegeben werden muss.

Bei bestehenden Konten von Rechtsträgern ist anhand der vorliegenden Informationen oder bei Bedarf mittels Selbstauskunft zu ermitteln, ob der Rechtsträger selbst meldepflichtig ist, oder eine passive sog. Non Financial Entity vorliegt, deren beherrschende Personen zu identifizieren sind. Bei Neukonten von Rechtsträgern ist diesbezüglich eine Selbstauskunft einzuholen und deren Plausibilität zu überprüfen.

⁶² Vgl. Bundesrat, Erläuternder Bericht zur multilateralen Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten und zu einem Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen vom 14. Januar 2015, S. 5 ff.; der Bundesrat verabschiedete am 8. Oktober 2014 Verhandlungsmandate zur Einführung des AIA-Standards mit Partnerstaaten, d.h. der EU, den USA und weiteren Ländern mit engen wirtschaftlichen und politischen Beziehungen, in denen angemessene und genügende Regulierungsmöglichkeiten für Steuerpflichtige bestehen.

⁶³ Vgl. Bundesrat, Erläuternder Bericht zur multilateralen Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten und zu einem Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen vom 14. Januar 2015, S. 25 ff.

Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 23. Februar 2015.

- ABEGG PHILIPP/GEISSBÜHLER ALEX/HAEFELI KURT/HUGGENBERGER ERIC, Schweizerisches Bankenrecht, Zürich 2012.
- ARZT GUNTHER, Art. 146, 149, 151 StGB, in: NIGGLI MARCEL/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013.
- BAUMANN FLORIAN, Art. 69-73 StGB, in: NIGGLI MARCEL/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, 3. Aufl., Basel 2013.
- BEHNISCH URS, in: Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2006 und 2007, ZBJV 144/2008, 445-490.
- BENZ ROLF/HUG JULIA, Steuerbussen sind höchstpersönlicher Natur und stellen keinen zivilrechtlich ersatzfähigen Schaden dar - BGE 134 III 59 (Urteil vom 12. November 2007) zur Unabwälzbarkeit von Steuerbussen auf die Steuerberaterin, zsis 2008, Best Case N. 3.
- BOOG, MARKUS, Art. 110 Abs. 4-5 StGB, in: NIGGLI MARCEL/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, 3. Aufl., Basel 2013.
- vor Art. 251-257, Art. 251-257, 317-318 StGB, in: NIGGLI MARCEL/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3. Aufl. Basel 2013.
- BURKHALTER SABINE, Das US-Programm und die Bussenzahlungen – besteht ein Regressrecht der Banken?, AJP 2014, 1601-1609.
- DOLGE, ANNETTE, Art. 34-36 StGB, in: NIGGLI MARCEL/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, 3. Aufl., Basel 2013.
- FELLMANN WALTER, in: HAUSHEER HEINZ (Hrsg.), Berner Kommentar, Bd. VI/2/2, Der einfache Auftrag, Bern 1992.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/ EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bände, 10. Aufl., Zürich 2014.
- HEIERLI CHRISTIAN/SCHNYDER ANTON K., Art. 41-59a, 61, 143-150 OR, in: HONSELL HEINRICH u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011.
- KOLLER THOMAS, Art. 466-491 OR, in: HONSELL HEINRICH u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011.
- BGE 134 III 59, AJP 2008, 1295-1307.
- Steuern und Steuerbussen als privatrechtlich relevanter Schaden, ZSR 113/1994, 183-205.
- MAURENBRECHER BENEDIKT/ZULAUF URS, Urteilsbesprechung BGE 115 II 72, SZW 1991, 36-42.
- MOLO GIOVANNI/GIOVANOLI DARIO, Das US-Programm aus Schweizer Sicht, Jusletter 16. Dezember 2013.
- NADELHOFER DO CANTO SIMONE, Einziehung im Unternehmens- und Wirtschaftsstrafrecht, in: ACKERMANN JÜRIG-BEAT/HEINE GÜNTER (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Bern 2013, 219-239.

- RAAFLAUB PATRICK, Entscheidende Phase für Schweizer Banken, Gastkommentar zum Steuerstreit, Neue Zürcher Zeitung, 29. November 2013, abrufbar unter: <www.nzz.ch/aktuell/startseite/entscheidende-phase-fuer-schweizer-banken-1.18194436>.
- SCHMID JÖRG, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2008, ZBJV 147/2011, 876-922.
- SIBBERN ERIC/VON DER CRONE HANS CASPAR, Genehmigungsfiktion und Nebenpflichten der Bankkunden, SZW 2006, 70-78.
- STRATENWERTH GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013.
- WEBER ROLF H., Art. 394-406, 407-411, 419-424 OR, in: HONSELL HEINRICH u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011.
- WIEGAND WOLFGANG, Art. 18, 97-109, 119 OR, in: HONSELL HEINRICH u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011.

Materialien

- Bundesrat, Bericht zur Finanzmarktpolitik des Bundes vom 19. Dezember 2012.
- Erläuternder Bericht zur multilateralen Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten und zu einem Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen vom 14. Januar 2015.
- Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Vernehmlassungsentwurf, Finanzplatzstrategie – Erweiterte Sorgfaltspflichten zur Verhinderung der Annahme unversteuerter Gelder; Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 27. Februar 2013.
- Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG) und Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG) vom 25. Juni 2014.
 - Vernehmlassungsentwurf, Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstitutengesetz, FINIG) vom 25. Juni 2014.
 - Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, Bundesgesetz über das Schuldner- und Zahlstellenprinzip bei der Verrechnungssteuer vom 17. Dezember 2014.
 - Vernehmlassungsentwurf, Bundesgesetz über das Schuldner- und das Zahlstellenprinzip bei der Verrechnungssteuer vom 17. Dezember 2014.
 - Vernehmlassungsentwurf, Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch (AIA-Gesetz) vom 14. Januar 2015.
 - Bericht über die Vernehmlassungsergebnisse zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutengesetz (FINIG) vom 13. März 2015.
- Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Bulletin 1/2010.

United States Department of Justice, Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks vom 29. August 2013, abrufbar unter: www.justice.gov/opa/pr/united-states-and-switzerland-issue-joint-statement-regarding-tax-evasion-investigations.

Der Einfluss ausländischer (Steuer-)Regulierung auf die Bank/Kunden-Beziehung: Welche Rechte haben Abschleicher?

Susan Emmenegger/Rahel Good, Bern*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einführung.....	36
1.	Ausländischer Einfluss auf die Bank/Kunden-Beziehung am Beispiel von Transferbeschränkungen.....	36
2.	Transferbeschränkungen vor den Gerichten.....	37
a)	Tessiner Entscheide.....	37
b)	Zürcher Entscheide.....	38
aa)	Handelsgericht.....	39
bb)	Obergericht.....	40
c)	Genfer Entscheide.....	41
II.	Vorfrage: Sind Bankverträge über unversteuerte Gelder gültig?.....	42
1.	Beurteilungsrahmen.....	44
a)	Widerrechtlichkeit und Sittenwidrigkeit gemäss Art. 20 OR.....	44
b)	Berücksichtigung ausländischen Rechts nach Art. 19 IPRG.....	45
c)	Grundsatz: Ungültigkeit nur bei Wissen der Bank.....	46
2.	Beurteilung im Einzelnen.....	47
a)	Geldwäscherei (Art. 305 ^{bis} revStGB).....	47
b)	Gewährsverletzung (Art. 3 BankG).....	49
c)	Ausländische Steuerdelikte.....	51
d)	Fazit.....	53

* Prof. Dr. iur. Susan Emmenegger, LL.M., Direktorin des Instituts für Bankrecht, Universität Bern. MLaw Rahel Good, Rechtsanwältin, wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin am Institut für Bankrecht, Universität Bern.

III.	Vertraglicher Anspruch auf den Transfer unverteuerter Guthaben.....	53
1.	Beurteilungsrahmen.....	53
2.	Keine rechts- und sittenwidrige Weisung.....	54
3.	Keine standeswidrige Weisung.....	55
4.	Keine Treu und Glauben verletzende Weisung.....	56
5.	Sonderregime für Transferanweisungen von Guthaben aus qualifizierten Steuerdelikten.....	56
6.	Ergebnis: Anspruch auf Ausführung von Transferanweisungen.....	59
IV.	Transferverweigerung gestützt auf die Wahrung berechtigter Interessen?.....	59
1.	Hauptanwendungsbereiche.....	60
a)	Persönlichkeitsrecht.....	60
b)	Strafrecht.....	62
c)	Schadenersatzanspruch.....	63
d)	Zwischenfazit.....	64
2.	Wahrung berechtigter Interessen als Rechtfertigungsgrund bei Erfüllungsverweigerung in einem Vertragsverhältnis.....	65
V.	Transferverweigerung gestützt auf nachträgliche unverschuldete Leistungsunmöglichkeit (Art. 119 OR)?.....	67
1.	Leistungsunmöglichkeit.....	68
a)	Verbotsnormen und Verbote als Fälle von Art. 119 OR.....	68
b)	Relevanz ausländischer Verbotsnormen im Steuerbereich (Art. 19 IPRG).....	69
c)	Relevanz des schweizerischen Aufsichtsrechts?.....	71
d)	Relevanz bankinterner Reglemente?.....	72
e)	Fazit.....	74
2.	Nachträglichkeit.....	74
a)	Strafbarkeit bei Vertragsschluss.....	75
b)	Strafbarkeit im Laufe der Vertragsbeziehung.....	76
c)	Fazit.....	77
3.	Fehlendes Verschulden.....	77
4.	Fazit.....	78
VI.	Einseitige Anpassung des Vertragsinhalts (<i>clausula</i> -Regel)?.....	79
1.	Veränderte Verhältnisse.....	80
2.	Fehlende Voraussehbarkeit.....	83
a)	Alte und neue Bankverträge.....	84
b)	Beispiel aus der Judikatur.....	86

c) Fazit.....	86
3. Fehlende Vermeidbarkeit.....	87
4. Gravierende Äquivalenzstörung.....	88
a) Erhebliche Beeinträchtigung des vertraglichen Gleichgewichts... 89	
b) Beeinträchtigung bezieht sich auf den Guthabentransfer.....	90
c) Beweislast der Bank.....	90
d) Erstmalige Strafbarkeit der Bank.....	92
e) Unzumutbare Erhöhung des bestehenden Sanktionsrisikos seitens der Bank.....	92
aa) Erhöhung des Sanktionsrisikos.....	93
bb) Unzumutbarkeit.....	95
cc) Anwendung.....	97
5. Fazit.....	99
VII. Prävention: Vertragliche Transferbeschränkungen.....	100
1. Inhaltliche Schranken.....	101
2. Ungewöhnlichkeitsregel.....	103
3. Beispiele.....	105
a) Transferbeschränkungen gestützt auf gesetzliche Grundlagen. 105	
b) Transferbeschränkungen gestützt auf interne Richtlinien.....	106
aa) Inhaltliche Schranken.....	106
bb) Ungewöhnlichkeit.....	108
c) Transferbeschränkungen bei fehlendem Nachweis der Steuerkonformität.....	109
aa) Nachweis der Steuerkonformität.....	109
(1) Inhaltliche Schranken.....	109
(2) Ungewöhnlichkeit.....	110
(3) Fazit.....	111
bb) Totalblockade aller deponierter Vermögenswerte.....	112
(1) Inhaltliche Schranken.....	112
(2) Ungewöhnlichkeit.....	113
cc) Überweisung nur in Staat der Steuerpflicht / EU-Staat / OECD-Staat.....	113
(1) Inhaltliche Schranken.....	113
(2) Ungewöhnlichkeit.....	113
dd) Überweisung nur mit Paper Trail.....	114
(1) Inhaltliche Schranken.....	115
(2) Ungewöhnlichkeit.....	115

d) Fazit: Zulässigkeit von Transferbeschränkungen bei fehlendem Nachweis der Steuerkonformität.....	116
4. Besonderheiten für bestehende Kunden.....	117
a) Genehmigungsfiktion bei Vertragsänderung.....	118
b) Zustellfiktion bei Vertragsänderung.....	121
c) Fazit: Separate Zustimmung für steuerbedingte Transferbeschränkungen.....	125
Literaturverzeichnis.....	127
Materialien.....	133
Anhang: Rechtsprechungshinweise.....	137

I. Einführung

1. Ausländischer Einfluss auf die Bank/Kunden-Beziehung am Beispiel von Transferbeschränkungen

Die Beziehung zwischen einer schweizerischen Bank und ihren ausländischen Kunden richtet sich nach schweizerischem Recht. So will es nicht nur das dispositive Gesetzesrecht,¹ sondern so ist es durchweg in den AGB der Schweizer Banken vorgesehen. Nicht zu übersehen ist allerdings, dass der schweizerische Rechtskosmos in den letzten Jahren viel von seiner beschaulichen Introvertiertheit eingebüsst hat. Die Verfahren ausländischer Straf-, Steuer- und Justizbehörden gegen Schweizer Banken und ihre Angestellten zeigen in aller Deutlichkeit, dass die Steuerpflicht an der schweizerischen Grenze und vor dem schweizerischen Bankgeheimnis nicht mehr halt macht. Als Folge davon wird das ausländische Steuer(straf-)recht ungeachtet des ansonsten anwendbaren schweizerischen Sachrechts zu einem Faktor in den Vertragsbeziehungen zwischen der Bank und ihren Kunden.

Dieser Faktor äussert sich etwa in AGB-Bestimmungen, welche festhalten, dass der Kunde für die Einhaltung der Pflicht zur Steuerdeklaration und Steuerzahlung verantwortlich ist, und dass die Bank zur Wahrung berechtigter Interessen Kundendaten offenlegen kann.² Ein weiterer Aspekt betrifft die aufkommende Bankenpraxis, von Kunden aus gewissen Ländern einen Steuerkonformitätsnachweis zu verlangen und bei dessen Fehlen den Trans-

¹ Siehe Art. 117 Abs. 2 lit. c IPRG.

² Beispielhaft: Art. 9 und 13 AGB UBS (Ausgabe 2015).

fer der Guthaben in unterschiedlichem Masse zu beschränken. «Che succede con i conti italiani», lautete etwa die Schlagzeile der Tessiner Tagesschau vom 3. Februar 2015, wo berichtet wurde, dass die Tessiner Banken angesichts der verschärften Geldwäschereigesetzgebung in Italien die Konten all jener italienischer Kunden blockiert hatten, von denen keine Erklärung hinsichtlich der ordnungsgemässen Versteuerung der Guthaben vorgelegen hat. Bei einem geschätzten Volumen von rund 150 Milliarden Franken,³ von denen wohl ein guter Teil (noch) nicht deklariert ist, kam dies einem ziemlichen Paukenschlag gleich.

Der vorliegende Beitrag widmet sich den Fragen rund um die bankseitigen Transferbeschränkungen hinsichtlich von Kundengeldern, von denen die Bank weiss oder vermutet, dass sie in demjenigen Staat oder denjenigen Staaten, die Anspruch auf deren Besteuerung erheben, nicht ordnungsgemäss deklariert und versteuert sind.

2. Transferbeschränkungen vor den Gerichten

Die Frage nach der Zulässigkeit von Transferbeschränkungen beschäftigt mittlerweile auch die kantonalen Gerichte. Zwei Beschwerden sind zudem vor Bundesgericht hängig. Der nachfolgende Überblick beschränkt sich auf die Zusammenfassung einiger wichtiger Entscheide; eine tabellarische Übersicht findet sich im Anhang zu diesem Beitrag.

a) Tessiner Entscheide

Aus dem Kanton Tessin stammt die Mehrheit der Zivilentscheide, die Klagen ausländischer Kunden gegen ihre Bank zum Gegenstand haben (siehe Anhang).⁴ Viele davon betreffen die Weigerung der Bank, der Anweisung des Kunden Folge zu leisten und im Anschluss an dessen Kontoschliessung das Guthaben für die Barabhebung bereit zu halten. Andere betreffen die Verweigerung von Guthabentransfers auf andere Schweizer Banken oder ins Ausland. In zwei Entscheiden vom 12. Februar 2015 hat das Tribunale d'appello des Kantons Tessin (zweite Instanz) den Klagen zweier italienischer Bankkunden auf Herausgabe der Guthaben mittels Barabhebung statt-

³ Die Schätzung des Volumens stammt aus einem Beitrag aus der Schweizer Bank, siehe SCHWEIZER BANK, 3/2015, S. 41: Steuerabkommen mit Italien, Altkunden unter Druck.

⁴ Dem Vernehmen nach hat die «Pretura di Lugano» über dreissig Entscheide in solchen Verfahren gefällt, die allermeisten davon im Summarverfahren.

gegeben.⁵ Die Kunden waren der Aufforderung der Bank zum Nachweis ihrer Steuerkonformität mittels Selbstdeklaration nicht gefolgt. Stattdessen kündigten sie ihre Bankbeziehung und verlangten die Barauszahlung der Saldi, im einem Fall 75'000 Euro, im anderen Fall 500'000 Euro.⁶ In der ersten Instanz wurde die Klage über 75'000 Euro geschützt, auf die andere Forderung wurde nicht eingetreten. In der zweiten Instanz obsiegten beide Kunden. Das Tribunale d'appello begründete seinen Entscheid im Wesentlichen damit, die Bank habe nicht überzeugend nachgewiesen, welche Rechts- und Reputationsrisiken sie mit einer Auszahlung effektiv eingegangen wäre. Weiter hat das Gericht festgehalten, dass ausländisches Straf- und Steuerrecht die Bank nicht unmittelbar binde, dass auch das schweizerische Aufsichtsrecht nur verlange, dass die ausländischen Rechtsnormen von der Bank in ihrer Risikoanalyse berücksichtigt würden, die Bank aber die entsprechende interne Risikoanalyse nicht vorgelegt habe, und dass es der Bank nicht frei stehe, bei der Kontoschliessung einen Geldwäschereiverdacht zu äussern, den sie während der gesamten Geschäftsbeziehung nie geäussert habe.

Beide Urteile sind beim Bundesgericht hängig. Allerdings würde sich im Falle einer höchstrichterlichen Bestätigung der vorinstanzlichen Urteile die positive Sprengkraft dieser Judikatur für die italienischen Bankkunden in Grenzen halten. Das zwischenzeitlich unterzeichnete Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und Italien vom 23. Februar 2015 sieht für den Fall der Zustimmung durch die Parlamente beider Länder die Möglichkeit von Gruppenanfragen vor, die sich auf das Kriterium einer unterlassenen Selbstdeklaration abstützen. Kunden, die erst nach dem 23. Februar 2015 ihre Guthaben abgezogen haben, werden dem italienischen Fiskus im Rahmen einer Gruppenanfrage bekannt gegeben.

b) Zürcher Entscheide

Aufgrund der aktuellen Entwicklungen mag der Kanton Tessin ein «hot spot» für Entscheide über Transferbeschränkungen sein. Bekannt sind aber auch einschlägige Urteile aus dem Kanton Zürich.

⁵ Seconda Camera civile del Tribunale d'appello TI, Urteil 12.2014.206 vom 12. Februar 2015; Urteil 12.2014.130 vom 12. Februar 2015.

⁶ Die Zahlen werden genannt in: Corriere del Ticino, 18. Februar 2015 («Il giudice sblocca i prelievi»).

aa) Handelsgericht

Der Entscheid vom 8. November 2012 wurde vom Handelsgericht gestützt auf Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen) gefällt.⁷ Klägerin war eine Gesellschaft panamaischen Rechts, deren wirtschaftlich Berechtigter eine nach US-amerikanischem Recht steuerpflichtige Person (U.S. Person) war.⁸ Im November 2010 schlossen die beklagte Bank und die Klägerin einen Depotvertrag, der die Klägerin ermächtigte, zu ihren Gunsten ein Kontokorrentkonto in verschiedenen Währungen sowie ein Securities Depot zu eröffnen. Die Klägerin deponierte bei der Bank im Anschluss daran 500 Goldmünzen zu je einer «Ounce» (28.5 Gramm).

Im Dezember 2011 verlangte die Bank von der Klägerin den Nachweis der Steuerkonformität. Die Klägerin sollte bis zum Januar 2012 erklären, welche Schritte sie unternehmen würde, um die Dokumente bis zum Juni 2012 beizubringen. Die Klägerin lieferte eine solche Erklärung, entschied sich aber dann vor Ablauf der Frist, von der Bank die Herausgabe der Münzen zu verlangen. Die Bank verweigerte dies unter Hinweis auf ihre Absicht, mit den amerikanischen Steuerbehörden ein FFI-Agreement abzuschliessen und die Rückgabe der Münzen von den amerikanischen Steuerbehörden als Verstoss gegen den Geist der FATCA Regeln verstanden werden könnte. Zudem würde sie auch das bankengesetzliche Gewährserfordernis verletzen (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG).

Das Handelsgericht Zürich hielt fest, dass zwar Anhaltspunkte für den Herausgabeanspruch der Klägerin bestünden, aber zu viele rechtliche Komponenten und möglicherweise wesentliche Sachverhaltselemente umstritten seien, um von einer klaren Rechts- und Sachlage zu sprechen. Die Parteien seien daher auf das ordentliche Verfahren zu verweisen. Zu den unklaren Elementen gehörte nach Auffassung des Handelsgerichts unter anderem die Frage, ob Art. 475 OR eine zwingende Norm sei, welche es der Klägerin ungeachtet ihrer anderen vertraglichen Vereinbarungen erlauben würde, die Herausgabe der Münzen zu verlangen. Unklar war gemäss Auffassung des Gerichts auch der Einfluss von FATCA auf das Vertragsverhältnis im Lichte von Art. 19 IPRG. Und schliesslich stellte sich das Gericht die Frage, ob es nicht rechtsmissbräuchlich sei, wenn die Klägerin zunächst die Dokumentation der Steuerkonformität in Aussicht stelle, dann aber kurz vor Fristablauf

⁷ HGer ZH, Urteil HE120253-O vom 8. November 2012, abrufbar unter: <www.gerichte-zh.ch>.

⁸ Letzteres wird nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber aus der Streitfrage.

die Herausgabe der Münzen verlange und die Aushändigung der Dokumentation verweigere, im Wissen darum, dass sie damit die Beklagte in (zumindest standesrechtliche) Schwierigkeiten bringe.

Ein im Anschluss eingeleitetes ordentliches Verfahren wurde abgeschrieben, da die Parteien einen Vergleich schlossen.

bb) Obergericht

Mit bankseitigen Kontoblockierungen musste sich kürzlich auch die III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich beschäftigen.⁹ Dabei ging es um die Strafanzeige eines Bankkunden gegen unbekannte Bankmitarbeiter wegen Nötigung (Art. 181 StGB).¹⁰ Er warf diesen Mitarbeitern vor, dass sie sich ohne rechtlichen Grund geweigert hätten, seinen Auftrag auf Überweisung seines Kontoguthabens auf sein Konto bei einer russischen Bank auszuführen. Die Bank hatte die Gelder blockiert, weil der Bankkunde ihrer Aufforderung nicht nachkam, einen Steuerkonformitätsnachweis zu erbringen. Dieser Nachweis hätte belegen müssen, dass im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses keine Steuerdeklarationspflicht in den USA bestand beziehungsweise, dass die Vermögenswerte auf dem Konto ordnungsgemäss versteuert sind. Die Beschränkung seiner Verfügungsfreiheit sowie die vorgenannte Aufforderung stellten nach Ansicht des Bankkunden eine Nötigung dar.

Die Bank stützte ihre Transferverweigerung auf eine Klausel in ihren vom Kunden akzeptierten AGB, wonach der Bank für ihre Ansprüche aus der Bankverbindung ein Pfand- und Verrechnungsrecht hinsichtlich der Kundenguthaben zusteht. Dieses Pfandrecht machte sie im Hinblick auf einen allfälligen Schaden geltend, der ihr aus unwahren Angaben des Kunden über seine Steuerpflicht in den USA resultieren könnte. Das Obergericht des Kantons Zürich kam zum Schluss, dass die Rechtswidrigkeit der Kontoblockierung (Zurückbehaltung der Pfandsache) aus strafrechtlicher Sicht entfalle,¹¹ wenn sich die Bank dafür auf ein vertraglich vereinbartes Pfandrecht stützen könne. Die Rechtswidrigkeit entfalle dabei bereits bei der blossen

⁹ Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Februar 2015, Geschäfts-Nr. UE140091, abrufbar unter: <www.gerichte-zh.ch>.

¹⁰ Art. 181 StGB lautet wie folgt: «Wer jemanden durch Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile oder durch andere Beschränkung seiner Handlungsfreiheit nötigt, etwas zu tun, zu unterlassen oder zu dulden, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.»

¹¹ Das Obergericht des Kantons Zürich stützt sich dabei auf BGE 115 IV 207 E. 2b S. 212.

Behauptung des Bestehens eines Pfandrechts, selbst wenn der Kunde die Pfandforderung bestreite. Die Fragen, ob der Bank tatsächlich eine Schadenersatzforderung gegen ihren Kunden zustehe und wie es sich mit der Abwälzbarkeit von durch US-Behörden auferlegte Bussen auf die Bankkunden verhalte, sei nicht im Strafverfahren, sondern auf dem Zivilrechtsweg zu klären. Im Ergebnis konnte die Bank somit vorliegend ihr Verhalten auf eine vertragliche Abmachung als Rechtfertigungsgrund stützen. Mangels Anhaltspunkten für ein strafrechtliches Verhalten der Bank wurde die Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft vom Obergericht des Kantons Zürich bestätigt.

c) Genfer Entscheide

In den Genfer Verfahren, für die stellvertretend ein Entscheid der Staatsanwaltschaft vom 14. März 2014 und das Urteil der Cour de Justice vom 30. Mai 2014¹² erwähnt seien, ging es um Folgendes: Ein holländischer Kunde mit Wohnsitz in Frankreich unterhielt bei einer Bank mit Sitz in Genf seit vielen Jahren ein Nummernkonto. Die Bank hatte am 28. Juni 2013 und am 10. Februar 2014 den Kunden gebeten, eine Erklärung zu unterschreiben, wonach die Kontoguthaben im Land seiner Steuerpflicht (Frankreich) regelkonform deklariert seien. Der Kunde hatte dies abgelehnt und in einem ersten Schritt verlangt, seine Guthaben seien auf ein Konto in Dubai zu überweisen. Nachdem die Bank dies abgelehnt hatte, verlangte der Kunde, seine Guthaben seien auf ein Konto bei einer Bank mit Sitz in Holland zu überweisen, was die Bank aber ebenfalls verweigerte.

Der Bankkunde erhob gegen die Mitglieder der Geschäftsführung der Genfer Bank Strafanzeige und machte geltend, er erleide durch die ungerichtfertigte und auf unbestimmte Zeit angelegte Blockade seiner Kontoguthaben, die einen substantiellen Teil seines Vermögens ausmachten, eine schwere Beeinträchtigung seiner Handlungsfreiheit im Sinne von Art. 181 StGB.¹³

Die Genfer Staatsanwaltschaft verneinte eine Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB. Die Regularisierung der Steuersituation stelle keine Drohung dar und der Kunde erleide durch die Begleichung der Steuerschulden auch keine ernstlichen Nachteile, da es sich hierbei lediglich um die Erfüllung ei-

¹² Cour de Justice GE, Urteil ACPR/294/2014 vom 30. Mai 2014.

¹³ Für den Wortlaut von Art. 181 StGB siehe vorne Fn. 10.

ner gesetzlichen Pflicht handle. Zudem bestehe für die Bank – wie es der Fall der Bank Reyl¹⁴ zeige – effektiv das Risiko einer strafrechtlichen Verfolgung im Ausland, falls sie die Guthaben ins Ausland überweise, ohne sicherzustellen, dass diese regelkonform versteuert seien. Sie müsse aber auch die Regeln der FINMA beachten und könne sich nicht zur Gehilfin bei Steuerflucht machen.

Die Cour de Justice folgte der Argumentation der Staatsanwaltschaft und bestätigt deren Nichtanhandnahmeverfügung. Sie fügte zudem an, dass sich die Verhältnisse unübersehbar gewandelt und dass der Kampf gegen die Steuerflucht, die Steuerparadiese und das Bankgeheimnis zugenommen hätten. Entsprechend grösser seien heute die Risiken für die Bankinstitute. Mit Blick auf die von der Bank erwähnten Beispiele bezüglich französischer Steuerpflichtiger gebe es keinen Zweifel daran, dass die Bank ein legitimes und rechtskonformes Ziel verfolge, wenn sie versuche, das Risiko einer strafrechtlichen Verfolgung zu eliminieren.

Der Kunde dagegen könne ein solches legitimes und rechtskonformes Ziel nicht geltend machen. Er könne insbesondere nicht unter dem Vorwand des Rechts auf freie Verfügbarkeit seiner Mittel und vor dem Hintergrund seiner eigenen Verfehlungen, die zugegebenermassen lange Zeit als Kavaliersdelikte betrachtet wurden, von der Bank verlangen, dass diese ihre aktuelle Gewährspflicht verletze. Im Ergebnis erschienen die Auszahlungsbedingungen der Bank weder rechtsmissbräuchlich noch sittenwidrig im Sinne von Art. 181 StGB.

II. Vorfrage: Sind Bankverträge über unversteuerte Gelder gültig?

Dem Grundsatz nach ist unstrittig, dass die Bank verpflichtet ist, im laufenden Vertragsverhältnis einem Überweisungsauftrag oder einem Auszah-

¹⁴ Ermittlungen gegen Bank Reyl Ende Mai 2013 eröffnet wegen Verdachts auf Vertuschung der Steuerhinterziehung. Siehe dazu Der Bund, 15. Juni 2013, S. 11. Diese Ermittlungen stehen im Zusammenhang mit der Affäre Cahuzac. Dabei ging es um nicht deklarierte Konten bei der Reyl Gruppe, welche den französischen Budgetminister, Jérôme Cahuzac, im März 2013 zum Rücktritt gezwungen haben. Gegen ihn wurde ein Verfahren wegen Geldwäscherei und Steuerhinterziehung eingeleitet. Siehe dazu Neue Zürcher Zeitung (NZZ), 21. September 2013, S. 31; Les Echos, 31. Oktober 2013, S. 25.

lungsauftrag ihres Kunden Folge zu leisten, und sie zudem verpflichtet ist, ihm am Ende der Vertragsbeziehung die Guthaben entsprechend seinen Weisungen zurückzuerstatten. Das ergibt sich aus dem Auftragsrecht als verbindende Grundlage der verschiedenen Bankverträge (Art. 397 Abs. 1¹⁵, Art. 400 Abs. 1 OR)¹⁶ sowie im Einzelfall zusätzlich aus dem Darlehensrecht (Art. 312 und 318 OR)¹⁷ und dem Hinterlegungsrecht (Art. 475 Abs. 1 OR).¹⁸

Ein vertraglicher Anspruch auf weisungskonforme Ausführung von Transferaufträgen setzt – unabhängig davon, ob es sich um eine Überweisung oder um eine Barabhebung handelt – voraus, dass der Vertrag zwischen der Bank und dem Kunden gültig zustande gekommen ist. In diesem Zusammenhang stellt sich angesichts des universellen Charakters von Steuerdelikten die Frage, ob ein Bankvertrag über unbesteuerte Gelder überhaupt gültig ist. Diese Frage wird an anderer Stelle ausführlich behandelt, so dass nachfolgend nur die wichtigsten Eckpunkte erörtert werden.¹⁹

Die Gültigkeitsfrage spielt für die Beurteilung von bankseitigen Transferbeschränkungen eine wichtige Rolle, weil sie auf die Leistungspflicht durchschlägt: Ist ein Bankvertrag über unbesteuerte Gelder weder widerrechtlich noch sittenwidrig, so gilt dies auch für die Leistungserbringung aus diesem Vertrag. Eine Transferbeschränkung lässt sich diesfalls nicht damit rechtfertigen, der Transfer von unbesteuerten Geldern sei widerrechtlich oder sittenwidrig. Verkürzt gesagt: Was gültig in die Bank hereinkommen konnte, muss auch gültig herausgehen können.

¹⁵ Zur Befolgungspflicht siehe WEBER, Basler Kommentar, N 5 zu Art. 397 OR (spricht von der Pflicht zur strikten Befolgung); FELLMANN, Berner Kommentar, N 101 zu Art. 397 OR (spricht von der grundsätzlichen Pflicht zur Befolgung).

¹⁶ Auftragsrecht ist beispielsweise anwendbar auf folgende Bankverträge: Bankkontovertrag (auch Kontokorrentvertrag oder Kontoeröffnungsvertrag) inkl. Giroabrede: BGE 110 II 283 E. 1 S. 284; 126 III 20 E. 3a/aa S. 21 f.; EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft, Rn. 655 ff. Depotvertrag: BGE 94 II 167 E. 2 S. 169. Siehe aber auch BGer Urteil 4A_329/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 5 (Hinterlegungsvertragsrecht anwendbar hinsichtlich des Anspruchs auf Herausgabe der Aktien). Differenzierend EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft, Rn. 729, 769. Vermögensverwaltungsvertrag: BGE 138 III 755 E. 4.2 S. 759; 124 III 155 E. 2b S. 161; EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft, Rn. 1678 f.

¹⁷ Zur Anwendbarkeit des Darlehensrechts auf den Sparkassenvertrag siehe SCHÄRER/MAURENBRECHER, Basler Kommentar, N 34 zu Art. 312 OR.

¹⁸ Zur Anwendbarkeit des Hinterlegungsrechts auf den Depotvertrag siehe KOLLER, Basler Kommentar, N 3 Vor 19. Titel (Der Hinterlegungsvertrag, Art. 472-491 OR).

¹⁹ Zur zivilrechtlichen Gültigkeit von in- und ausländischen Bankverträgen über unbesteuerter Vermögen siehe EMMENEGGER/DÖBELI/FRITSCHI, Jusletter 2015 (im Erscheinen).

1. Beurteilungsrahmen

a) Widerrechtlichkeit und Sittenwidrigkeit gemäss Art. 20 OR

Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre ist ein Vertrag widerrechtlich im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR, wenn sein Gegenstand, der Abschluss mit dem vereinbarten Inhalt oder sein gemeinsamer mittelbarer Zweck gegen objektives Recht verstösst. Dabei kann es sich um privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Normen handeln. Voraussetzung der Nichtigkeit ist jedoch, dass diese Rechtsfolge ausdrücklich im betreffenden Gesetz vorgesehen ist oder sich aus Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt.²⁰ Weiter muss die verletzte Rechtsnorm der schweizerischen Rechtsordnung angehören. Demzufolge begründet ein Verstoss gegen ausländisches Recht keine Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR.²¹

Ein Vertrag, der schweizerischem Recht unterstellt ist und der gegen eine zwingende Norm ausländischen Rechts verstösst, wird hinsichtlich seiner Gültigkeit unter dem Kriterium der Sittenwidrigkeit geprüft.²² Nach der allgemeinen bundesgerichtlichen Formel liegt Sittenwidrigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR vor, wenn gegen die herrschende Moral, d.h. gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen wird.²³ Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts setzt dies im Falle der Verletzung ausländischen zwingenden Rechts voraus, «dass die verletzte ausländische Vorschrift Interessen des Individuums und der menschlichen Gemeinschaft von fundamentaler und lebenswichtiger Bedeutung schützt oder Rechtsgüter in

²⁰ BGE 134 III 52 E. 1.1 S. 54, m.w.N. So auch BGE 117 II 286 E. 4a S. 287, m.w.N.; 119 II 222 E. 2 S. 224; 114 II 279 E. 2a S. 280 f. Für die Doktrin siehe etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rn. 638 ff.; HUGUENIN, Basler Kommentar, N 19 ff. zu Art. 19/20 OR.

²¹ Zuletzt BGer Urteil 4A_415/2013 vom 20. Januar 2014 E. 7; 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.4 (insoweit nicht in BGE 138 III 601). Ausdrücklich auch BGE 134 III 438 E. 2.2 S. 442, m.w.N. Grundlegend BGE 80 II 49 E. 3 S. 51; 76 II 33 E. 7 S. 40. Für die Doktrin siehe GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rn. 654; HUGUENIN, Basler Kommentar, N 19 zu Art. 19/20 OR.

²² Zuletzt BGer Urteil 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5 (insoweit nicht in BGE 138 III 601). Für die Doktrin statt Vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rn. 654.

²³ BGE 136 III 474 E. 3 S. 477 f.; 132 III 455 E. 4.1 S. 458; 123 III 101 E. 2 S. 102.

Frage stehen, die nach allgemeiner ethischer Auffassung schwerer wiegen als die Vertragsfreiheit.»²⁴

b) Berücksichtigung ausländischen Rechts nach Art. 19 IPRG

Neben der Generalklausel der Sittenwidrigkeit kann zwingendes ausländisches Recht auch über die kollisionsrechtliche Bestimmung in Art. 19 IPRG berücksichtigt werden. Dies setzt voraus, dass das ausländische Recht zwingend angewandt werden will, dass nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei die Anwendung gebieten und dass schliesslich der Sachverhalt mit dem einschlägigen ausländischen Recht einen engen Zusammenhang aufweist (Art. 19 Abs. 1 IPRG). Ob eine ausländische Rechtsnorm zu berücksichtigen ist, beurteilt sich nach ihrem Zweck und den sich daraus ergebenden Folgen für eine nach schweizerischer Rechtsauffassung sachgerechte Entscheidung (Art. 19 Abs. 2 IPRG).

Die Regelung in Art. 19 IPRG bildet an sich den «moderneren» methodischen Weg für die Öffnung des schweizerischen Rechts gegenüber ausländischen Rechtsnormen als seine schuldrechtlichen Generalklauseln. Die Frage der Gültigkeit eines Vertrags, der gegen (zwingendes) ausländisches Recht verstösst, wird vom Bundesgericht in jüngerer Zeit denn auch vereinzelt gestützt auf Art. 19 IPRG geprüft.²⁵ In der Regel stellt das Bundesgericht aber nach wie vor auf die Generalklausel der Sittenwidrigkeit ab.²⁶ In praktischer Hinsicht dürften beide Wege zu denselben Ergebnissen führen, weil in beiden Fällen ein weites richterliches Ermessen besteht.

Bei genauerer Betrachtung ist für die Frage der *Gültigkeit* des Bankvertrages über unversteuerte Vermögenswerte Art. 19 IPRG zudem kein geeignetes Beurteilungsinstrument. Die Schwierigkeit liegt insbesondere bei der Voraussetzung, dass ein schützenswertes und offensichtlich überwiegendes

²⁴ BGer Urteil 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5 (insoweit nicht in BGE 138 III 601). So bereits BGE 76 II 33 E. 8 S. 41; BGer Urteil 4C.172/2000 vom 28. März 2001 E. 5d.

²⁵ Siehe dazu BGE 138 III 489 E. 4.2-4.5 S. 495 f. (brasilianisches Erbvertragsverbot); 131 III 418 E. 3.2.1 S. 426 (illegaler Kulturgütertransfer aus Indien); BGer Urteil 4C.32/2001 vom 7. Mai 2001 E. 4 (Alleinvertriebsvertrag/EU-Wettbewerbsrecht); BGE 130 III 620 E. 3.5-3.5.2 S. 630 f. (Schweizer Bankgeheimnis/US-Bankruptcy Code). In allen vier Fällen wurde die Nichtigkeit der Verträge verneint mangels Erfüllung der kumulativen Voraussetzungen von Art. 19 IPRG.

²⁶ Zuletzt in BGer Urteil 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5 (insoweit nicht in BGE 138 III 601).

Interesse einer Partei die Anwendung des ausländischen Steuer(straf-)rechts gebietet. Zwar hat die Bank ohne Zweifel ein Interesse daran, dass sie sich nach ausländischem Recht nicht strafbar macht. Daher ist über den Weg von Art. 19 IPRG die Relevanz von ausländischem Steuerrecht zu bejahen, wenn die Bank im Laufe der Vertragsbeziehung Auszahlungen und Überweisungen unter Hinweis auf das ausländische Recht verweigert oder beschränkt.²⁷

Bei der Frage nach der Gültigkeit des Vertrages präsentiert sich die Interessenlage anders. Hat die Bank sich bereits beim Vertragsabschluss strafbar gemacht, weil sie wissentlich unversteuerte Gelder entgegengenommen hat, so kann man ihr kein schützenswertes und offensichtlich überwiegendes Interesse an der Anwendung des ausländischen Steuer(straf-)Rechts zugestehen. Die Ungültigkeit des Bankvertrages ist dann vielmehr eine Frage der *public policy*. Hierfür ist nicht Art. 19 IPRG mit seinem Fokus auf die Parteiinteressen, sondern die Generalklausel der Sittenwidrigkeit in Art. 20 OR das geeignete Instrument. Kannte die Bank den Steuerstatus der ausländischen Vermögenswerte nicht, so fehlt es im Ausland an der Strafbarkeit; insofern wäre auch eine Berufung auf die ausländischen Steuer(straf-)Normen nicht zielführend, weil sie nicht zur Ungültigkeit des Vertrags führen würde.

Insgesamt ist also für die Gültigkeit des Bankvertrags über unversteuerte Gelder die Bestimmung in Art. 19 IPRG nicht gleichermassen geeignet wie die Generalklausel der Sittenwidrigkeit.

c) Grundsatz: Ungültigkeit nur bei Wissen der Bank

An sich kann ein Vertrag einen widerrechtlichen Inhalt aufweisen, ohne dass die Vertragsparteien sich dessen bewusst sind – man denke an das Schulbeispiel eines den Parteien nicht bekannten Exportverbots.

Im Fall des Vertrags über unversteuerte Gelder fallen indessen die Konstellationen des «unwissenden Inhaltsmangels» ausser Betracht. Wird mit einem Bankvertrag ein widerrechtlicher Zweck (Steuerdelikt, Geldwäscherei) verfolgt, so erfordert die gemeinsame Zweckbindung einen darauf gerichteten gemeinsamen Willen. Das wiederum setzt voraus, dass die Bank den Steuerstatus der Gelder kennt oder kennen muss. Nicht anders verhält es sich, wenn das Steuerdelikt oder die Geldwäschereihandlung den Gegenstand des Vertrags bildet. In einem solchen Fall muss sich der übereinstim-

²⁷ Siehe dazu hinten V.1.1.b) S. 69.

mende Wille der Parteien direkt auf die Verwirklichung dieser Delikte richten. Abgesehen davon, dass sich die Bank und ihr Kunde kaum je auf die Begehung eines Delikts als *Vertragsgegenstand* einigen, setzt auch diese Konstellation das Wissen oder Wissen müssen der Bank um den Steuerstatus der Gelder voraus.

Ähnlich verhält es sich bei der Sittenwidrigkeit. Nachdem der Bankvertrag als solcher das «allgemeine Anstandsgefühl»²⁸ nicht verletzt, kann der Steuerstatus der vom Bankvertrag erfassten Gelder daran nur etwas ändern, wenn die Bank ihn kennt oder kennen muss.

Die Ungültigkeit von Verträgen über unversteuerte (Ausland-)vermögen setzt demnach voraus, dass die Bank den Steuerstatus dieser Gelder bei Vertragsabschluss kannte oder kennen musste. Diesbezüglich ist zu bedenken, dass nicht jeder ausländische Kunde ein «Steuersünder» ist. Auch war die Frage nach dem Steuerstatus von ausländischen Kunden bis in die jüngere Vergangenheit so wenig ein Thema, wie sie es bei inländischen Kunden heute noch ist. Daher kann man den Banken nicht unterstellen, sie hätten bei jedem ausländischen «Steuersünder» Kenntnis von dessen Steuerstatus gehabt.

2. Beurteilung im Einzelnen

Kennt die Bank die fehlende Steuerkonformität der ausländischen Vermögenswerte, so stellt sich die Frage der Beurteilung einer Widerrechtlichkeit (Inlandnormen) oder Sittenwidrigkeit (Auslandnormen) im Einzelnen. Neben dem effektiven Normverstoss muss dabei die Nichtigkeit entweder von der verletzten Norm oder dem verletzten Regelwerk ausdrücklich vorgesehen sein oder sich aus deren Sinn und Zweck ergeben.

a) Geldwäscherei (Art. 305^{bis} revStGB)

Gemäss Art. 305^{bis} Ziff. 1 und 1^{bis} revStGB gelten qualifizierte Steuervergehen als Vortaten zur Geldwäscherei.²⁹ Diese können auch im Ausland be-

²⁸ BGE 136 III 474 E. 3 S. 477 f., m.w.N.

²⁹ Die GAFI-Empfehlungen wurden 2012 teilrevidiert, siehe Botschaft Umsetzung GAFI-Empfehlungen BBl 2014, S. 606 und 611. Für den Gesetzestext siehe AS 2015 S. 1389-1406. Die Bestimmung wird per 1. Januar 2016 in Kraft gesetzt, siehe AS 2015 S. 1406.

gangen werden, so dass qualifizierte Steuerdelikte einer im Ausland steuerpflichtigen Person darunter fallen.³⁰

Liegt im Bankvertrag ein Verstoss gegen Art. 305^{bis} revStGB, so ist sein Inhalt widerrechtlich.³¹ Die Rechtsfolge der Nichtigkeit ergibt sich aus Sinn und Zweck der verletzten Norm: Neben der Sicherstellung des Einziehungsanspruchs des Staates dient Art. 305^{bis} revStGB auch dem guten Ruf des Finanzplatzes; dieser *ratio* widerspricht es, wenn die entsprechenden Verträge zivilrechtlich gültig sind. Hinzu kommt, dass das Strafrecht in diesem Bereich auf die unterstützende Funktion des Zivilrechts angewiesen ist, kann doch die wirksame Bekämpfung der Geldwäscherei nicht erreicht werden, wenn gleichzeitig die entsprechenden Bankverträge gültig sind und sich damit völlig legal Geld verdienen lässt.³²

Die Strafbestimmung des Art. 305^{bis} Ziff. 1 und 1^{bis} revStGB tritt am 1. Januar 2016 in Kraft. Die Widerrechtlichkeits- und Nichtigkeitsfolge wegen eines Verstosses gegen diese Strafbestimmung kann aufgrund des strafrechtlichen Rückwirkungsverbotens lediglich Bankverträge treffen, die ab dem 1. Januar 2016 abgeschlossen werden. Zu beachten ist jedoch, dass unter gewissen Voraussetzungen auch vor dem 1. Januar 2016 abgeschlossene Bankverträge gegen Art. 305^{bis} Ziff. 1 und 1^{bis} revStGB verstossen können.³³ Dies

³⁰ Vorausgesetzt ist gemäss Art. 305^{bis} Ziff. 3 StGB – nebst der hiesigen – die Strafbarkeit am Begehungsort (sog. Prinzip der abstrakten beidseitigen Strafbarkeit, welches auch hier gilt, siehe Botschaft Umsetzung GAFI-Empfehlungen BBl 2014, S. 669). Dass eine weite, internationale Auslegung von Art. 305^{bis} Ziff. 1^{bis} revStGB dem Willen des Gesetzgebers entspricht, steht ausser Frage. Ob und allenfalls inwiefern die Anknüpfung der genannten Bestimmung an die Gesetzesartikel der schweizerischen Steuergesetzgebung diesbezüglich nicht Strafbarkeitslücken schafft, wird sich erst noch weisen müssen, siehe etwa SUTER/REMUND, ASA 82, S. 589 ff., S. 603 f.

³¹ Zu den möglichen Tathandlungen siehe EMMENEGGER/DÖBELI/FRITSCHI, Jusletter 2015 (im Erscheinen).

³² Diese Intention wird durch Art. 7 revGwV-FINMA, welcher zwar die Nichtigkeit ebenfalls nicht explizit vorsieht, aber Art. 305^{bis} revStGB konkretisiert, untermauert.

³³ In Konstellationen, in denen das Geld bereits auf der Bank deponiert wurde, ist ein Verstoss gegen Art. 305^{bis} Ziff. 1 revStGB in der Tatbestandsvariante der qualifizierten Steuervergehen dann denkbar, wenn ein früher begangenes Steuervergehen «erneuert» wird, indem entsprechendes Vermögen in den Jahren ab Inkrafttreten wiederum nicht deklariert wird bzw. bei der Nichtdeklaration der Einkünfte aus der Anlage der bereits vor Inkrafttreten deponierten Vermögenswerte. In beiden Fällen jedoch einzig, sofern diese Nichtdeklarationen die Voraussetzungen des qualifizierten Steuervergehens i.S.v. Art. 305^{bis} Ziff. 1^{bis} revStGB, insbesondere die Schwelle von 300'000 Franken an hinterzogenen Steuern pro Steuerperiode, erfüllen; siehe KUNZ, Jusletter vom 23. Feb-

führt jedoch nicht zur Widerrechtlichkeit und Nichtigkeit der Bankverträge, da für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses relevant ist. In Frage kommt in diesen Konstellationen hingegen die rechtliche Unmöglichkeit nach Art. 119 OR.³⁴

b) Gewährsverletzung (Art. 3 BankG)

Im Zusammenhang mit un versteuerten Vermögenswerten aus dem Ausland stellt sich weiter die Frage nach der Verletzung von schweizerischem Aufsichtsrecht durch die Bank und deren Folgen für die Gültigkeit von Bankverträgen. Als aufsichtsrechtliche Verletzungstatbestände stehen das Erfordernis der einwandfreien Geschäftsführung (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG) und die bankengesetzlichen Organisationsvorschriften im Vordergrund (Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG). Beide sind Bewilligungsvoraussetzungen, die jederzeit erfüllt sein müssen, damit ein Unternehmen das Bankgeschäft betreiben kann. Aktuelle Beispiele aus dem Enforcementbericht 2014 der FINMA³⁵ sowie aus jüngsten Medienmitteilungen³⁶ belegen, dass sich für Banken, die gegen ausländische Steuergesetze verstossen haben, das Risiko eines Enforcement-Verfahrens durchaus verwirklichen kann.

Hingegen ist zweifelhaft, ob der bankengesetzlichen Gewährsvorschrift im Steuerkontext überhaupt die Eigenschaft einer Verbotsnorm im Sinne von Art. 20 OR zukommt, denn sie enthält in dieser Hinsicht keinen eigenständigen Verbotsgehalt.³⁷ Hinzu kommt Folgendes: Die bankengesetzlichen Gewährs- und Organisationsbestimmungen sind Generalklauseln, die ausschliesslich auf unterstellte Banken, nicht aber auf Bankkunden, Anwendung finden. Aus Sicht des Aufsichtsrechts ist einzig relevant, dass die Bank als bewilligungspflichtiges und überwachtes Institut einen Vertrag über un-

ruar 2015, Rz. 54 S. 14; BARTHOLET, SZW 2013, S. 383 ff., S. 403. Für Fälle, in denen neben Steuerbetrug in echter Konkurrenz eine Urkundenfälschung i.S.v. Art. 251 StGB hinzutritt, siehe: MATTEOTTI/MANY, Jusletter vom 23. Februar 2015, Rz. 15 und 19 S. 7 und 9.

³⁴ Siehe dazu hinten V. S. 67.

³⁵ FINMA, Enforcementbericht 2014, Kasuistik Fall 10, S. 17. Massnahme gegen den Kadermitarbeiter: 2 Jahre Berufsverbot (Art. 33 FINMAG).

³⁶ FINMA, Medienmitteilung vom 30. März 2015; siehe dazu auch FINMA, Enforcementbericht 2014, Kasuistik Fall 20, S. 22. Massnahme: Auflagen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands (Art. 31 FINMAG) und Überprüfung durch Prüfungsgesellschaft (Art. 24 FINMAG).

³⁷ Weiterführend: EMMENEGGER/DÖBELI/FRITSCHI, Jusletter 2015 (im Erscheinen).

versteuerte Gelder abschliesst. Darüber hinaus trifft Art. 3 BankG keine Regelung über Verträge, die unversteuerte Gelder betreffen. Gemäss Lehre und Rechtsprechung liegt in solchen Fällen keine Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 20 OR vor, weil nicht der Inhalt des Vertrags, sondern die persönliche Beteiligung einer Partei an diesem Vertrag einen Normverstoss bzw. eine Rechtswidrigkeit beinhaltet.³⁸ Allerdings greift man für diese Fälle im Hinblick auf die vertragsrechtliche Sanktionierung auf dieselben Grundsätze zurück, wie sie in Art. 20 OR für den Inhaltsmangel gelten.³⁹ Demnach führt die verbotene Beteiligung an einem Vertrag zu dessen Nichtigkeit, wenn die verletzte Norm diese Rechtsfolge ausdrücklich vorsieht, oder wenn es sich aus ihrem Sinn und Zweck ergibt. Allerdings ist das Bundesgericht ausserordentlich zurückhaltend, wenn es um eine teleologisch begründete Nichtigkeit von Verträgen geht, bei denen der Normverstoss in der subjektiven Beteiligung einer Partei liegt. In der Praxis hat es in keinem Fall eines Bewilligungsverstosses – und darunter fällt eine Gewähns- oder Organisationsverletzung im Sinne von Art. 3 BankG – eine Nichtigkeit angenommen. Es gilt vielmehr folgender Regelfall: «Keine Widerrechtlichkeit des Vertragsinhalts mit Nichtigkeitsfolge ist jedoch *im allgemeinen* dann gegeben, wenn sich die verletzte Norm *nur* gegen die persönliche Beteiligung einer der Parteien am Vertrag richtet.»⁴⁰

Art. 3 BankG enthält keine Regelung über die zivilrechtliche Nichtigkeit von Verträgen, die von der Bank in Verletzung der Gewähns- und Organisationsbestimmungen abgeschlossen wurden. Die Nichtigkeitsfolge entspricht aber auch nicht dem Sinn und Zweck dieser Normen, denen das Bundesgericht im Übrigen keine Schutznormwirkung im Sinne von Art. 41 OR zugesteht.⁴¹ Der Hauptzweck von Art. 3 BankG liegt im Gläubiger- und im Funktionsschutz. Weder der eine noch der andere Schutzzweck gebieten die Nichtigkeit von Verträgen über unversteuerte Gelder.

³⁸ BGE 121 IV 365 E. 9a S. 371; 117 II 286 E. 4a S. 287; 117 II 47 E. 2a S. 48; 114 II 279 E. 2a S. 280 f. Siehe auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rn. 651; HUGUENIN, Basler Kommentar, N 17 zu Art. 19/20 OR; KRAMER, Berner Kommentar, N 138 ff. zu Art. 19/20 OR; VON TUHR/PETER, OR AT, Band I, S. 253.

³⁹ So ausdrücklich nunmehr BGE 134 III 52 E. 1.1 S. 54. Siehe auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rn. 651; KRAMER, Berner Kommentar, N 138 f. zu Art. 19/20 OR.

⁴⁰ BGE 121 IV 365 E. 9a S. 371 (Hervorhebungen hinzugefügt).

⁴¹ BGer Urteil 4A_54/2008 vom 29. April 2008 E. 5.3.4.

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass weder ein aufsichtsrechtliches Verfahren noch die Feststellung einer Verletzung des Aufsichtsrechts die Widerrechtlichkeit oder Nichtigkeit der damit im Zusammenhang stehenden Bankverträge nach sich ziehen. Die Bankverträge sind unter dem Gesichtspunkt des Aufsichtsrechts gültig.

c) **Ausländische Steuerdelikte**

Wird gegen ausländisches Steuerrecht verstossen, so beurteilt sich die Gültigkeit des Bankvertrags unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit. Diese wird allerdings nicht leichthin angenommen. Verlangt wird die Verletzung einer Fundamentalnorm, welche «[die] Interessen des Individuums und der menschlichen Gemeinschaft von fundamentaler und lebenswichtiger Bedeutung schützt [...]»⁴². Solche Normen sind nach Ansicht des Bundesgerichts betroffen, wenn es um Rauschgifthandel, Menschenhandel oder Waffenlieferungen in Konfliktgebiete geht. Keinen solchen Fundamentalcharakter haben demgegenüber Devisenvorschriften oder andere handelspolitische Massnahmen.⁴³ Diese Kategorisierung hat das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahre 2012 bestätigt.⁴⁴

Die hier zur Diskussion stehende ausländische Steuergesetzgebung ist von ihrer Tragweite und ihrem Schutzzweck viel eher mit der Devisengesetzgebung vergleichbar als mit verbrecherischen Aktivitäten wie dem Rauschgift-, Menschen- oder Waffenhandel. Entsprechend ist davon auszugehen, dass die vertragliche Vereinbarung über die Entgegennahme und Verwaltung von Vermögenswerten, die im Ausland nicht ordnungsgemäss versteuert sind, vom Nichtigkeitsgrund der Sittenwidrigkeit im Sinne von Art. 20 OR nicht erfasst wird.

Das Ergebnis lautet nicht anders, wenn man die bundesgerichtliche Sittenwidrigkeitsformel vertieft analysiert und dabei feststellt, dass im Ergeb-

⁴² In den Worten des Bundesgerichts: «[...] dass die verletzte ausländische Vorschrift Interessen des Individuums und der menschlichen Gemeinschaft von fundamentaler und lebenswichtiger Bedeutung schützt oder Rechtsgüter in Frage stehen, die nach allgemeiner ethischer Auffassung schwerer wiegen als die Vertragsfreiheit.» Siehe BGer Urteil 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5 (insoweit nicht in BGE 138 III 601). So bereits BGE 76 II 33 E. 8 S. 41; BGer Urteil 4C.172/2000 vom 28. März 2001 E. 5d.

⁴³ BGE 76 II 33 E. 8 S. 41 f. (Menschenhandel, Rauschgifthandel); 80 II 49 E. 3 S. 51 f. (Devisenvorschriften), BGer Urteil 4C.172/2000 vom 28. März 2001 E. 5d und 5g (Waffenhandel).

⁴⁴ BGer Urteil 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5 (indonesische Devisenvorschriften).

nis von einem *einheitlichen* Sittlichkeitsbegriff auszugehen ist, der gleichermaßen für Binnenverhältnisse als auch im Hinblick auf die Verletzung ausländischer Rechtsnormen gilt.⁴⁵ Denn gemäss einer alten, aber nie in Frage gestellten Rechtsprechung ist ein Bankvertrag über unversteuerte Gelder nur dann sittenwidrig, wenn er *einzig* dem Zweck der illegalen Steuerverkürzung dient. Das Bundesgericht hat dies für den Fall eines Darlehenskonstrukts bejaht, das wirtschaftlich gesehen als Darlehen überhaupt keinen Sinn ergab. Es hat in diesem Zusammenhang festgehalten, dass Art. 20 OR nicht schon dann erfüllt sei, wenn eine Partei mit dem Vertrag einen unsittlichen Zweck verfolge und die Gegenpartei Kenntnis darüber habe. Verlangt wird vielmehr, dass für die betreffende Partei der Vertrag *einzig* im Hinblick auf die Erreichung des sittenwidrigen Zwecks überhaupt von Interesse ist und die Gegenpartei dies weiss.⁴⁶

Zwar ist nicht zu übersehen, dass sich die Einschätzung von Steuerdelikten und von Bankverträgen über unversteuerte Vermögenswerte stark gewandelt hat. Nicht gewandelt hat sich aber die Funktion der Sittenwidrigkeit im Kontext der vertraglichen Inhaltskontrolle: Sie will verhindern, dass Vertragsparteien die staatlichen Institutionen für ihre Rechtsschutzbegehren in Anspruch nehmen, wenn der Gegenstand dieser Begehren ein Vertrag ist, der den fundamentalen Wertprinzipien unserer Gesellschaft widerspricht. Im Hinblick auf diese Funktion wäre es nicht sachgerecht, wenn die Gerichte sich der Beurteilung sämtlicher Streitigkeiten zwischen der Bank und dem Bankkunden einzig aus dem Grund entziehen würden, dass die anvertrauten Vermögenswerte nicht ordnungsgemäss versteuert wurden. Ein solcher Rückzug beim Rechtsschutz wäre unverhältnismässig. Dies umso mehr, als man mit der Sittenwidrigkeit von Bankverträgen, deren einziger Zweck sich in der Aufsetzung von Steuerhinterziehungskonstrukten erschöpft, eine sinnvolle Grenze gesetzt hat. Bei den übrigen Verträgen steht nicht das Steuerdelikt, sondern die Erbringung einer banktypischen Leistung im Vordergrund. Diese Verträge sind dem regulären Rechtsschutzsystem zu unterstellen.

⁴⁵ Siehe dazu EMMENEGGER/DÖBELI/FRITSCHI, Jusletter 2015 (im Erscheinen).

⁴⁶ BGE 48 II 270 E. 2 S. 275 f.

d) Fazit

Nach den bisherigen Ergebnissen sind die dem schweizerischen Sachrecht unterstellten Bankverträge über Vermögenswerte, die im Ausland nicht ordnungsgemäss versteuert werden, regelmässig gültig. Ungültig sind nur solche Verträge, die in den Anwendungsbereich des neuen Art. 305^{bis} revStGB fallen sowie diejenigen Verträge, deren einziger Zweck darin besteht, dem ausländischen Staat Steuergelder vorzuenthalten.

III. Vertraglicher Anspruch auf den Transfer unversteuerter Guthaben

Wenn feststeht, dass die Bank und der ausländische Kunde⁴⁷ einen Vertrag über Bankdienstleistungen im Regelfall⁴⁸ auch dann gültig abschliessen können, wenn die Gelder nicht ordnungsgemäss versteuert sind und die Bank dies weiss, so folgt daraus im Grundsatz, dass der Kunde einen gültigen vertraglichen Anspruch auf die weisungskonforme Überweisung oder Rückerstattung dieser Gelder hat.

Allerdings kennt das Weisungsrecht Schranken. Zu prüfen ist deshalb, ob diese Schranken im Kontext einer Weisung über den Transfer unversteuerter Gelder eine Wirkung entfalten. Vorweg sei Folgendes festgehalten: Dass ein gültiger Anspruch auf den weisungskonformen Transfer unversteuerter Gelder besteht, schliesst nicht aus, dass die Bank unter Hinweis auf Sanktionsrisiken im In- und Ausland einwenden kann, die Erfüllung ihrer vertraglichen Pflicht sei nicht zumutbar. Diese Frage ist aber erst zu prüfen, wenn feststeht, dass überhaupt ein vertraglicher Anspruch auf den Vermögenstransfer besteht.

1. Beurteilungsrahmen

Gemäss BGE 124 III 253 ist die Bank nicht verpflichtet, erkennbar rechts- und sittenwidrige Weisungen zu befolgen. In diesem Zusammenhang sind

⁴⁷ Für eine Gesamtsicht der Gültigkeit von Bankverträgen über unversteuerte Vermögenswerte siehe EMMENEGGER/DÖBELI/FRITSCHI, Jusletter 2015 (im Erscheinen).

⁴⁸ Ausnahmen: Verträge im Anwendungsbereich von Art. 305^{bis} revStGB sowie Verträge, bei welchen nicht die Bankdienstleistung, sondern die Steuerhinterziehung den einzigen Vertragszweck bildet. Siehe vorne II.2. S. 47.

nach höchstrichterlicher Auffassung auch die Standesregeln, namentlich die Sorgfaltspflichtvereinbarung der Schweizer Banken sowie das Geldwäschereigesetz, zu beachten.⁴⁹ Gleicher Ansicht ist die Doktrin: Widerrechtliche, unmögliche oder unsittliche Weisungen sind rechtsunwirksam. Weiter verbieten Treu und Glauben dem Auftraggeber, vom Beauftragten standeswidriges Verhalten zu fordern. Auch braucht der Beauftragte nach Treu und Glauben eine erhebliche und unzumutbare Erschwerung seiner Stellung nicht hinzunehmen.⁵⁰

Diese verschiedenen Einwendungen sind nachfolgend auf ihre Relevanz im Kontext von un versteuerten Vermögenstransfers zu untersuchen.

2. Keine rechts- und sittenwidrige Weisung

Die (von der Bank nachzuweisende) Tatsache, dass ein weisungskonformer Transfer für die Bank strafrechtliche Konsequenzen im Ausland und aufsichtsrechtliche Konsequenzen im Inland haben könnte, macht die entsprechende Weisung des Kunden nicht rechts- oder sittenwidrig.

Die Rechts- und die Sittenwidrigkeit beschlagen die *inhaltliche* Unzulässigkeit der auftragsrechtlichen Weisung. Letztere wirkt wie eine Ausführungsabrede; entsprechend unterliegt sie denselben Schranken, die auch sonst für den Inhalt von Verträgen gelten: Was eine unmögliche, widerrechtliche oder sittenwidrige Abrede wäre, darf nicht mittels einer Weisung durchgesetzt werden.⁵¹

Kommt man zum Schluss, dass die Bank und der Kunde den Transfer oder die Barabhebung von un versteuerten Geldern gültig vereinbaren können, so ist die entsprechende Weisung weder rechts- noch sittenwidrig. Nachdem aber feststeht, dass ein Bankvertrag über die Annahme und Verwaltung un versteuerter Gelder vorbehaltlich weniger Ausnahmen⁵² gültig ist, gibt es keinen Grund zur Annahme, dass die Bank und ihr Kunde nicht

⁴⁹ BGE 124 III 253 E. 4c S. 257.

⁵⁰ Siehe FELLMANN, Berner Kommentar, N 97, 98, 83 zu Art. 397 OR (widerrechtliche, unmögliche oder unsittliche Weisungen, N 97; standeswidrige Weisungen, N 98; unzumutbare Erschwerung, N 83).

⁵¹ Siehe dazu FELLMANN, Berner Kommentar, N 97 zu Art. 397 OR, m.w.N.

⁵² Die Ausnahme betrifft den Bankvertrag im Anwendungsbereich von Art. 305^{bis} revStGB (widerrechtlich) und den Bankvertrag, der ausschliesslich dem Zweck der illegalen Steuerverkürzung dient (Steuerkonstrukt, sittenwidrig). Siehe dazu vorne II.2. S. 47.

gleichermaßen gültig vereinbaren können, dass die unversteuerten Gelder nach den vom Kunden verlangten Modalitäten von der Bank abfliessen.

Damit wird nicht gesagt, dass innerhalb eines an sich gültigen Vertrags keine ungültigen Weisungen erfolgen können – man denke an den Fall, da ein Bankkunde seine Bank anweist, Gelder auf das Konto eines mutmasslichen Taliban zu überweisen, dessen Name sich auf der einschlägigen Liste des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) befindet.⁵³ Bei den unversteuerten Vermögenswerten verhält es sich aber anders: Hier stellt sich für den Vertragsschluss und für die Erfüllung von Transferpflichten die identische Gültigkeitsfrage, nämlich, ob der unversteuerte Status der Gelder eine Ungültigkeit bewirkt. Diese Frage kann man nicht einmal mit «ja» und einmal mit «nein» beantworten. Vielmehr gilt: Was unter Steuergesichtspunkten gültig in die Bank hereinkommt, kann die Bank auch gültig verlassen.

3. Keine standeswidrige Weisung

Mit der Befolgung der Weisung zum Transfer unversteuerter Gelder verletzt die Bank kein Standesrecht. Die aktuelle Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08) enthält lediglich ein Verbot der aktiven Beihilfe zu Steuerhinterziehung und ähnlichen Handlungen durch die Ausstellung unvollständiger oder irreführender Bescheinigungen.⁵⁴ Die VSB 08 verbietet den Banken die Auszahlung von unversteuerten Geldern nicht.

In einer Empfehlung vom November 2013 äussert die Bankiervereinigung zudem die Erwartung, dass die Banken keine Vermögenswerte entgegennehmen, von denen sie wissen, dass sie nicht versteuert sind und nicht versteuert werden.⁵⁵ Abgesehen davon, dass es sich lediglich um eine Empfehlung handelt, äussert sich die Bankiervereinigung nicht zur Frage, was zu

⁵³ So zum Beispiel auf ein Konto unter dem Einflussbereich von Herrn Abdul Qadeer Basir Abdul Baseer (SSID: 10-17854), siehe Anhang 2 zur Verordnung über Massnahmen gegenüber Personen und Organisationen mit Verbindungen zu Usama bin Laden, der Gruppierung «Al-Qaïda» oder den Taliban vom 2. Oktober 2000, SR 946.203, Stand am 2. April 2015. Der Anhang ist abrufbar unter: <www.seco.admin.ch> (Themen/Aussenwirtschaft/Sanktionen/Embargos).

⁵⁴ Art. 8 VSB 08.

⁵⁵ Medienmitteilung «Bankiervereinigung erlässt Empfehlungen zur Steuerkonformität für das Crossborder-Geschäft» vom 29. November 2013.

geschehen hat, wenn die unversteuerten Gelder trotzdem angenommen wurden.

Insgesamt enthält das Ständesrecht für die Frage der Transferverweigerung keine einschlägigen Bestimmungen. Selbst wenn es aber solche Bestimmungen enthalten würde, müsste man ernsthaft prüfen, ob eine Transferverweigerung der Bank unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs zu schützen wäre, wenn sie zuvor die unversteuerten Gelder im Wissen um den Steuerstatus und in Verletzung der Ständesregeln angenommen hat.

4. Keine Treu und Glauben verletzende Weisung

Der Kunde erlässt keine Treu und Glauben verletzende Weisung, wenn er von der Bank den Transfer seiner unversteuerten Gelder verlangt. Eine treuwidrige Weisung liegt erst vor, wenn der Beauftragte durch deren Ausführung eine erhebliche und unzumutbare Erschwerung seiner Stellung hinnehmen muss.⁵⁶ Eine solche Erschwerung wird allerdings nur angenommen, wenn sie ausserhalb des geschäftsüblichen Rahmens liegt.⁵⁷ Der geschäftsübliche Rahmen bestimmt sich nach dem Vertragstypus. Vorliegend handelt es sich um einen Bankvertrag. Die Überweisung oder Rückgabe von Vermögenswerten, die der Kunde der Bank anvertraut hat, liegt nicht ausserhalb des geschäftsüblichen Rahmens.

5. Sonderregime für Transferanweisungen von Guthaben aus qualifizierten Steuerdelikten

Nach den bisherigen Ergebnissen sind Weisungen über den Transfer von unversteuerten Guthaben weder rechtswidrig noch sittenwidrig, weshalb dem Kunden ein inhaltlich gültiger Anspruch auf Weisungserfüllung zusteht. Eine Ausnahme besteht bei Weisungen über Gelder aus qualifizierten

⁵⁶ FELLMANN, Berner Kommentar, N 83 zu Art. 397 OR (unter Hinweis auf SEILER, Münchener Kommentar, N 12 zu § 665 BGB). Im Ergebnis ähnlich REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, N 39 zu Art. 321d OR. Kritisch KNÜTEL, Weisungen, S. 293 f. Persönlichkeitsverletzungen des Beauftragten stellen ebenfalls eine Schranke dar, vgl. SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N 18 f. zu Art. 321d OR; REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, N 34 zu Art. 321d OR.

⁵⁷ FELLMANN, Berner Kommentar, N 84 zu Art. 397 OR (unter Hinweis auf Seiler, Münchener Kommentar, N 12 zu § 665 BGB sowie KNÜTEL, Weisungen, S. 294).

Steuerdelikten im Sinne von Art. 305^{bis} revStGB.⁵⁸ Es wurde bereits festgehalten, dass mindestens ein wissentlicher oder eventualvorsätzlicher Vertragsabschluss über solche Gelder keine Gültigkeit erlangt.⁵⁹ Als Folge davon besteht *kein vertraglicher* Anspruch des Kunden auf einen weisungskonformen (Weiter-)Transfer der Gelder. Ihm bleibt der Anspruch auf Rückerstattung gestützt auf die Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung.⁶⁰ Diese Anspruchsgrundlage wird allerdings durch das Geldwäschereigesetz⁶¹ überlagert. Im Rahmen der Umsetzung der revidierten GAFI-Empfehlungen hat der schweizerische Gesetzgeber auch das Geldwäschereigesetz revidiert:⁶² Gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 revGwG muss die Bank ihren Verdacht bezüglich der Herkunft der Gelder unverzüglich der Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) melden.⁶³ Diese analysiert daraufhin die eingegangene Meldung und teilt der Bank gemäss Art. 23 Abs. 5 revGwG innert 20 Arbeitstagen mit, ob die Meldung an eine Strafverfolgungsbehörde weitergeleitet wird oder nicht. Art. 9a revGwG hält nun – in Abänderung vom bisherigen Recht⁶⁴ – fest, dass die Bank Kundenaufträge, welche die gemeldeten Vermögenswerte betreffen, während der von der MROS durchgeführten Analyse auszuführen hat.⁶⁵ Erst wenn die MROS der Bank mitteilt, dass die erstattete Meldung einer Strafverfolgungsbehörde weitergeleitet wird, hat die

⁵⁸ Zur Revision der Geldwäschereibestimmung siehe vorne Fn. 29 S. 47.

⁵⁹ Vorausgesetzt ist, dass der Schwellenwert von Art. 305^{bis} Ziff. 1^{bis} revStGB erreicht ist. Siehe vorne II.2.a) S. 47.

⁶⁰ Art. 128 IPRG i.V.m. Art. 62 OR.

⁶¹ Bis 31. Dezember 2015 geltende Fassung: SR 955.0.

⁶² Für die revidierten Bestimmungen des GwG siehe AS 2015 S. 1397-1405.

⁶³ Ob die Meldepflicht auch dann besteht, wenn sich die Bank mit einer Meldung selbst belasten könnte, ist in der Lehre umstritten, siehe hierzu MATTEOTTI/BOURQUIN/MANY, ASA 82, S. 698 f. mit Verweisen auf die verschiedenen Meinungen. Ein höchstrichterlicher Entscheid liegt soweit ersichtlich nicht vor. Nachdem das Gesetz keine Ausnahme von der Meldepflicht statuiert und das Verneinen einer Meldepflicht bei Selbstbelastungsrisiko die Wirksamkeit der Geldwäschereibekämpfung empfindlich einschränken dürfte, ist auch bei Selbstbelastung an der Meldepflicht der Bank festzuhalten.

⁶⁴ Bisher hatte die Bank bei gegebenen Voraussetzungen ihrer Meldepflicht automatisch eine Vermögenssperre vorzunehmen, siehe dazu Art. 9 i.V.m. Art. 10 GwG.

⁶⁵ Zu der Frage ob es sich bei Art. 9a revGwG um eine Pflicht oder aber eine Kannvorschrift handelt, siehe: KUNZ, Jusletter vom 23. Februar 2015, Rz. 89, m.w.N. U.A. ist der Wortlaut des Gesetzes klar: Die Banken sind verpflichtet, die Kundenaufträge auszuführen.

Bank die Vermögenswerte gestützt auf Art. 10 Abs. 1 revGwG zu sperren.⁶⁶ Art. 9a revGwG bezweckt hauptsächlich die Verminderung des sogenannten «Tipping-off-Risikos».⁶⁷ Sind Transaktionen auch bezüglich gemeldeter Vermögenswerte auszuführen, bestehen für den Kunden bedeutend weniger Verdachtsmomente dafür, dass er möglicherweise Gegenstand einer Meldung geworden ist, als wenn sein Vermögen blockiert würde.

Gemäss revGwG sind Kundenaufträge folglich auch bei bestehendem Verdacht seitens der Bank – zumindest immer während den ersten 20 Arbeitstage ab Meldung – weiterhin auszuführen. Die ebenfalls infolge der Umsetzung der GAFI-Empfehlungen revidierte GwV-FINMA⁶⁸ schränkt diesen Grundsatz nun insofern ein, als sie in Art. 33 festhält, dass die entsprechenden Kundenaufträge – sofern sie bedeutende Vermögenswerte⁶⁹ betreffen – nur in einer Form ausgeführt werden dürfen, die es erlaubt, die Spur der Transaktion weiterzuverfolgen. Der «Paper Trail» ist also zu wahren. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob Art. 33 revGwV-FINMA nicht der Intention von Art. 9a revGwG und damit dem gesetzgeberischen Willen widerspricht und ob eine solche Einschränkung auf Verordnungsstufe rechtsstaatlich überhaupt zulässig ist.

Im Ergebnis sind Gelder, die Gegenstand einer Verdachtsmeldung sind, entweder gestützt auf den Weiterleitungsentscheid der MROS blockiert, oder aber sie sind weisungskonform zu transferieren. Für Letzteres besteht keine vertragliche, sondern eine spezialgesetzliche Grundlage im revGwG. Geht man davon aus, dass die Einschränkung der revGwV-FINMA Anwendung findet, so ist der (spezialgesetzlich begründete) Transfer zudem nur erlaubt, falls er mit einem «Paper Trail» verbunden ist.

⁶⁶ Diesfalls ist die Sperre aufrecht zu halten, bis eine Verfügung der zuständigen Strafverfolgungsbehörde eintrifft, längstens aber fünf Werktage ab dem Zeitpunkt, in dem die MROS die Weiterleitung der Bank mitteilt, vgl. Art. 10 Abs. 2 revGwG.

⁶⁷ Botschaft Umsetzung GAFI-Empfehlungen, BBl 2014, S. 686; Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage der Umsetzung GAFI-Empfehlungen vom 27. Februar 2013, S. 76; BEURET, Jusletter vom 23. Februar 2015, Rz. 50. Art. 9a revGwG wurde vom Parlament intensiv diskutiert, siehe hierzu: AB 2014 N, S. 1260-1265 und S. 1986-1989 sowie AB 2014 S, S. 173 und S. 735-741.

⁶⁸ Geldwäschereiverordnung-FINMA, Fassung vom 3. Juni 2015.

⁶⁹ Die Bezifferung des Begriffs «bedeutend» hat der Finanzintermediär selbst vorzunehmen. Dabei hat er die unterschiedlichen Kundenkategorien zu berücksichtigen. Siehe hierzu den Anhörungsbericht zur GwV-FINMA vom 3. Juni 2015, S. 32.

6. Ergebnis: Anspruch auf Ausführung von Transferanweisungen

In dem Umfang, in dem die Bank und der Kunde gültig einen Bankvertrag über unbesteuerte Gelder abschliessen können, ist auch die Transferanweisung des Kunden vertragsrechtlich gültig. Der Einwand seitens der Bank, sie setze sich mit der Weisungsausführung strafrechtlichen oder aufsichtsrechtlichen Sanktionen aus, betrifft nicht die inhaltliche Unzulässigkeit einer solchen Weisung, sondern die Unzumutbarkeit von deren Ausführung. Die inhaltlichen Fragen der Rechtswidrigkeit und der Sittenwidrigkeit besetzen im Vertragsgefüge eine andere Ebene als die Unzumutbarkeit. Sie betreffen den Vertragsinhalt und sie zerstören die Gültigkeit der Weisung. Die Unzumutbarkeit betrifft die Erfüllung. Sie bietet einen Rechtfertigungsgrund für die Nichterfüllung einer an sich gültigen Weisung. In diesem Kapitel ging es aber vorab um die Frage, ob überhaupt ein gültiger Anspruch auf Weisungsbefolgung besteht. Die Unzumutbarkeit der Leistungserfüllung ist für diese Frage ohne Relevanz. Sie wird an anderer Stelle behandelt.⁷⁰

In rechtstatsächlicher Hinsicht ist die Mehrzahl der Bankverträge im Privatkundengeschäft gültig. Denn die Verträge in diesem Geschäftsbereich fallen kaum je in den Anwendungsbereich von Art. 305^{bis} revStGB und sie dienen in den seltensten Fällen einzig dem Zweck der Steuerhinterziehung. Der Kunde hat somit grundsätzlich einen Erfüllungsanspruch auf Ausführung seiner Zahlungsanweisung. Das gilt nicht nur für ausländische Kunden, sondern auch für schweizerische Kunden, die ihre Vermögenswerte nicht ordnungsgemäss deklariert haben. Letztere stehen aber nicht im Fokus der vorliegenden Untersuchung.

IV. Transferverweigerung gestützt auf die Wahrung berechtigter Interessen?

Vorab wurde festgehalten, dass der ausländische Kunde in der Regel einen vertraglichen Anspruch auf Ausführung seines Überweisungsauftrags hat, selbst wenn die betreffenden Vermögenswerte nicht ordnungsgemäss

⁷⁰ Siehe hinten Punkt IV. S. 59 (Wahrung berechtigter Interessen), V. S. 67 (unverschuldete nachträgliche Leistungsunmöglichkeit), VI. S. 79 (*clausula rebus sic stantibus*).

versteuert sind.⁷¹ Verweigert die Bank diese Überweisung gleichwohl, stellt sich die Frage, ob ihr dafür ein Rechtfertigungsgrund zur Verfügung steht. Zunächst ist zu untersuchen, ob die Bank ihre Vertragsverletzung (Transferverweigerung) mit der Berufung auf die Wahrung berechtigter Interessen rechtfertigen kann. Als solche berechnete Interessen könnten die Vermeidung einer strafrechtlichen Verfolgung im Ausland und einer aufsichtsrechtlichen Verfolgung im Inland in Frage kommen. In vereinzelteten Gesetzesbestimmungen ist die Wahrung berechtigter Interessen als Rechtfertigungsgrund für eine Rechtsverletzung vorgesehen. Dazu gehört insbesondere Art. 28 Abs. 2 ZGB. Ausserdem anerkennt die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts die «Wahrung berechtigter Interessen» als aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund.⁷² Diese beiden Hauptanwendungsbereiche des Rechtfertigungsgrundes der Wahrung berechtigter Interessen sollen nachfolgend betrachtet werden. Anschliessend ist zu erörtern, ob auch die Erfüllung einer Vertragspflicht mit der Berufung auf berechnete Interessen verweigert werden kann.

1. Hauptanwendungsbereiche

a) Persönlichkeitsrecht

Gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB kann eine Persönlichkeitsrechtsverletzung beispielsweise durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Ein privates Interesse ist gegeben, wenn die Verletzung darauf abzielt, einer privaten Person einen Vorteil zu verschaffen. Demgegenüber setzt ein öffentliches Interesse voraus, dass die fragliche Verletzung einer Gemeinschaft oder doch wenigstens einer grösseren Mehrheit einen Vorteil verschaffen soll.⁷³ Das private oder öffentliche Interesse kann nur dann als Rechtfertigungsgrund dienen, wenn es in der konkreten Abwägung den Unrechtsgehalt der Persönlichkeitsverletzung zu überwiegen vermag.⁷⁴

⁷¹ Ausnahmen: Verträge im Anwendungsbereich von Art. 305^{bis} revStGB sowie Verträge, bei welchen nicht die Bankdienstleistung, sondern die Steuerhinterziehung den einzigen Vertragszweck bildet. Siehe vorne II.2. S. 47.

⁷² BGE 94 IV 68 E. 2 S. 70 f.; 134 IV 216 E. 6.1 S. 226; BGer Urteil 6B_305/2011 vom 12. Dezember 2011 E. 3.1.

⁷³ HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Personenrecht, Rn. 904 ff. mit Beispielen; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, Rn. 12.23.

⁷⁴ AEBI-MÜLLER, System des Persönlichkeitsschutzes, Rn. 271.

Überwiegen diese Interessen im Einzelfall, entfällt gemäss dem Gesetzestext von Art. 28 Abs. 2 ZGB die Widerrechtlichkeit des Eingriffs.

Die Abwägung zwischen den Interessen des Verletzten auf Unversehrtheit seiner Persönlichkeit und den Interessen des Verletzers, seine Ziele zu erreichen, liegt im Ermessen des Richters.⁷⁵ Dieses Ermessen hat der Richter gestützt auf Art. 4 ZGB auszuüben.⁷⁶ Zu gewichten sind dabei die Art der betroffenen Persönlichkeitsrechte, die Dauer und Tiefe des Eingriffs gegenüber der Tragweite und Bedeutung der in Frage stehenden privaten und öffentlichen Interessen. Die vorgenommenen Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte müssen zudem zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet und notwendig sein.⁷⁷ Sowohl die verfolgten Ziele als auch die verwendeten Mittel müssen schutzwürdig sein.⁷⁸

Die Beurteilung des Rechtfertigungsgrundes des Interessensvorrangs hängt somit sehr stark von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Zur Veranschaulichung sollen an dieser Stelle einige Beispiele angebracht werden. Ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse wurde von der Rechtsprechung beispielsweise als Rechtfertigung anerkannt bei einer Organentnahme⁷⁹ oder bei der Weitergabe von ärztlichen Unterlagen (Operationsplan) an Behörden und Medienschaffende.⁸⁰ Im Bereich der Medienarbeit gilt der Informationsauftrag der Presse jedoch nicht absolut; die Presse muss vielmehr einen triftigen Grund für den Eingriff in die Persönlichkeit belegen können.⁸¹ Die Verbreitung unwahrer persönlichkeitsverletzender Tatsachen ist grundsätzlich immer widerrechtlich und kann nicht durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse gerechtfertigt werden.⁸² Weiter kann die privatdetektivliche Observation eines Versicherten, der des Versicherungsbetrugs verdächtigt wird, durch das öffentliche Interesse an einer wirksamen Missbrauchsbekämpfung und der Aufdeckung und Verhinderung von Versicherungsbetrug gerechtfertigt sein.⁸³

⁷⁵ BGE 101 II 177 E. 6a S. 197; 126 III 305 E. 4a S. 306; 134 III 193 E. 4.6.2 S. 201.

⁷⁶ BGE 126 III 209 E. 3a S. 212.

⁷⁷ BGE 136 III 410 E. 2.2.3 S. 413 f. (privatdetektivliche Observation von Versicherten).

⁷⁸ BGE 126 III 305 E. 4a S. 306.

⁷⁹ BGE 123 I 112 E. 8 S. 132 ff.; vgl. auch 101 II 177 E. 6b S. 198 f.

⁸⁰ BGE 132 III 641 E. 4-6 S. 645 ff.

⁸¹ BGE 126 III 209 E. 3a S. 212.

⁸² BGE 132 III 641 E. 3.2 S. 645.

⁸³ BGE 136 III 410 E. 2.2.3 S. 413 f.; 135 I 169 E. 5.5 S. 174; 129 V 323 E. 3.3.3 S. 325.

Die Persönlichkeitsrechte entfalten auch im vertragsrechtlichen Kontext ihre Wirkung, da der Persönlichkeitsschutz als vertragliche Nebenpflicht in jedem Vertrag mitgeführt wird.⁸⁴ Werden im Rahmen der Vertragsabwicklung diese Nebenrechte verletzt, übernimmt das Vertragsrecht die beschriebenen persönlichkeitsrechtlichen Massstäbe, wozu auch die Rechtfertigung einer Persönlichkeitsverletzung durch Wahrung berechtigter Interessen gehört.

b) Strafrecht

Im Strafrecht wird demgegenüber die Wahrung berechtigter Interessen lediglich als aussergesetzlicher Rechtfertigungsgrund anerkannt. Die Wahrung berechtigter Interessen kann einzig dann angerufen werden, wenn die Tat ein angemessenes und notwendiges Mittel ist, um ein berechtigtes Ziel zu erreichen. Die Tat muss zudem den einzigen möglichen Weg darstellen, um das berechtigte Ziel zu erreichen. Weiter ist die Tat nur dann gerechtfertigt, wenn sie offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, die der Täter zu wahren sucht.⁸⁵ Es fehlt an der Angemessenheit des angewendeten Mittels in Bezug auf den verfolgten Zweck, wenn dem Täter zur Erreichung seines Ziels andere, gesetzliche Mittel offenstehen und ihm zugemutet werden kann, davon Gebrauch zu machen.⁸⁶ Der Täter muss somit zuerst den Rechtsweg mit legalen Mitteln beschreiten und ausschöpfen.⁸⁷ Sind diese Voraussetzungen erfüllt, entfällt die Strafbarkeit.

An diesen Rechtfertigungsgrund werden mithin strenge Anforderungen gestellt.⁸⁸ In der Gerichtspraxis wird seine Anwendbarkeit im Einzelfall denn auch häufig verneint, sei es bei Geheimnisverletzungen durch Weitergabe geheimer Dokumente an die Presse, beispielsweise zwecks Aufdeckung von Missständen,⁸⁹ oder bei Strassenblockaden zur Durchsetzung von

⁸⁴ EMMENEGGER/ZBINDEN, *Aufhebung Bankgeheimnis*, S. 249 f.

⁸⁵ BGE 134 IV 216 E. 6.1 S. 226; 129 IV 6 E. 3.3 S. 15 mit zahlreichen Hinweisen auf die Literatur; 126 IV 236 E. 4d S. 250; 120 IV 208 E. 3a S. 213; BGer Urteil 6B_305/2011 vom 12. Dezember 2011 E. 3.1.

⁸⁶ BGE 94 IV 68 E. 2 S. 70.

⁸⁷ BGE 129 IV 6 E. 3.3 S. 15.

⁸⁸ BGer Urteil 6B_186/2012 vom 11. Januar 2013 E. 1.2.

⁸⁹ BGE 94 IV 68 E. 2 S. 71; 127 IV 122 E. 5c S. 135; BGer Urteil 6B_305/2011 vom 12. Dezember 2011 E. 4.2.

gewerkschaftlichen oder Umweltschutzinteressen.⁹⁰ Hingegen wurde die Berufung auf die Wahrung berechtigter Interessen bejaht bei einem illegal einreisenden Ausländer zwecks Heiratsvorbereitungen nach langer und erfolgloser Bemühung um Einreiseerlaubnis oder bei einem die erlaubte Höchstgeschwindigkeit überschreitenden Motorradfahrer, der als offizieller Begleiter für die Sicherheit der Teilnehmer eines Radrennens zu sorgen hatte.⁹¹ Das Bundesgericht hat zudem mehrmals betont, dass die Berufung auf den Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen dann nur ausnahmsweise in Betracht kommt, wenn für die Lösung der betreffenden Interessenskonflikte im betroffenen Rechtsbereich die materiellen Grundsätze und verfahrensrechtlichen Prinzipien bereits geregelt sind.⁹²

Zu betonen ist noch einmal, dass im Strafrecht die Berufung auf den Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen einzig dann zulässig ist, wenn das zu wahrende (höherwertige) Interesse durch kein anderes legales Mittel geschützt werden kann. Es gilt somit das Prinzip der absoluten Subsidiarität.⁹³ Diese absolute Subsidiarität wird demgegenüber im Rahmen des persönlichkeitsrechtlichen Interessenvorrangs gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB nicht verlangt.⁹⁴

c) Schadenersatzanspruch

Entsteht durch die Wahrung berechtigter Interessen ein Schaden, stellt sich die Frage, ob der Schädiger dafür zivilrechtlich haftbar gemacht werden kann. In der Lehre wird zu Recht plädiert, dass in diesen Konstellationen nach richterlichem Ermessen Schadenersatz zu leisten sei. Als Rechtsgrundlage soll Art. 52 Abs. 2 OR analog herbeigezogen werden.⁹⁵

⁹⁰ BGE 134 IV 216 E. 6.1 S. 226 (Blockade Bareggstunnel für flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe); 129 IV 6 E. 3.5 S. 16 (Blockade von Transporten mit nuklearen Brennelementen für umwelt- und energiepolitische Anliegen).

⁹¹ BGE 117 IV 170 E. 3b S. 178 ff. (illegale Einreise); 113 IV 4 E. 3 S. 7 (Höchstgeschwindigkeitsüberschreitung).

⁹² BGE 120 IV 208 E. 3a S. 213 f. (Urheberrechtsverletzungen); nicht publiziertes Urteil des Kassationshofes vom 22. August 1990, zitiert in BGE 117 IV 170 E. 3b S. 178 f. (Mietrecht: keine Berufung auf Wahrung berechtigter Interessen gegen rechtskräftigen Entscheid über Exmission).

⁹³ STRATENWERTH, Strafrecht AT I, § 10 N 61.

⁹⁴ Siehe dazu auch EMMENEGGER/ZBINDEN, Aufhebung Bankgeheimnis, S. 257.

⁹⁵ HEIERLI/SCHNYDER, Basler Kommentar, N 23d zu Art. 52 OR.

Im vorliegenden Kontext bleibt zu prüfen, ob die deliktsrechtliche Norm von Art. 52 OR auch auf (Bank-)Verträge zur Anwendung kommen kann. Ein Abstellen auf Art. 52 OR bei vertragsrechtlichen Verhältnissen kommt über die Verweisnorm von Art. 99 Abs. 3 OR in Frage, wonach die Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen auf vertragswidriges Verhalten entsprechend zur Anwendung kommen. Das regelmässig auf Bankverträge anwendbare Auftragsrecht enthält keine solchen Bestimmungen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind insbesondere die Normen zur Festsetzung des Schadens (Art. 42 OR),⁹⁶ zur Bestimmung des Ersatzes (Art. 43 Abs. 1 OR)⁹⁷ sowie über die Herabsetzungsgründe (Art. 44 OR)⁹⁸ von der Verweisung in Art. 99 Abs. 3 OR erfasst. In der Literatur wird Art. 52 OR zumeist weder explizit für anwendbar noch explizit für nicht anwendbar erklärt. Er wird in der Regel schlicht nicht erwähnt.⁹⁹ Einige wenige Autoren sprechen sich für die Anwendbarkeit des Art. 52 OR auf Vertragsverhältnisse aus.¹⁰⁰ In Art. 52 Abs. 2 OR geht es um die gerechtfertigte Notstandshandlung. Für daraus entstehende Schäden ist nach Ermessen des Richters Schadenersatz zu leisten. Dieser Absatz betrifft somit das Mass der Haftung und hat deshalb als vom Verweis in Art. 99 Abs. 3 OR erfasst zu gelten. Fügt im Rahmen der Vertragsabwicklung eine Partei der anderen durch die Wahrung berechtigter Interessen einen Schaden zu, wird sie in analoger Anwendung von Art. 52 Abs. 2 OR nach richterlichem Ermessen schadenersatzpflichtig.

d) Zwischenfazit

Der Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen kommt sowohl im Privatrecht als auch im Strafrecht zur Anwendung. Es bestehen jedoch massgebliche Unterschiede. Im Personenrecht ist dieser Rechtfertigungsgrund gesetzlich vorgesehen, im Strafrecht hingegen lediglich als aus-

⁹⁶ BGE 120 II 296 E. 3b S. 299; 105 II 87 E. I.2 S. 88 f.

⁹⁷ BGE 116 II 441 E. 3b S. 446.

⁹⁸ BGE 130 III 591 E. 5.2 S. 600.

⁹⁹ Siehe dazu FURRER/WEY, Handkommentar, OR AT, N 29 ff. zu Art. 99 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT II, Rn. 2906 ff.; GÖKSU, Präjudizienbuch OR, N 3 ff. zu Art. 99 OR; THÉVENOZ, Commentaire Romand, N 14 ff. zu Art. 99 OR; WEBER, Berner Kommentar, N 150 ff. zu Art. 99 OR; WIEGAND, Basler Kommentar, N 14 ff. zu Art. 99 OR.

¹⁰⁰ KREN KOSTKIEWICZ, OR Handkommentar, N 5 zu Art. 99 OR; VON KAENEL, SJZ 103/2007, S. 315 Fn. 28.

sergesetzlicher Rechtfertigungsgrund anerkannt. Überdies ist im Strafrecht die strenge Voraussetzung augenfällig, dass das zu wahrende (höherwertige) Interesse durch kein anderes (legales) Mittel geschützt werden kann. Im Übrigen gehen die bestehenden materiellen Grundsätze und verfahrensrechtlichen Prinzipien zur Lösung von Interessenskonflikten in den einzelnen Rechtsbereichen dem aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen vor. Diese absolute Subsidiarität wird im Persönlichkeitsrecht hingegen nicht verlangt. Hier genügt ein durch richterliche Interessenabwägung ermitteltes überwiegendes privates oder öffentliches Interesse, um eine Persönlichkeitsverletzung zu rechtfertigen.

Die Persönlichkeitsrechte gelten auch im Vertragsrecht. Im Vertragsverhältnis obliegt somit beiden Vertragsparteien der Schutz der Persönlichkeit der anderen Vertragspartei als Nebenpflicht. Im Falle der Verletzung dieser Nebenpflicht im Rahmen der Vertragsabwicklung kommen die persönlichkeitsrechtlichen Massstäbe zur Anwendung.

Kommt es im Rahmen der Wahrung berechtigter Interessen zu einer Schädigung eines Vertragspartners durch den anderen, hat der Schädiger in analoger Anwendung von Art. 99 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 52 Abs. 2 OR Schadenersatz zu leisten.

Nachfolgend ist gestützt auf die vorangehenden Ausführungen zur Rechtslage im Persönlichkeits- und Strafrecht zu prüfen, ob die Wahrung berechtigter Interessen auch als Rechtfertigungsgrund für eine Erfüllungsverweigerung in einem Vertragsverhältnis dienen kann.

2. Wahrung berechtigter Interessen als Rechtfertigungsgrund bei Erfüllungsverweigerung in einem Vertragsverhältnis

Im Vertragsrecht besteht keine gesetzliche Grundlage, wonach sich eine Vertragspartei auf die Wahrung berechtigter Interessen berufen könnte, um die Erfüllung einer Vertragspflicht zu verweigern. Zu Recht wird in der Lehre vorgebracht, dass dieser Rechtfertigungsgrund aus Gründen der Rechtssicherheit in den Rechtsbereichen, in denen er nicht gesetzlich vorgesehen ist, lediglich mit Zurückhaltung angewendet werden sollte.¹⁰¹ Diese Zurückhaltung ergibt sich gleichfalls aus der strafrechtlichen Rechtsprechung, die denjenigen Rechtsbehelfen Vorrang gibt, die in den einzelnen Rechtsbereichen

¹⁰¹ GUHL/KOLLER, Obligationenrecht, § 24 N 29; HEIERLI/SCHNYDER, Basler Kommentar, N 23c zu Art. 52 OR.

zur Lösung von Interessenskonflikten bestehen. Eine Anwendung des Rechtfertigungsgrundes der Wahrung berechtigter Interessen im Zusammenhang mit der Verweigerung einer Vertragspflicht kommt somit nur mit äusserster Zurückhaltung in Frage.

Gegen eine Anwendung dieses Rechtfertigungsgrundes spricht, dass er auf Erfüllungsverweigerungen im Vertragsverhältnis nicht passt. Der Inhalt eines Vertrags wird in der Regel zwischen den Parteien verhandelt und frei vereinbart. Die Parteien bringen dabei ihre spezifischen Interessen ein. Unter Umständen nimmt eine Vertragspartei in einigen Vertragspunkten bewusst eine gegenüber der anderen Vertragspartei nachteilige Position ein, um im Gegenzug in anderen Vertragspunkten eine vorteilhafte Position zu erhalten. Gestützt auf diese Besonderheiten eines Vertragsverhältnisses erscheint es ungerechtfertigt, dass sich eine Vertragspartei während der Vertragsdauer auf die Wahrung berechtigter Interessen als übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund berufen können soll, um ihre nachteilige Stellung, mit der sie bei Vertragsabschluss einverstanden war, zu verbessern.

Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass sich die Verhältnisse im Laufe der Vertragsdauer derart ändern, dass die Stellung einer Vertragspartei über die Massen erschwert wird. Für solche Konstellationen sieht das Vertragsrecht jedoch eigene Anpassungsmechanismen vor. Dabei geht es allerdings nicht darum, dass die vereinbarten Vertragspflichten ausgeglichen und in ein gerechtes Verhältnis gestellt werden. Vielmehr geht es darum, dass der Vertrag an veränderte äussere Verhältnisse angepasst wird, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar waren. Zudem darf die durch die veränderten Verhältnisse verursachte Erschwerung der Stellung einer Partei nicht durch diese selber verschuldet sein.

Zu diesen vertragsrechtlichen Rechtsbehelfen gehören die *clausula*-Regel (*clausula rebus sic stantibus*)¹⁰² und die nachträgliche unverschuldete Leistungsunmöglichkeit gemäss Art. 119 OR.¹⁰³ Diese auf die Besonderheiten der Vertragsverhältnisse zugeschnittenen Rechtsbehelfe tragen dem Umstand Rechnung, dass der Vertragsinhalt zwischen den Parteien ausgehandelt und frei vereinbart wurde und eine Anpassung des Vertrags nur unter strengen Voraussetzungen zulässig sein soll. Sie sollen deshalb nicht mit einer Berufung auf den ungeschriebenen allgemeinen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen umgegangen werden können. Es kann folglich

¹⁰² Siehe dazu hinten VI. S. 79.

¹⁰³ Siehe dazu hinten V. S. 67.

nicht angehen, in Konstellationen, in denen die Voraussetzungen für die *clausula*-Regel oder die Anwendung von Art. 119 OR nicht erfüllt sind, über einen allgemeinen ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen die Erfüllung der Vertragspflicht doch noch verweigern zu können. Im vertraglichen Kontext beschränkt sich der Anwendungsbereich dieses Rechtfertigungsgrundes auf die Fälle von Nebenpflichtverletzungen, namentlich der Verletzung der Persönlichkeit.

Die Bank kann sich demzufolge nicht auf den Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen berufen, um ihre Transferverweigerung zu rechtfertigen. Deshalb ist in den nachfolgenden beiden Abschnitten zu prüfen, ob die Bank die Transferverweigerung gestützt auf ihre eingangs erwähnten Interessen auf Vermeidung einer strafrechtlichen Verfolgung im Ausland und einer aufsichtsrechtlichen Verfolgung im Inland mithilfe eines anderen Rechtsbehelfes rechtfertigen kann. In Frage kommen dabei die nachträgliche unverschuldete Unmöglichkeit gemäss Art. 119 OR (Ziffer V.) und die *clausula*-Regel (Ziffer VI.).

V. Transferverweigerung gestützt auf nachträgliche unverschuldete Leistungsunmöglichkeit (Art. 119 OR)?

Nach den bisherigen Ergebnissen hat der ausländische Kunde einer Bank im Regelfall einen vertraglichen Anspruch darauf, dass Letztere seine Guthaben auch dann weisungskonform transferiert, wenn die Gelder nicht ordnungsgemäss versteuert sind. Dies gilt selbst dann, wenn die Bank bei der Entgegennahme der Gelder den Steuerstatus der Gelder kannte.¹⁰⁴

Hingegen stellt sich die Frage, ob die Bank die Erfüllung des Transferanspruchs verweigern kann, indem sie geltend macht, dass sie sich damit strafrechtlichen Sanktionen im Ausland und aufsichtsrechtlichen Massnahmen im Inland aussetzen würde. Rechtsdogmatisch handelt es sich um die Geltendmachung einer nachträglichen unverschuldeten Leistungsunmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR. Aus der bisherigen Judikatur ist ersichtlich,

¹⁰⁴ Ausnahmen: Verträge im Anwendungsbereich von Art. 305^{bis} revStGB sowie Verträge, bei welchen nicht die Bankdienstleistung, sondern die Steuerhinterziehung den einzigen Vertragszweck bildet. Siehe vorne II.2. S. 47.

dass sich die Banken effektiv auf die genannte Bestimmung berufen haben, um die Transferbeschränkungen zu rechtfertigen.¹⁰⁵

Gemäss Art. 119 Abs. 1 OR gilt eine Forderung als erloschen, soweit durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist. Die genannte Bestimmung setzt mithin voraus, dass eine Forderung zunächst gültig entstanden, ihre Erfüllung aber im Laufe der Vertragsbeziehung unmöglich geworden ist, ohne dass die Unmöglichkeit dem Schuldner zugerechnet werden kann. Die drei wesentlichen Tatbestandsmerkmale von Art. 119 OR lauten demnach: Leistungsunmöglichkeit, Nachträglichkeit, fehlendes Verschulden.

1. Leistungsunmöglichkeit

a) Verbotsnormen und Verbote als Fälle von Art. 119 OR

Es ist heute anerkannt, dass Art. 119 OR nicht nur die tatsächliche, sondern auch die rechtliche Unmöglichkeit erfasst.¹⁰⁶ In einem Grundsatzentscheid aus dem Jahre 1985 hielt das Bundesgericht fest: «Die Unmöglichkeit kann nebst tatsächlichen Gründen auf einer neuen, nachträglich eingetretenen Rechtslage beruhen. So können namentlich behördliche Verbote, beispielsweise Ausfuhrsperrern, den Schuldner hindern, die Leistung vertragsgemäss zu erbringen.»¹⁰⁷

Wird der Bank also der Transfer unversteuerter Gelder direkt verboten oder verstösst sie mit einer solchen Handlung gegen eine Verbotsnorm, so

¹⁰⁵ Siehe dazu beispielsweise *seconda Camera civile del Tribunale d'appello TI*, Urteil 12.2014.206 vom 12. Februar 2015 sowie Urteil 12.2014.130 vom 12. Februar 2015, jeweils Sachverhalt B; *Cour de Justice GE*, Urteil ACPR/294/2014 vom 30. Mai 2014, Sachverhalt B.b und E. 3.3.

¹⁰⁶ Siehe etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT II, Rn. 2560; SCHWENZER, OR AT, Rn. 63.05; WIEGAND, Basler Kommentar, N 9 zu Art. 97 OR.

¹⁰⁷ BGE 111 II 352 E. 2a S. 354. Auch hat das Bundesgericht das Bestehen einer rechtlichen Unmöglichkeit für den Fall der Geldschuld nicht ausgeschlossen. Siehe dazu BGer Urteil 4C.344/2002 vom 12. November 2003 E. 4.2, m.w.N. In der Lehre finden sich restriktivere Auffassungen, wobei fraglich ist, ob diese sich effektiv auf die rechtliche Unmöglichkeit beziehen oder ob sie nicht eher die tatsächliche Unmöglichkeit vor Augen haben. Vgl. etwa BUCHER, OR AT, S. 421 (Erfüllung einer Geldschuld kann rechtlich gesehen nie unmöglich werden). Siehe zudem THÉVENOZ, *Commentaire Romand*, N 6 zu Art. 119 OR (Gattungsschulden fallen nicht unter Art. 119 OR); AEPLI, *Zürcher Kommentar*, N 49 f. zu Art. 119 OR und VON TUHR/ESCHER, OR AT, Band II, S. 95 f. (Gattungsschulden und Geldmangel fallen nicht unter Art. 119 OR).

kann sie sich grundsätzlich auf Art. 119 OR berufen, um die Erfüllung der Transferanweisung zu verweigern.

b) Relevanz ausländischer Verbotsnormen im Steuerbereich (Art. 19 IPRG)

Die Bestimmung in Art. 119 OR erfasst zunächst einmal Verbote oder Verbotsnormen, die der schweizerischen Rechtsordnung angehören bzw. gestützt auf diese ergehen.¹⁰⁸ Das Bundesgericht hat aber bei der Anwendung von Art. 119 OR schon früh auch ausländisches Recht berücksichtigt.¹⁰⁹ Heute kann man für die Voraussetzungen einer Anwendbarkeit ausländischen Rechts auf Art. 19 IPRG zurückgreifen.¹¹⁰ Danach kann das schweizerische Zivilgericht ausländisches Recht berücksichtigen, sofern dieses zwingend angewandt sein will, nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei die Anwendung gebieten und der Sachverhalt mit dem einschlägigen ausländischen Recht einen engen Zusammenhang aufweist (Art. 19 Abs. 1 IPRG). Ob eine ausländische Rechtsnorm zu berücksichtigen ist, beurteilt sich nach ihrem Zweck und den sich daraus ergebenden Folgen für eine nach schweizerischer Rechtsauffassung sachgerechte Entscheidung (Art. 19 Abs. 2 IPRG).

Unabhängig von den jeweiligen einzelstaatlichen Regelungen und ihren Spezifika kann man festhalten, dass beim relevanten ausländischen Recht zwei Konstellationen im Vordergrund stehen: Es geht einmal um die mindestens erkennbare und in Kauf genommene Unterstützung von Steuerverkürzungen zulasten des ausländischen Fiskus (Beihilfe zu Steuerdelikten). Weiter geht es um die mindestens für möglich gehaltene und in Kauf genommene Verschleierung von un versteuerten Geldern (Geldwäscherei), die sowohl nach in- als auch nach ausländischem Recht ab dem 1. Januar 2016

¹⁰⁸ Statt Vieler: HUGUENIN, OR AT/BT, Rn. 815.

¹⁰⁹ BGE 44 II 519 E. 1 S. 525 (einem Schweizer Händler von der englischen Regierung auferlegtes Lieferverbot begründet eine Leistungsunmöglichkeit im Sinne des schweizerischen Rechts). Vgl. aber den gegenteiligen Entscheid in BGE 42 II 179 E. 3-4 S. 183 f. (Zahlungsverbot gestützt auf französisches Kriegsrecht bindet den schweizerischen Richter nicht). Wirkung eines ausländischen Zahlungsverbots offengelassen in BGer Urteil 4C.344/2002 vom 12. November 2003 E. 4.2.

¹¹⁰ Siehe dazu vorne II.1.b) S. 45. Anders als im Fall der Sittenwidrigkeit (Art. 20 OR) besteht bei der Leistungsunmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR keine langjährige Rechtsprechung, die direkt auf die Generalklausel abstellt.

unter den Vortatenbegriff der Geldwäscherei fallen wird. Beides sind Vorsatzdelikte, wobei Eventualvorsatz genügt.¹¹¹

Diese Verbotsnormen und ihre Sanktionen sind bei der Frage, ob seitens der Bank eine Leistungsunmöglichkeit vorliegt, grundsätzlich zu berücksichtigen.¹¹² So steht mit Blick auf Art. 19 IPRG ausser Frage, dass die ausländischen Steuer- und Geldwäschereinormen zwingend angewandt sein wollen. Sodann weisen die hier interessierenden Sachverhalte regelmässig einen engen Zusammenhang mit dem einschlägigen ausländischen Recht auf, geht es doch um die Steuerpflicht des Bankkunden gegenüber seinem Fiskalstaat. Auch kann man angesichts der teilweise drastischen Sanktionen im Ausland jedenfalls in der Tendenz ein schützenswertes und offensichtlich überwiegendes Interesse der Bank an der Berücksichtigung der ausländischen Geldwäscherei- und Steuerstrafnormen im Rahmen eines schweizerischen Zivilverfahrens bejahen. Dieses Ergebnis wird durch die Inlandrelevanz solcher Sanktionen zusätzlich gestützt. Kommt es nämlich zu einem Verfahren im Ausland mit entsprechenden Sanktionen, so wird die FINMA in aller Regel untersuchen, ob die Bank auf der Ebene des Risikomanagements und auf der Ebene der Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung die aufsichtsrechtlichen Vorgaben eingehalten hat.

Art. 19 Abs. 2 IPRG verlangt, dass die in Frage stehende drittstaatliche Norm sowohl nach ihrem Zweck als auch nach dem Ergebnis ihrer Anwendung im konkreten Fall eine nach schweizerischer Rechtsauffassung sachgerechte Entscheidung ermöglicht. Ob den Kriterien von Art. 19 Abs. 2 IPRG eigenständige Bedeutung zukommt¹¹³ oder diese im Rahmen der Bewertung der schutzwürdigen und offensichtlich überwiegenden Interessen zu be-

¹¹¹ Für das schweizerische Recht siehe betreffend Beihilfe zu Steuerdelikten MATTEOTTI/BOURQUIN/MANY, ASA 82, S. 681 ff. und FUHRER, Strafrechtliche Mitverantwortung, S. 195 ff. Betreffend Geldwäscherei siehe etwa BGer Urteil 6B_627/2012 vom 18. Juli 2013 E. 1.2, m.w.N. und PIETH, Basler Kommentar, N 59 zu Art. 305^{bis} StGB.

¹¹² In den Kommentaren zu Art. 19 IPRG finden ausländische Steuergesetze keine Erwähnung. Dies, obwohl die Anwendungsgebiete breit gefasst werden, vgl. nur MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Basler Kommentar, N 24 f. zu Art. 19 IPRG (Erwähnung von Import- und Exportbestimmungen, Wettbewerbsbehinderungs- und Lauterkeitsrecht, Arbeitsrecht, Ausländerrecht, Banken- und Versicherungsaufsichtsrecht, Börsen- und Effektenhandelsrecht, Produkthaftpflicht, Konsumentenschutz oder Familien- und Erbrecht etc.). Man wird den Eindruck nicht los, dass das Steuer(straf-)recht zu einem «Tabu-Bereich» zählte. Das rechtfertigt sich heute nicht mehr.

¹¹³ Vgl. VISCHER, Zürcher Kommentar, N 31 zu Art. 19 IPRG; BGE 130 III 620 E. 3.4-3.5 S. 628-630.

rücksichtigen sind,¹¹⁴ ist umstritten. Die Unterscheidung hat aber für die Anwendung von Art. 19 IPRG keine praktischen Folgen.

Der von der ausländischen Regelung verfolgte Zweck, welcher im Wesentlichen die Bekämpfung von Geldwäscherei oder Steuerdelikten mit Auslandsbezug sein wird, steht grundsätzlich in Einklang mit dem schweizerischen Rechtsverständnis. Dies lässt sich nur schon daraus ableiten, dass die Schweiz ihrerseits ein grosses Interesse an der grenzüberschreitenden Verfolgung von Wirtschaftsdelikten hat. Auch besteht in der Schweiz eine durchaus parallele Rechtslage und die entsprechenden Normen würden bei einem reinen Inlandsachverhalt zum Tragen kommen. Eine rechtsmissbräuchliche Berufung der Bank auf das ausländische Recht, die eine Anwendung von Art. 19 IPRG ausschliessen würde, ist daher in den hier interessierenden Konstellationen zu verneinen.¹¹⁵

Im Ergebnis können ausländische (Steuer-)Strafnormen eine Unmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR darstellen. Vorausgesetzt ist dabei der Nachweis seitens der Bank, dass sie sich bei der Befolgung einer Transferanweisung tatsächlich strafbar machen würde.

c) Relevanz des schweizerischen Aufsichtsrechts?

Im vorangehenden Abschnitt wurde darauf hingewiesen, dass ein Verfahren im Ausland gegen eine Schweizer Bank im Zusammenhang mit un versteuerten ausländischen Kundenvermögen regelmässig eine Untersuchung seitens der FINMA auslöst. Dass diese Untersuchungen auch in Sanktionen münden können, ist belegt.¹¹⁶ Allerdings bezogen sich diese Sanktionen bis anhin auf die systematische Annahme un versteuerter Gelder von Kunden aus Ländern wie den USA zu einem Zeitpunkt, da sich die damit verbundenen Risiken bereits in aller Deutlichkeit manifestiert hatten.

¹¹⁴ Vgl. BUCHER, Commentaire Romand, N 22 zu Art. 19 IPRG; SCHRAMM/BUHR, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, N 11 zu Art. 19 IPRG; BGE 136 III 392 E. 2.3.3.1 S. 397 f.

¹¹⁵ Zu diesem Kriterium siehe SCHWANDER, Rechtsprechung zum internationalen Schuld-, Gesellschafts- und Zwangsvollstreckungsrecht, S. 500.

¹¹⁶ Siehe FINMA, Enforcementbericht 2014, Kasuistik Fall 10, S. 17 sowie Fall 20, S. 22; FINMA, Medienmitteilung «Grenzüberschreitendes Geschäft mit US-Kunden: FINMA gibt Abschluss ihres Verfahrens gegen BSI SA bekannt» vom 30. März 2015. Für eine Übersicht über die Sanktionsmöglichkeiten der FINMA siehe WYSS, Finanzmarktenforcement, S. 125 ff.

Tatsächlich verbieten weder das Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG) noch das Bankengesetz (BankG) das Geschäft mit unversteuerten Kundengeldern. Gleiches gilt für das Positionspapier der FINMA zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft vom 22. Oktober 2010. Das schweizerische Aufsichtsrecht enthält mithin keine Verbotsnormen im Hinblick auf den Transfer unversteuerter Gelder. Sodann ist nicht bekannt, dass die FINMA auch nur einer einzigen Bank verboten hätte, unversteuerte Gelder anzunehmen, zu verwalten oder zu transferieren. Insgesamt fehlt im schweizerischen Aufsichtsrecht eine Verbotsnorm oder ein einzelfallweises Verbot für den Transfer von Geldern, die im Ausland nicht ordnungsgemäss versteuert sind. Die aufsichtsrechtlichen Regeln bleiben damit unterhalb der Schwelle für eine rechtliche Leistungsunmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR.

Hinzu kommt Folgendes: Selbst wenn eine Strafbarkeit im Ausland wegen eines weisungskonformen Transfers als gesichert gilt (was von der Bank zu belegen ist), so folgt daraus keineswegs automatisch die Feststellung einer Verletzung der bankengesetzlichen Risikovorschriften oder des Gewährserfordernisses. Für die FINMA steht bei der Verletzung von steuerrelevanten ausländischen Straftatbeständen nicht das aus ausländischer Sicht verpönte Verhalten im Vordergrund, sondern die Frage nach der angemessenen Beurteilung und Begrenzung der Risiken im grenzüberschreitenden Bankgeschäft. Fehlt es an der zwingenden Verknüpfung zwischen ausländischen und inländischen Verfahren, so ist das Risiko einer Aufsichtssanktion zu wenig konkret, um eine Leistungsunmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR zu begründen. Eine solche darf nicht leichthin angenommen werden, führt sie doch dazu, dass eine Leistung, zu der sich die Bank gültig verpflichtet hat, im Nachhinein erlischt.

Insgesamt kann man die Leistungsunmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR nicht auf das schweizerische Aufsichtsrecht abstützen. Dieses wirkt lediglich als Verstärker der ausländischen Strafnormen. Es unterstreicht die Relevanz von ausländischen steuerbezogenen Straftatbeständen für die Frage der Leistungsunmöglichkeit, ohne deswegen selbst eine Leistungsunmöglichkeit zu begründen.

d) Relevanz bankinterner Reglemente?

In den beiden Entscheiden des Appellationsgerichts Lugano zu den Transferbeschränkungen gegenüber italienischen Bankkunden hatte die Bank jeweils geltend gemacht, die verlangten Barauszahlungen würden gegen ihre

bankinternen Reglemente verstossen. Diese Reglemente seien aufgrund des FINMA-Positionspapiers zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft vom 22. Oktober 2010 ergangen. Darin habe die FINMA dargelegt, dass ein Strafverfahren im Ausland gewährsrechtlich relevant sei und dass zum Risikomanagement der Bank gehöre, die Risiken solcher Strafverfahren zu minimieren.¹¹⁷ Die FINMA habe die entsprechenden Reglemente genehmigt. Würde die Bank dagegen verstossen, so liege darin eine Verletzung des bankengesetzlichen Gewährserfordernisses. Eine solche Verletzung sei der Bank nicht zuzumuten, weshalb eine rechtliche Unmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR vorliege.¹¹⁸

Diese Argumentation fand vor dem Appellationsgericht kein Gehör, weil die besagten Reglemente nicht vorgelegt wurden.¹¹⁹ Es stellt sich aber dennoch die Frage, ob sich die Bank im Falle einer Einreichung der Reglemente auf Art. 119 OR berufen könnte. Das ist zu verneinen. Wenn die Bank sich unter Hinweis auf ihr eigenes Reglement auf eine Leistungsunmöglichkeit beruft, so macht sie eine subjektive Leistungsunmöglichkeit geltend, da nur sie an ihr Reglement gebunden ist. Für einen solchen Fall verlangt das Bundesgericht, dass sich das Leistungshindernis als geradezu «unüberwindbar» erweist.¹²⁰ Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, da die Bank ihr eigenes Reglement jederzeit ändern kann. Würde man in einem solchen Fall eine Leistungsunmöglichkeit bejahen, könnte die Bank ihren vertraglichen Leistungskatalog jederzeit und einseitig abändern, indem sie sich – mit der gültigen Hilfe der FINMA – über den Weg eines bankinternen Reglements in eine nachträgliche Leistungsunmöglichkeit begibt. Eine solche Leistungsunmöglichkeit «à la carte» findet aber im schweizerischen Obligationenrecht keine Grundlage.

Man möge sich dies anhand eines anderen Beispiels verdeutlichen: Beschliesst die Bank in einem abgeänderten Kreditreglement strengere Grundlagen für die Kreditvergabe und wird das Reglement von der FINMA genehmigt, so bedeutet dies keinesfalls, dass die Bank die Auszahlung von

¹¹⁷ FINMA, Positionspapier «Rechtsrisiken», S. 14 ff.

¹¹⁸ Seconda Camera civile del Tribunale d'appello TI, Urteil 12.2014.206 vom 12. Februar 2015, Sachverhalt B; Urteil 12.2014.130 vom 12. Februar 2015, Sachverhalt B.

¹¹⁹ Seconda Camera civile del Tribunale d'appello TI, Urteil 12.2014.206 vom 12. Februar 2015, E. 5.1; Urteil 12.2014.130 vom 12. Februar 2015, E. 5.

¹²⁰ BGE 135 III 212 E. 3.1 S. 218; BGer Urteil 4A_189/2012 vom 2. Oktober 2012 E. 5.2 (insoweit nicht in BGE 138 III 659).

Kredittranchen eines «alten» Kredits nunmehr unter Hinweis auf Art. 119 OR verweigern kann.¹²¹

Im Ergebnis vermag nur die ausländische Strafbarkeit eine Leistungsunmöglichkeit der Bank zu begründen. Ein bankinternes Reglement kann diesen Tatbestand schriftlich festlegen und damit «positivieren». Es kann aber über diese Strafbarkeit hinaus keine rechtlich relevanten Leistungsunmöglichkeiten schaffen. Anders gesagt: Was im Ausland nicht strafbar ist, kann nicht mittels eines bankinternen Reglements zum Strafbarkeitsrisiko erklärt und damit der Leistungsunmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR unterstellt werden.¹²²

e) **Fazit**

Macht sich eine Bank nach ausländischem Recht strafbar, wenn sie die un-
versteuerten Gelder des ausländischen Kunden auf andere Bankkonten
überweist oder bar auszahlt, so liegt darin grundsätzlich ein Leistungshin-
dernis im Sinne von Art. 119 OR. Das Risiko aufsichtsrechtlicher Massnah-
men seitens der FINMA im Zusammenhang mit Verstössen gegen ausländi-
sches Recht rechtfertigt dessen Berücksichtigung im Bank/Kunden-Verhält-
nis (Inlandrelevanz gemäss Art. 19 Abs. 1 IPRG). Das Aufsichtsrecht selbst
vermag mangels entsprechender Verbotsnormen keine eigenständige Lei-
stungsunmöglichkeit zu begründen. Schliesslich kann die Leistungsunmög-
lichkeit auch nicht auf bankinterne Reglemente abgestützt werden.

2. **Nachträglichkeit**

Die Leistungsunmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR ist eine nachträgli-
che.¹²³ Die Forderung des Bankkunden auf den Transfer seiner Gelder gilt
also nur als erloschen, wenn die ausländische Strafbarkeit der Bank *nach*
Vertragsschluss eingetreten ist.

¹²¹ Tatsächlich könnte sie nicht einmal die Auszahlung eines «neuen» Kredites verwei-
gern, den sie in Missachtung ihres eigenen – von der FINMA genehmigten – Kreditreg-
lements mit einem Bankkunden vereinbart hat. Das Reglement ist nicht Vertragsbe-
standteil, seine Einhaltung fällt allein in die Verantwortlichkeitssphäre der Bank.

¹²² Eine andere Frage ist, ob die Bank sich in ihren AGB ein Leistungsverweigerungsrecht
vorbehalten kann, das sich auf ihre internen Reglemente abstützt. Siehe dazu hinten
VII.3.b) S. 106.

¹²³ Statt Vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT II, Rn. 2532; BGE 114 II
274 E. 4 S. 277.

a) Strafbarkeit bei Vertragsschluss

Hat sich die Bank aus der Sicht der ausländischen Rechtsordnung bereits bei Vertragsschluss strafbar gemacht, so steht Art. 119 OR nicht zur Verfügung. Es fehlt an der *nachträglichen* Leistungsunmöglichkeit, und nur diese wird von Art. 119 OR erfasst.

Hat also die Bank bereits bei Vertragsabschluss in Kauf genommen, dass sie den Kunden aus der Sicht des ausländischen Rechts bei der Steuerverkürzung in strafrechtlich relevanter Weise unterstützt (Beihilfe zur Steuerverhinderung), oder dass sie den Zugriff des ausländischen Fiskus auf die un versteuerten Gelder in strafrechtlich relevanter Weise erschwert (Geldwäscherei), so kann sie sich nicht erfolgreich auf Art. 119 OR berufen.

Dass sie das Risiko einer effektiven Strafverfolgung falsch eingeschätzt hat, ändert daran nichts – sie kann sich so wenig darauf berufen wie der Dieb, der geltend macht, er habe nicht damit gerechnet, dass er erwischt werde. Die rechtliche Unmöglichkeit wird allein durch die formelle Rechtslage begründet.¹²⁴ Eine schärfere Durchsetzungspraxis ist unter dem Titel der veränderten Verhältnisse im Sinne der *clausula rebus sic stantibus* zu berücksichtigen, nicht aber unter dem Titel von Art. 119 OR.

Auch eine Berufung auf einen Rechtsirrtum steht der Bank nicht zur Verfügung: Eine Bank, die im cross-border-Geschäft tätig ist, kann sich bezüglich einschlägiger ausländischer Strafbestimmungen nicht auf einen Rechtsirrtum berufen. So hat das Bundesgericht bereits in BGE 111 II 352 festgehalten, dass ein Unternehmen, das auf dem Gebiet der Nukleartechnologie anerkanntermassen spezialisiert sei, die Gesetzgebung des Bundes und die Massnahmen, die gestützt darauf ergehen können, zu berücksichtigen habe – womit auch gesagt ist, dass ein solches Unternehmen die Rechtslage kennen muss.¹²⁵ Auch die FINMA äussert in ihrem Positionspapier «Rechtsrisiken» die Erwartung, dass die Banken die auf sie anwendbaren ausländischen Rechtsvorschriften kennen.¹²⁶ Schliesslich ist der Bank die Berufung auf den Rechtsirrtum auch deshalb verwehrt, weil ein solcher voraussetzt, dass jegliche Kenntnis über die Strafbarkeit einer Handlung fehlt – oder anders gesagt: Dass man von der Erlaubtheit der Handlung ausgeht. Das kann eine Bank, welche die Verkürzung ausländischer Steuern oder das

¹²⁴ AEPLI, Zürcher Kommentar, N 46 zu Art. 119 OR.

¹²⁵ BGE 111 II 352 E. 2b S. 355.

¹²⁶ FINMA, Positionspapier «Rechtsrisiken», S. 15.

Verstecken von Steuersubstrat billigend in Kauf nimmt, nicht ernsthaft geltend machen.

Abschliessend ist zu fragen, ob die bei Vertragsabschluss bestehende Strafbarkeit eine anfängliche Unmöglichkeit im Sinne von Art. 20 OR begründet, so dass der Bankvertrag von Anfang an nichtig ist. Das ist nicht der Fall. Anfänglich unmöglich im Sinne von Art. 20 OR ist nur die Vereinbarung einer Leistung, die überhaupt nicht möglich ist – etwa, weil der Vertragsgegenstand bereits vor Vertragsabschluss untergegangen ist. Die Vereinbarung von banküblichen Leistungen ist aber auch im Hinblick auf ungesteuerte Gelder möglich. Sodann wurde bereits festgehalten, dass ein solcher Vertrag – von wenigen Ausnahmen abgesehen – weder widerrechtlich noch sittenwidrig ist.¹²⁷

b) Strafbarkeit im Laufe der Vertragsbeziehung

Führen neue Gesetze – etwa im Bereich der Geldwäscherei – erst nach Vertragsabschluss dazu, dass die Bank sich mit einem weisungskonformen Guthabentransfer strafbar macht, so ist die Voraussetzung der Nachträglichkeit im Sinne von Art. 119 OR grundsätzlich erfüllt. Dasselbe gilt für den Fall, dass die Bank erst nach Vertragsabschluss erkennen konnte, dass die Gelder nicht versteuert sind – vorher fehlt es am Eventualvorsatz und somit an der Strafbarkeit.

Führt die Bank allerdings *nach* diesem Zeitpunkt strafbare Handlungen¹²⁸ aus, so verliert sie die Möglichkeit einer Berufung auf Art. 119 OR. In einem solchen Fall hat die Bank die einschlägigen Verbote offensichtlich nicht als rechtliches Leistungshindernis angesehen. Die Berufung auf die nachträglich eingetretene Rechtslage wäre daher rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB).

Hingegen ist nicht auszuschliessen, dass die nachträglich eingetretene Rechtslage in späteren Jahren praktische Auswirkungen hat, welche die Bank im Hinblick auf ihre Vertragserfüllung erheblich belastet. Ein solcher Sachverhalt fällt aber nicht unter Art. 119 OR, sondern unter die *clausula rebus sic stantibus*.

¹²⁷ Ausnahmen: Verträge im Anwendungsbereich von Art. 305^{bis} revStGB sowie Verträge, bei welchen nicht die Bankdienstleistung, sondern die Steuerhinterziehung den einzigen Vertragszweck bildet. Siehe vorne II.2. S. 47.

¹²⁸ Eine Strafbarkeit der Bank bedingt dabei zumindest eventualvorsätzliches Handeln.

c) Fazit

Im Ergebnis bietet Art. 119 OR der Bank ein relativ schmales «window of opportunity», um die Transferanordnung über unversteuerte Gelder zu verweigern. Bestand ihre Strafbarkeit schon zu Beginn der Vertragsbeziehung, ist ihr die Berufung auf die *nachträgliche* Leistungsunmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR verwehrt. Ergibt sich eine Strafbarkeit erst im Laufe der Vertragsbeziehung, weil neue Gesetze in Kraft getreten sind oder weil die Bank erst später Kenntnis über den Steuerstatus der Gelder erlangt oder diesen Status erkennen kann, ist eine Berufung auf Art. 119 OR zur Rechtfertigung einer Transferverweigerung grundsätzlich möglich. Sie verliert jedoch aufgrund des Rechtsmissbrauchsverbots die Möglichkeit einer Berufung auf Art. 119 OR, wenn sie die an sich bestehende nachträgliche rechtliche Leistungsunmöglichkeit im Rahmen der Geschäftsbeziehung zunächst unberücksichtigt lässt.

3. Fehlendes Verschulden

Schliesslich setzt die Leistungsunmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR voraus, dass die Bank diese nicht zu verantworten hat. Die Bank hat auf künftige Rechtsentwicklungen, die ihre Strafbarkeit im Fall eines Guthabentransfers begründen, keinen Einfluss. Allerdings fehlt es in diesen Fällen gemäss Bundesgericht auch dann an einer unverschuldeten Leistungsunmöglichkeit, wenn bei Vertragsschluss künftige Rechtsentwicklungen voraussehbar waren.¹²⁹

Für die Bank kann daraus in gewissen Konstellationen eine weitere Hürde für die Berufung auf Art. 119 OR resultieren. Zeichnet sich etwa im Steuermizil des potentiellen ausländischen Kunden eine Neuordnung oder Verschärfung der steuerrelevanten Strafbestimmungen ab, von der auch die Bank betroffen wäre, und geht diese dennoch eine Vertragsbeziehung ein, so ist ihre nachträgliche rechtliche Leistungsunmöglichkeit nicht unverschuldet. Solche Konstellationen sind allerdings von untergeordneter praktischer Bedeutung. Verfolgt man sie gedanklich weiter, so liegt ein Fall der verschuldeten nachträglichen Leistungsunmöglichkeit im Sinne von Art. 97 OR vor. Die Bank wird schadenersatzpflichtig dafür, dass sie die Transferanweisung nicht vertragskonform ausführt. Allerdings liegt ein Mitverschulden

¹²⁹ BGE 111 II 352 E. 2a S. 355.

des Kunden vor (Art. 44 OR), denn er hat der Bank die unversteuerten Gelder zugeführt, die nicht mehr weisungskonform transferiert werden können. Was immer als Schadenersatzpflicht der Bank in dieser hypothetischen Konstellation übrigbleibt, so erfolgt die Ersatzzahlung zwar aus ihrem eigenen, versteuerten Vermögen, aber möglicherweise am Wohnsitz des ausländischen Kunden, dem dieser Erfüllungsort nicht uneingeschränkte Freude bereiten dürfte.¹³⁰

4. Fazit

Verweigert eine Bank dem ausländischen Kunden die Überweisung oder Barauszahlung von unversteuerten Guthaben, so bietet die nachträgliche unverschuldete Leistungsunmöglichkeit (Art. 119 OR) nicht in allen Fällen eine geeignete Rechtsgrundlage. Zwar sind die Straftatbestände im Ausland im schweizerischen Zivilverfahren als Fälle der rechtlichen Leistungsunmöglichkeit zu berücksichtigen (Art. 19 IPRG). Auch hat die Bank auf ausländische Rechtsentwicklungen keinen Einfluss, so dass man ihr kein Verschulden an der Leistungsunmöglichkeit vorwerfen kann. Einen Vorwurf würde sie aber treffen, wenn sie die voraussehbaren Rechtsentwicklungen nicht erkannt oder berücksichtigt hätte.

Das Haupthindernis für die Berufung auf Art. 119 OR liegt in der *Nachträglichkeit* der rechtlichen Unmöglichkeit. Nachträglich unmöglich wird die Erfüllung nur, wenn etwas dazugekommen ist, was vorher nicht da war: Eine nachträgliche Strafbarkeit der Bank. Die Nachträglichkeit fehlt, wenn sich die Bank aus der Sicht des ausländischen Rechts bereits mit der Aufnahme der Geschäftsbeziehung strafbar gemacht hat. Vorausgesetzt ist immerhin, dass die Bank zumindest eventualvorsätzlich handelt. Ist die Strafbarkeit erst im Laufe der Vertragsbeziehung eingetreten, so liegt ein Fall von Art. 119 OR vor. Allerdings scheitert die Bank am Verbot des Rechtsmissbrauchs, wenn sie dieses Leistungshindernis zunächst nicht beachtet und ihre Transferdienstleistungen weiterhin erbracht hat.

¹³⁰ Gestützt auf die übliche Rechtswahlklausel wird schweizerisches Recht zur Anwendung kommen (Art. 116 Abs. 1 IPRG). Verneint man eine stillschweigende Übereinkunft, wonach der Erfüllungsort für Schadenersatzzahlungen in der Schweiz liegen soll, so kommt subsidiär die Regel in Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR zum Zuge (Wohnsitz des Kunden).

Kurz: Mit Art. 119 OR kann nicht ein ursprüngliches Risiko nachträglich auf die Gegenpartei abgewälzt werden. Sodann bleibt es der leistungspflichtigen Partei verwehrt, ein nachträgliches Risiko durch vorbehaltlose Erfüllungshandlungen als nicht relevant zu qualifizieren, und sich später doch noch auf die Relevanz dieses Risikos zu berufen.

VI. Einseitige Anpassung des Vertragsinhalts (*clausula*-Regel)?

Wie bereits dargelegt wurde, hat der Kunde grundsätzlich einen gültigen Anspruch darauf, dass die Bank seine unversteuerten Gelder weisungskonform transferiert. Auf Art. 119 OR kann sich die Bank nur berufen, wenn ihre Strafbarkeit im Ausland nach Vertragsabschluss eingetreten ist. Bestand die von der Bank in Kauf genommene ausländische Strafbarkeit bereits bei Vertragsabschluss und wird sie neuerdings verschärft durchgesetzt, bietet Art. 119 OR der Bank keine rechtliche Grundlage für die Verweigerung einer Transferanweisung.

Hingegen fragt sich, ob die Bank sich in solchen Fällen auf die *clausula rebus sic stantibus* berufen kann. Sowohl bei der *clausula*-Regel als auch bei Art. 119 OR geht es um veränderte Verhältnisse. Art. 119 OR regelt den Sonderfall, dass durch veränderte Verhältnisse (also durch eine neue Rechtslage) die versprochene Leistung unmöglich wird und das Gesetz als Rechtsfolge das Erlöschen der Forderung vorsieht.¹³¹ Die *clausula*-Regel ist demgegenüber hinsichtlich des Tatbestandes breiter und hinsichtlich der Rechtsfolgen flexibler ausgestaltet. Sie erfasst allgemein die Leistungerschwerung durch veränderte Verhältnisse (das heisst die neue Anwendung einer alten Rechtslage) und erlaubt als Rechtsfolge die Auflösung, Verkürzung, Verlängerung oder die inhaltliche Anpassung des Vertrags.¹³² Sie erlaubt mithin eine massgeschneiderte Modifikation des ursprünglichen Pflichtenkanons. Die Aktivierung der *clausula*-Regel setzt voraus, dass die Verhältnisänderung weder vorhersehbar noch vermeidbar war, sie eine gravierende Äquivalenzstörung zur Folge hat und der Vertrag nicht vorbehaltlos erfüllt wur-

¹³¹ AEPLI, Zürcher Kommentar, N 9 zu Art. 119 OR.

¹³² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rn. 1291.

de.¹³³ Weiter darf das Risiko der veränderten Verhältnisse nicht bereits durch Vertrag oder Gesetz einer Partei zugewiesen sein.¹³⁴

Im vorliegenden Kontext kann man der Bank nicht vorhalten, sie habe vorbehaltlos erfüllt; vielmehr weigert sie sich unter Hinweis auf die veränderten Verhältnisse, der Anweisung des Kunden Folge zu leisten. Eine gesetzliche Risikozuweisung in Gestalt einer Gefahrentragungsregel existiert nicht und über entsprechende vertragliche Vereinbarungen ist nichts bekannt. Als zentrale Punkte für die Frage, ob sich die Bank auf die *clausula*-Regel berufen kann, bleiben erstens die Frage nach den veränderten Verhältnissen, die zweitens für die Bank nicht voraussehbar und drittens nicht vermeidbar gewesen sein dürfen und die viertens eine gravierende Äquivalenzstörung bewirken.

1. Veränderte Verhältnisse

Die Anwendung der *clausula*-Regel setzt zunächst voraus, dass sich die Rahmenbedingungen des Vertrages nachträglich verändert haben. Beachtlich sind äussere, objektive sowie vertragserhebliche Ereignisse, welche den Wert der vertraglich geschuldeten Leistung beeinflussen.¹³⁵ Das Vorliegen einer «Sozialkatastrophe», welche zu einer tiefgreifenden Veränderung der allgemeinen Sozialexistenz führt, ist jedoch nicht erforderlich.¹³⁶ Ausreichend sind vielmehr singuläre Ereignisse, welche ihre Auswirkungen am konkreten Vertragsverhältnis offenbaren.¹³⁷ Die Ausführungen zeigen, dass

¹³³ Siehe dazu etwa den Leitentscheid Jolieville, BGE 127 III 300 E. 5b S. 305: Die Anpassung setzt «voraus, dass die Verhältnisänderung weder vorhersehbar noch vermeidbar war, für Fälle wie den vorliegenden eine gravierende Äquivalenzstörung zur Folge hat und der Vertrag nicht vorbehaltlos erfüllt wurde.»

¹³⁴ Für solche Fälle siehe etwa BGE 100 II 345 E. 2b S. 349, m.w.N. Evtl. BGE 129 III 380 E. 2.2 S. 383 im Hinblick auf Art. 337 OR.

¹³⁵ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rn. 1281; HUGUENIN, OR AT/BT, Rn. 328; SCHMIEDLIN, *clausula*, S. 107.

¹³⁶ A.A. BISCHOFF, *Vertragsrisiko*, S. 181, 184 ff., welcher das erforderliche Ausmass einer Sozialkatastrophe anhand von Staatsgefahren und Naturkatastrophen aufzeigt. Unklar JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, *Zürcher Kommentar*, N 729 f. zu Art. 18 OR. Vgl. zudem die Nachweise bei MERZ, *Berner Kommentar*, N 214 zu Art. 2 ZGB.

¹³⁷ Siehe BGE 48 II 366. G.I.M. RAMPINI, *Leistungserschwerung*, Rn. 118; KRAMER, *Berner Kommentar*, N 350 zu Art. 18 OR; TERCIER, *JdT* 1979, S. 208; SCHMIEDLIN, *clausula*, S. 156 f.; SCHMITZ, *Privatversicherungsrecht*, S. 45; BURKHARDT, *Vertragsanpassung*, S. 200, m.w.N. Ähnlich DESCHENAUX, *ZSR* 61, S. 553a f.

die vertragserheblichen Ereignisse im Gegensatz zur rechtlichen Unmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR nicht in einer formellen Änderung der Rechtslage bestehen und sie auch nicht die Stufe einer rechtlichen Unmöglichkeit erreichen müssen. Die Veränderung kann vielmehr auch darin bestehen, dass die praktische Umsetzung der rechtlichen Regelwerke neuen Parametern folgt.

Dass sich die Rahmenbedingungen des Bankgeschäfts mit Privatkunden aus dem Ausland drastisch verändert haben, steht ausser Frage. Erste Anzeichen gab es kurz nach der Jahrtausendwende, man denke etwa an das Qualified Intermediary Agreement vom Januar 2000¹³⁸ oder an das Zinsbesteuerungsabkommen mit der EU vom Oktober 2004.¹³⁹ Im Nachgang zur Finanzkrise ging es dann Schlag auf Schlag. Zu nennen sind etwa: Die Übermittlung von 255 UBS-Kundennamen in die USA (Februar 2009),¹⁴⁰ der Bundesratsbeschluss über die erweiterte Amtshilfe (März 2009),¹⁴¹ der Beschluss des Parlaments zur Übermittlung von 4'500 UBS-Kundendaten in die USA (Juni 2010),¹⁴² die Anklage gegen die Bank Wegelin & Co (Februar 2012) und deren Aufgabe der Geschäftstätigkeit (Januar 2013),¹⁴³ die vom

¹³⁸ QI Agreement, Rev. Proc. 2000-12, 2000-4 I.R.B. 387, basierend auf 26 CFR § 1.1441-1(e)(5). Vgl. für die Auswirkungen auf die Schweizer Banken: Untersuchung der EBK des grenzüberschreitenden Geschäfts der UBS AG mit Privatkunden in den USA vom 18. Februar 2009, S. 5 ff.

¹³⁹ SR 0.641.926.81. In Kraft seit dem 1. Juli 2005. Vgl. das zugehörige Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 zum Zinsbesteuerungsabkommen mit der Europäischen Gemeinschaft (Zinsbesteuerungsgesetz, ZBstG), SR 641.91.

¹⁴⁰ Die Datenlieferung erfolgte am 18. Februar 2009 aufgrund einer von der FINMA erlassenen Verfügung, vgl. BGE 137 II 431 Sachverhalt C.b S. 434. Siehe dazu Ziffer 9 des gleichentags abgeschlossenen *Deferred Prosecution Agreement*, United States of America vs. UBS AG, 09-60033-CR-COHN.

¹⁴¹ EFD, Medienmitteilung zum Beschluss zur Übernahme von Art. 26 OECD-Musterabkommen in zukünftige DBA-Verhandlungen. Inhaltlich bedeutet dies, dass die Schweiz ihren Vorbehalt zurückgezogen hat und neu auch Amtshilfe bei Steuerhinterziehung leistet. Am 17. Juli 2012 beschloss der OECD-Rat eine Revision von Art. 26. Seither sind auch Gruppenanfragen zulässig. Zur Umsetzung vgl. das Bundesgesetz vom 28. September 2012 über die internationale Amtshilfe in Steuersachen (Steueramtshilfegesetz, StAhiG), SR 672.5.

¹⁴² Beschluss vom 17. Juni 2010, AS 2010, S. 2907.

¹⁴³ Die Verurteilung erfolgte am 4. März 2013. Das Plea Agreement wurde am 3. Januar 2013 unterzeichnet, vgl. *United States v. Wegelin & Co.*, S1 12 Cr. 2 (JSR). Zur Chronologie vgl. NOBEL, SZW 2013, S. 531 ff.

Bundesrat veröffentlichte «Weissgeldstrategie» (Dezember 2012),¹⁴⁴ die Unterzeichnung des OECD-/Europarats-Übereinkommens über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen (Oktober 2013),¹⁴⁵ der Beitritt zum FATCA-Abkommen mit den USA (Februar 2013)¹⁴⁶ und schliesslich der Beschluss, per 2018 den automatischen Informationsaustausch einzuführen (Oktober 2014)¹⁴⁷. Gleichzeitig werden nationale Steuer- und Steuerstrafrechtsordnungen heute konsequenter durchgesetzt als in früheren Jahren,¹⁴⁸ zudem hat mit der Digitalisierung die Möglichkeit zugenommen, ausländischen Steuerbehörden ganze Listen von Namen steuerpflichtiger Kunden mit einem Bankkonto in der Schweiz (entgeltlich) zu übermitteln.

Alle diese Entwicklungen stellen das Bankgeschäft mit Kunden, die ausserhalb der Schweiz steuerpflichtig sind, auf eine neue Grundlage, nämlich diejenige der *Steuertransparenz* und *Steuerkonformität*. Diese neue Grundlage ist zudem gekoppelt an ein drastisch erhöhtes Sanktionsrisiko für Steuerpflichtige mit unversteuerten Vermögenswerten und für Banken, die solche Vermögenswerte in ihren Büchern haben. Folglich ist die erste Voraussetzung für die Anwendung der *clausula*-Regel, nämlich das Bestehen veränderter Verhältnisse, gegeben. Mithin kann sich die Bank auf die veränderten Verhältnisse berufen, um den Transfer von unversteuerten Geldern zu verweigern.

¹⁴⁴ Bericht des Bundesrates zur Finanzmarktpolitik des Bundes vom 19. Dezember 2012.

¹⁴⁵ Vgl. SIF, Bericht über internationale Finanz- und Steuerfragen 2014, Ziff. 4.2.1.1. Erläuternder Bericht des Bundesrates zum Übereinkommen des Europarates und der OECD über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen und zur Änderung des Steueramtshilfegesetzes vom 14. Januar 2015.

¹⁴⁶ Die Genehmigung durch das Parlament erfolgte am 27. September 2013, vgl. AS 2014, S. 1741. Die Inkraftsetzung des Bundesgesetzes über die Umsetzung des FATCA-Abkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten (FATCA-Gesetz), SR 672.933.6 erfolgte am 30. Juni 2014, vgl. AS 2014, S. 1582.

¹⁴⁷ Erläuternder Bericht des Bundesrates zur multilateralen Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten und zu einem Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen vom 14. Januar 2015, S. 3. Zur Chronologie vgl. EFD, SIF, Umsetzung des globalen Standards für den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen vom 14. Januar 2015, S. 3. Das MCAA wurde am 19. November 2014 unterzeichnet.

¹⁴⁸ FINMA, Positionspapier «Rechtsrisiken», S. 6, führt zutreffend aus, dass sich die ausländischen Regulierungen nicht verschärft haben, sie aber heute konsequenter durchgesetzt werden.

2. Fehlende Voraussehbarkeit

Als weitere Voraussetzung für die *clausula*-Regel muss die Bank nachweisen, dass die veränderten Umstände, die zur drastischen Erhöhung ihrer Sanktionsrisiken führen, nicht voraussehbar waren.¹⁴⁹ Massgebend ist, ob die Bank nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung mit einer solchen späteren Entwicklung vernünftigerweise rechnen musste.¹⁵⁰ Massgeblicher Zeitpunkt ist der Vertragsabschluss.¹⁵¹

Unvorhersehbar sind auf jeden Fall (aber nicht abschliessend) Ereignisse von höherer Gewalt. Vorhersehbar sind dagegen die normale Teuerung, übliche Konjunkturschwankungen oder schlechte Witterungsverhältnisse.¹⁵² Sogar die Finanzkrise von 2007/2008 und die damit verbundenen Wertschwankungen werden vom Bundesgericht nicht als unvorhersehbar taxiert.¹⁵³ Langzeitverträge unterliegen naturgemäss einem gewissen Verände-

¹⁴⁹ BGE 127 III 300 E. 5b S. 305 f. (Auszonung nicht vorhersehbar). Als Formel wiederholt in BGE 138 V 366 E. 5.1 und 5.2 S. 371; 135 III 1 E. 2.4 S. 10; BGer Urteil 4A_375/2010 vom 22. November 2010 E. 3.1, 4C.49/2004 vom 30. März 2004 E. 2.2. Für die Doktrin siehe etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rn. 1298 (mit Differenzierungen); SCHWENZER, OR AT, Rn. 35.08; HUGUENIN, OR AT/BT, Rn. 330 f.; KRAMER, SJZ 110/2014, S. 280 f.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar, N 242 f. zu Art. 2 ZGB. Umso mehr fällt eine Anpassung ausser Betracht, falls die Parteien eine Änderung vorausgesehen, jedoch auf eine vertragliche Lösung verzichtet haben, siehe KRAMER, SJZ 110/2014, S. 281. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Zürcher Kommentar, N 762 zu Art. 18 OR.

¹⁵⁰ BGer Urteil 4A_375/2010 vom 22. November 2010 E. 3.1 und weiter: «Entscheidend ist mithin, ob die Wahrscheinlichkeit der Verhältnisänderung so gross war, dass für eine vernünftige Person an Stelle der Vertragspartei Grund bestand, beim Entscheid über den Vertragsabschluss oder dessen Ausgestaltung darauf Rücksicht zu nehmen.» Vgl. auch JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Zürcher Kommentar, N 764 zu Art. 18 OR.

¹⁵¹ BGE 135 III 1 E. 2.4 S. 10; 127 III 300 E. 5b/aa S. 305; KRAMER, Berner Kommentar, N 337 zu Art. 18 OR; BISCHOFF, Vertragsrisiko, S. 204; LEU, FS von der Crone, S. 118; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Zürcher Kommentar, N 761 zu Art. 18 OR; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar, N 241 zu Art. 2 ZGB.

¹⁵² HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar, N 242 zu Art. 2 ZGB.

¹⁵³ Finanzkrise von 2007/2008 als solche vom Bundesgericht als nicht *clausula*-relevant betrachtet: vgl. BGE 138 V 366 E. 5.2 S. 371 f.: «Dies zeigt, dass die Finanzkrisen der vergangenen Jahre im historischen Vergleich keinesfalls einzigartig sind. [...] Das Ausmass der Wertschwankungen in den letzten Jahren erscheint jedoch nicht derart aussergewöhnlich und singulär, dass es schlicht nicht erwartet werden konnte.»

rungsrisiko, das in Kauf zu nehmen ist.¹⁵⁴ Auch Gesetzesänderungen gelten als grundsätzlich vorhersehbar.¹⁵⁵ Selbst wenn das Eintreten einer Veränderung als voraussehbar taxiert wird, kann demgegenüber deren Art, Umfang und Auswirkungen auf den Vertrag als unvorhersehbar gelten.¹⁵⁶ Dann müssen aber beide Vertragsparteien eine solche Veränderung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses als ausserhalb des objektiv Möglichen und ihrer subjektiven Vorstellungen betrachtet haben.¹⁵⁷ In der Lehre wird betont, dass an die fehlende Vorhersehbarkeit der Verhältnisänderung keine allzu hohen Anforderungen zu stellen seien.¹⁵⁸

a) Alte und neue Bankverträge

Wendet man diese Kriterien auf die Frage der Transferbeschränkungen an, so wird man bei «alten» Bankverträgen eine fehlende Voraussehbarkeit der Sanktionsrisiken ohne weiteres bejahen. Anders als im Fall der rechtlichen Leistungsunmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR kommt es hier nicht darauf an, ob der Rechtsrahmen, der diese Sanktionen erlaubt, erst nach Vertragsabschluss Geltung erlangt hat. Die veränderten Umstände und deren Voraussehbarkeit können sich im Fall der *clausula*-Regel auch auf die verschärfte Anwendung des bestehenden Rechtsrahmens beziehen.

Eine zunehmende Voraussehbarkeit der Verhältnisänderungen besteht hingegen ab dem Zeitpunkt der ersten Lieferung von Kundendaten der UBS an das US-amerikanische Departement of Justice im Februar 2009. Diese sich abzeichnende Verhältnisänderung betraf in erster Linie die USA. Im europäischen Umfeld setzten die Entwicklungen etwas später ein. Zwischen Herbst 2011 und Frühling 2012 schloss die Schweiz mit Grossbritannien, Deutschland und Österreich jeweils ein Quellensteuerabkommen, welche unter anderem eine Vergangenheitsregularisierung betreffend unbesteuerter Vermögenswerte bei schweizerischen Finanzinstituten enthalten. Die Quellensteuerabkommen mit Grossbritannien und Österreich traten am 1. Januar 2013 in

¹⁵⁴ Vgl. BGE 127 III 300 E. 5b/aa S. 305; 100 II 345 E. 2b S. 348 f. Siehe auch BGE 59 II 372 E. 4 S. 380: Bei einem Mietvertrag auf 15 Jahre ist mit Konjunkturschwankungen zu rechnen.

¹⁵⁵ BGE 127 III 300 E. 5b/aa S. 305. WIEGAND, Basler Kommentar, N 103 zu Art. 18 OR.

¹⁵⁶ BGer Urteil 4A_375/2010 vom 22. November 2010 E. 3.1.

¹⁵⁷ BGer Urteil 4A_375/3010 vom 22. November 2010 E. 3.1.

¹⁵⁸ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar, N 242 zu Art. 2 ZGB; KRAMER, Berner Kommentar, N 339 zu Art. 18 OR; DERS., SJZ 110/2014, S. 281.

Kraft, dasjenige mit Deutschland wurde vom deutschen Parlament abgelehnt.¹⁵⁹ Weiter zahlte die Bank Julius Bär im Jahr 2011 den Betrag von 50 Mio. Euro an die Behörden des deutschen Bundeslandes Nordrhein-Westfalen, um ein drohendes Steuerverfahren abzuwenden.¹⁶⁰ Zudem erfolgten die bekannt gewordenen Datendiebstähle, die solche Risiken sichtbar machten, bereits zu einem früheren Zeitpunkt.¹⁶¹

Wer als Bank zu einem solchen Zeitpunkt Neukunden aus den USA oder dem europäischen Ausland aufnahm, von denen sie wusste oder wissen konnte, dass deren eingebrachtes Vermögen nicht versteuert war, konnte die veränderten Umstände vorhersehen. Entsprechend kann sie sich heute für eine einseitige, nachträgliche Beschränkung der vertraglich geschuldeten Zahlungsdienstleistungen – seien es Überweisungen ins Ausland oder Barauszahlungen – nicht auf die veränderten Umstände berufen. Sie kann also nicht geltend machen, die vertragskonforme Erfüllung ihrer Verpflichtung sei ihr nicht zumutbar, weil sie sich damit im Ausland strafbar mache und ein ausländisches Verfahren möglicherweise zu einer aufsichtsrechtlichen Sanktion im Inland führe. Diese Sanktionen waren im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vielmehr voraussehbar, so dass sich eine Ausnahme vom Grundsatz der Vertragsbindung nicht aufdrängt.

¹⁵⁹ EFD, Medienmitteilungen vom 21. September 2011 (Unterzeichnung mit Deutschland); vom 6. Oktober 2011 (Unterzeichnung mit Grossbritannien); vom 13. April 2012 (Unterzeichnung mit Österreich); vom 12. Dezember 2012 (Ablehnung von Deutschland); vom 31. Dezember 2012 (Inkrafttreten der Quellensteuerabkommen mit Grossbritannien und Österreich).

¹⁶⁰ NZZ vom 15. April 2011, Ablasszahlung von Julius Bär an den deutschen Staat, S. 25.

¹⁶¹ Deutschen Behörden wurden bereits im Jahr 2000 Datensätze von mutmasslichen Steuersündern aus dem Büro des Liechtensteiner Stiftungstreuhanders Herbert Batliner zugespielt, siehe dazu Der Spiegel vom 7. August 2000, Mentalität von Großwildjägern, S. 44 ff. Auch der «grosse Datenklau» von rund 130'000 Kundennamen bei der Genfer Niederlassung der HSBC durch den Informatiker Hervé Falciani wurde bereits 2008 öffentlich bekannt, im Mai 2008 eröffnete die Bundesanwaltschaft ein Strafverfahren. Für eine Zusammenfassung der Ereignisse, die im Jahr 2015 neue Bekanntheit erlangten, siehe NZZ vom 18. April 2015, S. 29 («Falciani war nicht alleine») sowie Medienmitteilung der Bundesanwaltschaft vom 11. Dezember 2014. Siehe auch NZZ vom 14. Dezember 2009, S. 15 («Frankreichs Behörden kennen 130'000 Namen»).

b) Beispiel aus der Judikatur

Beispielhaft kann hier ein Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 8. November 2012 (HE120253-O) erwähnt werden.¹⁶² Eine Gesellschaft panamaischen Rechts, deren wirtschaftlich Berechtigter eine nach US-amerikanischem Recht steuerpflichtige Person (U.S. Person) war, unterhielt bei der beklagten Bank seit November 2010 ein Depot mit Goldmünzen. Vor Ablauf der von der Bank bis zum Juni 2012 angesetzten Frist zum Nachweis der Steuerkonformität verlangte die Kundin von der Bank die Herausgabe der Münzen, was die Bank aber unter anderem mit Hinweis auf ihre Absicht, mit den amerikanischen Steuerbehörden ein FFI-Agreement abzuschliessen, verweigerte.

Wendet man auf diesen Fall die *clausula*-Regel an, so wird man die fehlende Voraussehbarkeit der veränderten Verhältnisse verneinen müssen. Massgeblich für die Vorhersehbarkeit ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im November 2010. Zu diesem Zeitpunkt waren die Entwicklungen im Geschäft mit US-Kunden voraussehbar. Man kann sich sogar fragen, ob es in einem solchen Fall nicht schon an den veränderten Verhältnissen mangelt. Diese müssten zwischen dem Vertragsschluss im November 2010 und der Erfüllungsverweigerung durch die Bank im Juni 2012 eingetreten sein. Stellt man sich auf den Standpunkt, dass sich die Risiken im November 2010 nicht nur abzeichneten, sondern bereits vorhanden waren, scheitert die Anwendung der *clausula*-Regel bereits am ersten Kriterium, nämlich den veränderten Vertragsumständen.

Anzumerken ist zudem, dass in einem solchen Fall auch die Anwendung von Art. 119 OR versagt sein würde: Die Bank kann nicht geltend machen, die Erfüllung eines bestehenden Vertrags sei unmöglich, weil sie damit gegen eine Vereinbarung verstossen würde, die sie künftig abzuschliessen gedenkt.

c) Fazit

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass jedenfalls für Bankverträge über unbesteuerter ausländische Vermögen bis zum Jahr 2009 die veränderten Verhältnisse in Gestalt des Paradigmenwechsels bezüglich der Steuerkonformität und den damit verbundenen Sanktionen nicht voraussehbar waren. Für die Zeit danach ist eine einzelfallweise Überprüfung der Sachla-

¹⁶² Siehe ausführlich zum Entscheid vorne I.2.b)aa) S. 39.

ge erforderlich; insbesondere kommt es darauf an, in welchem Land der Bankkunde steuerpflichtig ist.

3. Fehlende Vermeidbarkeit

Eng mit der Voraussehbarkeit verbunden und meist gleichzeitig mit ihr genannt ist die Voraussetzung der fehlenden Vermeidbarkeit der Verhältnisänderung.¹⁶³ Hier geht es um das Verhalten der Partei, welche sich auf die *clausula*-Regel beruft. Eine solche Berufung wird man ablehnen, wenn die betroffene Partei die Veränderung der Verhältnisse selber herbeigeführt hat und insofern deren negative Folgen hätte vermeiden können.¹⁶⁴ Auch wird gesagt, die veränderten Umstände müssten «ausserhalb des Einflussbereichs» der betroffenen Partei liegen¹⁶⁵ bzw. «unabhängig vom Willen der Parteien» eingetreten sein.¹⁶⁶ In der älteren Rechtsprechung wird zudem betont, das nachträgliche Missverhältnis müsse «ohne Zutun des benachteiligten Kontrahenten durch eine *unverschuldete* Veränderung der Verhältnisse» entstehen, denn «sonst ist es unbehelflich».¹⁶⁷

Knüpft man für die Frage der Vermeidbarkeit an die veränderten Umstände an, wie sie sich allgemein präsentieren, so liegen diese nicht im Einflussbereich der einzelnen Bank. Nicht die einzelne Bank, sondern die internationalen Gremien (GAFI), die jeweiligen nationalen Gesetzgeber und die nationalen Justiz-, Aufsichts- und Strafverfolgungsbehörden haben den Paradigmenwechsel bei den steuerlichen Aspekten des Bankgeschäfts herbeigeführt.

Nun könnte man argumentieren, die Bank habe zwar die neuen Rahmenbedingungen des steuerkonformen Bankgeschäfts nicht herbeigeführt. Hingegen hätte sie vermeiden können, dass sich in ihrem konkreten Fall das allgemeine Sanktionsrisiko nun verwirklicht, indem sie die ursprüngliche Annahme von un versteuerten Geldern hätte verweigern können.

¹⁶³ BGE 138 V 366 E. 5.1 S. 371; 135 III 1 E. 2.4 S. 10; 127 III 300 E. 5b S. 305; BGer Urteil 2C_825/2013 vom 24. März 2013 E. 6.1; 4A_375/2010 vom 22. November 2010 E. 3.1.

¹⁶⁴ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar, N 247 zu Art. 2 ZGB; KRAMER, Berner Kommentar, N 342 f. zu Art. 18 OR; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 770 f. zu Art. 18 OR; BISCHOFF, Vertragsrisiko, S. 216 ff.

¹⁶⁵ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Zürcher Kommentar, N 770 zu Art. 18 OR, unter Hinweis auf BERGER, Schuldrecht, Rn. 1178.

¹⁶⁶ BGer Urteil 4C.150/2005 vom 28. November 2005 E. 5.2.

¹⁶⁷ BGE 59 II 372 E. 3 S. 379 f.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist auf die allgemeine Ebene abzustellen. Bei der Vermeidbarkeit geht es um die Frage, ob man die veränderten Verhältnisse selbst herbeigeführt hat, oder ob es sich um exogene Entwicklungen handelt. Daher ist bei der Vermeidbarkeit zu fragen, ob der Paradigmenwechsel im Steuerbereich ausserhalb des Einflussbereichs der betroffenen Bank gelegen hat – was man klar bejahen kann.

Selbst auf der individuellen Ebene darf man allerdings nicht leichthin davon ausgehen, die Bank habe ihre ausländische Strafbarkeit vermeiden können. Vermeidbar ist, was bei Anwendung der gebührenden Sorgfalt nicht eingetreten wäre. Sorgfältig handelt, wer diejenigen Vorsichtsgebote einhält, deren Beachtung man von einer vernünftigen Person in derselben Lage und unter denselben Umständen erwarten würde.¹⁶⁸ Den Orientierungspunkt bildet also das Verhalten einer sorgfältigen Bank bezüglich der Annahme von un versteuerten Geldern aus dem Ausland im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Dabei geht es vornherein nur um Gelder, die vor dem Paradigmenwechsel angenommen wurden – nach dem Paradigmenwechsel liegen keine veränderten Verhältnisse mehr vor. Bankverträge über un versteuerte Auslandvermögen haben die Schweizer Banken vor dem Ausbruch der Finanzkrise vorbehaltlos abgeschlossen. Das Bankgeschäft mit un versteuerten ausländischen Geldern wurde durch den nationalen Konsens getragen und mittels des Bankgeheimnisses abgesichert. Die Annahme solcher Gelder war nicht unvorsichtig, weshalb man der Bank rechtlich gesehen nicht vorhalten kann, sie hätte den Eintritt der neuen Risiken vermeiden können.

Im Ergebnis ist Folgendes festzuhalten: Die Aktivierung der *clausula*-Regel setzt voraus, dass die Verhältnisänderung unvermeidbar war. Im vorliegenden Kontext besteht die Verhältnisänderung im Paradigmenwechsel hinsichtlich der Steuerkonformität von ausländischen Guthaben bei Schweizer Banken. Der Paradigmenwechsel wurde weder von einer einzelnen noch von der Gesamtheit der Schweizer Banken adäquat kausal herbeigeführt. Er war daher unvermeidbar im Sinne der *clausula*-Regel.

4. Gravierende Äquivalenzstörung

Nach den bisherigen Ergebnissen steht der Bank im Falle einer Transferverweigerung von un versteuerten ausländischen Guthaben die Berufung auf

¹⁶⁸ Statt Vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT II, Rn. 2971.

die *clausula*-Regel in den meisten Fällen zur Verfügung. Es liegen erstens veränderte Verhältnisse im Sinne der *clausula*-Regel vor, die zweitens – jedenfalls für ältere Bankverträge – nicht voraussehbar waren. Auch liegen die veränderten Verhältnisse ausserhalb des Einflussbereichs der Bank und waren somit rechtlich gesehen nicht vermeidbar. Zu prüfen bleibt, ob eine gravierende Äquivalenzstörung vorliegt.

a) Erhebliche Beeinträchtigung des vertraglichen Gleichgewichts

Nach der einen bundesgerichtlichen Formel liegt eine gravierende Äquivalenzstörung nur vor, wenn das Beharren des Kunden auf die Einhaltung des Vertrags eine «wucherische Ausbeutung des Missverhältnisses und damit einen offenbaren Rechtsmissbrauch» darstellt.¹⁶⁹ Nach der anderen Formel genügt für die gravierende Äquivalenzstörung eine «erhebliche Beeinträchtigung» des Gleichgewichts der auszutauschenden Leistungen.¹⁷⁰ An der zweiten Formel ist richtig, dass die Schwelle für die Vertragsanpassung unterhalb des Rechtsmissbrauchs liegt,¹⁷¹ weshalb der erstgenannte Äquivalenzmassstab des Bundesgerichts abzulehnen ist. Zu eng ist die zweite Formel insofern, als sie ausschliesslich auf den Wert der Austauschleistungen abzustellen scheint; tatsächlich sind aber die gesamten Umstände des Vertrags zu würdigen.¹⁷² Dennoch sollte man nicht übersehen, dass die Hürde

¹⁶⁹ Zuletzt BGer Urteil 2C_825/2013 vom 24. März 2014 E. 6.1; BGE 138 V 366 E. 5.1 S. 371. Mit dieser Formel auch BGE 122 III 97 E. 3a S. 98; 107 II 343 E. 2 S. 348. Siehe auch CHAPPUIS, Commentaire Romand, N 56 zu Art. 2 ZGB; STEINAUER, Titre préliminaire, Rn. 603 ff.

¹⁷⁰ BGE 127 III 300 E. 5c S. 306. Siehe auch BGE 135 III 1 E. 2.4 S. 10; BGer Urteil 4A_375/2010 vom 22. November 2010 E. 3.1 (Erfordernis einer gravierenden Äquivalenzstörung, ohne dass auf das Rechtsmissbrauchsverbot verwiesen wird). So etwa KRAMER, SJZ 110/2014, S. 278 f. (erhebliche Äquivalenzstörung); HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar, N 244 zu Art. 2 ZGB (gravierende Äquivalenzstörung); LEU, FS von der Crone, S. 120; KÄLIN, recht 2004, S. 252 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rn. 1300 (offenbares [grobes] Missverhältnis). Siehe zudem STÖCKLI, Synallagma, N 346 (keine qualifizierte Äquivalenzstörung notwendig). Die Differenzen ergeben sich aus den unterschiedlichen dogmatischen Grundlagen, die für die *clausula*-Regel herangezogen werden. Teilweise wird sie auf Art. 2 Abs. 2 ZGB abgestützt, teilweise auf Art. 18 OR. Siehe dazu KRAMER, SJZ 110/2014, S. 275 f.

¹⁷¹ Dazu ausführlich KRAMER, SJZ 110/2014, S. 278 f.

¹⁷² Siehe BGE 100 II 345 E. 2b S. 349 (dort allerdings mit der Rechtsmissbrauchsformel). Siehe etwa BGE 57 II 532 ff. (Der Mieterin einer Zahnarztpraxis wird durch nachträgliche

für die Geltendmachung der *clausula*-Regel hoch bleibt. Entscheide, in denen das Bundesgericht eine genügende Äquivalenzstörung bejaht hätte, sind selten. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER weisen darauf hin, dass sie – mit einer Ausnahme¹⁷³ – alle aus der Zeit des ersten Weltkriegs stammen und ihren Grund in den kriegsbedingten Umwälzungen hatten.¹⁷⁴

Das schliesst aber keineswegs aus, dass auch für neuere Konstellationen die *clausula*-Regel ein geeignetes Gefäss für den Umgang mit veränderten Vertragsumständen bietet. So hat etwa WIEGAND darauf hingewiesen, dass Anpassungen bei den Bonuszahlungen an Bankangestellte im Nachgang zur Finanzkrise auf der Grundlage der *clausula*-Regel zu beurteilen sind.¹⁷⁵ Einen weiteren Anwendungsfall bieten die hier diskutierten Transferverweigerungen, die unversteuerte Vermögen ausländischer Kunden betreffen.

b) Beeinträchtigung bezieht sich auf den Guthabentransfer

Vorab ist zu präzisieren, dass sich die hier relevante Äquivalenzstörung auf die Beeinträchtigung bezieht, die für die Bank aus der Überweisung oder Barauszahlung der ausländischen Kundengelder resultiert. Es geht also nicht darum, dass der ausländische «Steuersünder» für die Bank allgemein gesprochen zu einer Belastung geworden ist. Massgeblich ist allein die Belastung, die aus der Erfüllung seiner Transferanweisung resultiert.

c) Beweislast der Bank

Will die Bank gestützt auf die *clausula*-Regel einseitig Beschränkungen von Guthabentransfers einführen, so muss sie nachweisen,¹⁷⁶ dass die allgemeinen Umwälzungen im Bereich der Steuerkonformität die *konkrete* Bankbeziehung dergestalt beeinflussen, dass der bisherige Anspruch des Kunden auf umfassende Dienstleistungen im Bereich des Zahlungsverkehrs zu einer gravierenden Äquivalenzstörung führt.¹⁷⁷

che Einführung eines Befähigungsnachweises die Ausübung ihrer bisherigen Tätigkeit verwehrt).

¹⁷³ BGE 127 III 300 (Jolieville).

¹⁷⁴ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar, N 245 zu Art. 2 ZGB.

¹⁷⁵ WIEGAND, Finanzmarktkrise, passim.

¹⁷⁶ Zur Beweislast bei der *clausula*-Regel BGer Urteil 2C_285/2013 vom 24. März 2014 E. 6.1.

¹⁷⁷ BGE 100 II 345 E. 2b S. 349; 47 II 440 E. 4 S. 457; 59 II 264 E. 9 S. 304: Keine Partei kann den Anspruch erheben «dass die Vertragserfüllung sich für sie lohnend gestalte»;

In den bisher ergangenen zweitinstanzlichen Urteilen des Tribunale d'appello del Ticino erachtete das Gericht es als nicht genügend nachgewiesen, dass die Bank sich im Falle einer Barauszahlung von 75'000 Euro bzw. 500'000 Euro nach italienischem Recht strafbar machen würde.¹⁷⁸ Anzumerken ist allerdings, dass diese Urteile vor Inkrafttreten der Revision der italienischen Geldwäschereibestimmungen ergingen.

Was die erstinstanzlichen Tessiner Urteile angeht, so beurteilte der Pretore di Lugano die Transferverweigerung ganz überwiegend auf der Grundlage der bankengesetzlichen Gewährsbestimmung (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG) und überprüfte aufgrund des Einzelfalls deren Einhaltung.¹⁷⁹ Die allgemeinen Erwägungen bezüglich einer Gewährsverletzung lauten allerdings ähnlich. Folgende Transferanweisungen führen nach Auffassung des Pretore grundsätzlich nicht zu einer Gewährsverletzung: Transfer auf das Konto einer anderen Schweizer Bank, auf ein Konto im bisherigen oder neuen Wohnsitzstaat des Kunden oder auf ein Konto in Länder, die in seinem Wohnsitzstaat nicht auf einer «schwarzen Liste» geführt werden und die einen «Paper Trail» zulassen. Auch die Barauszahlung mit plausibler Erklärung wird nicht als gewährsrelevant angesehen. Wo diese Konstellationen vorlagen, scheiterten die Banken im Ergebnis mit dem Nachweis der Äquivalenzstörung,¹⁸⁰ was umso beachtlicher ist, wenn man bedenkt, dass die Begehren auf der Grundlage von Art. 257 ZPO gestellt wurden.

Im Ergebnis bleibt es dabei, dass die Bank die Beweislast für die gravierende Äquivalenzstörung trägt. Die Bank muss also die Strafbarkeit im Ausland konkret nachweisen.¹⁸¹ Nur in diesen Fällen kommt eine Transferverweigerung überhaupt in Frage. Sie darf also keine überschüssende Erfül-

KRAMER, SJZ 110/2014, S. 279; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar, N 244 zu Art. 2 ZGB.

¹⁷⁸ Seconda Camera civile del Tribunale d'appello TI, Urteil 12.2014.206 vom 12. Februar 2015, E. 5.2 und E. 6; Urteil 12.2014.130 vom 12. Februar 2015 E. 7.

¹⁷⁹ Das gilt auch für den Entscheid des Pretore della Giurisdizione di Mendrisio-Nord vom 5. September 2014. Dort finden sich allerdings keine allgemeinen Hinweise auf Transferanweisungen, die als nicht gewährsrelevant qualifiziert werden.

¹⁸⁰ Siehe dazu die Urteilsübersicht im Anhang. Hinzuweisen ist etwa auf die Gutheissung einer Klage auf Barauszahlung in Höhe von 827'059 EUR für den Kauf von zwei Wohnungen im Entscheid vom 20. Februar 2013.

¹⁸¹ Eine Strafbarkeit im Inland steht dagegen bei der *clausula*-Regel nicht zur Diskussion. Eine solche wäre zwar im Anwendungsbereich von Art. 305^{bis} revStGB möglich. In diesem Fall konnte die Bank aber keinen gültigen Bankvertrag abschliessen, weshalb der Kunde auch keinen vertraglichen Anspruch auf den Transfer seiner Gelder hat.

lungsverweigerung betreiben und jedes entfernte Risiko einer eigenen Sanktionierung auf den ausländischen Kunden überwälzen.

d) Erstmalige Strafbarkeit der Bank

Führt die vertraglich geschuldete Erfüllung der Transferanweisung des Kunden zu einer erstmaligen ausländischen Strafbarkeit der Bank, so ist das Kriterium der gravierenden Äquivalenzstörung zweifelsfrei erfüllt. Ein solcher Sachverhalt fällt gleichzeitig unter die unverschuldete nachträgliche Leistungsunmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR. Damit zeigt sich auch, dass Art. 119 OR letztlich einen Sonderfall der veränderten Verhältnisse darstellt.¹⁸² Die Erstmaligkeit der Strafbarkeit begründet bei Art. 119 OR die erforderliche Nachträglichkeit der Leistungsunmöglichkeit. Das dort zu prüfende fehlende Verschulden deckt sich weitgehend mit der fehlenden Voraussehbarkeit, die bei der *clausula*-Regel ebenfalls ein Tatbestandsmerkmal bildet.¹⁸³

e) Unzumutbare Erhöhung des bestehenden Sanktionsrisikos seitens der Bank

Wie bereits gezeigt wurde, scheitert die Bank bei der Berufung auf Art. 119 OR, wenn sie sich bereits mit der Annahme und Verwaltung der Gelder strafbar gemacht hat. Vertragsabschluss und Erfüllung bilden ein Kontinuum. Begründet bereits der Vertragsabschluss die Strafbarkeit, fehlt es im Zeitpunkt der Erfüllung an einer *nachträglichen* Leistungsunmöglichkeit. Selbst wenn aber die Strafbarkeit der Erfüllungshandlung erst nachträglich eintritt, so ist der Bank die Berufung auf die rechtliche Leistungsunmöglichkeit aufgrund des Rechtsmissbrauchsverbots verwehrt, wenn sie sich nach dem Eintritt der neuen Strafbarkeit mit neuen Erfüllungshandlungen strafbar macht.

Anders verhält es sich unter dem Titel der *clausula*-Regel. Die Äquivalenzstörung beschränkt sich gerade nicht auf Fälle der Unmöglichkeit –

¹⁸² Siehe dazu den Hinweis vorne VI. (Einleitung) S. 79.

¹⁸³ Dass es nur eine weitgehende und nicht eine umfassende Deckungsgleichheit ist, liegt daran, dass sich bei der nachträglichen (rechtlichen) Leistungsunmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR das Verschulden daran misst, ob die formelle Änderung der Rechtslage/Strafbarkeit für die Bank voraussehbar war. Demgegenüber genügt es bei der *clausula*-Regel, wenn die effektive Erhöhung des bestehenden Sanktionsrisikos nicht voraussehbar war.

sonst würde sich eine separate *clausula*-Regel erübrigen. Sie umfasst jede erhebliche Beeinträchtigung des vertraglichen Gleichgewichts und sie kann deshalb auch vorliegen, wenn sich die bestehenden strafrechtlichen und aufsichtsrechtlichen Risiken für die Bank erheblich erhöhen. Es braucht hier – anders als im Fall von Art. 119 OR – keine formelle Änderung der Rechtslage, sondern es genügt die erhebliche Verschärfung der Rechtspraxis. *A fortiori* genügt es, wenn zwar die Handlungen der Bank bereits strafbar waren, die Strafandrohung aber im Rahmen einer Gesetzesrevision erheblich erhöht wird.¹⁸⁴ Für sich allein genügt allerdings die Verschärfung des Sanktionsrisikos nicht, um die *clausula*-Regel zu aktivieren. Als weitere Voraussetzung kommt hinzu, dass der Bank unter diesen Umständen die Erfüllung ihrer Vertragspflicht nicht mehr zugemutet werden kann.

aa) Erhöhung des Sanktionsrisikos

Mit Blick auf bisherige *ausländische* Verfahren fehlen eindeutige Anhaltspunkte dafür, dass die Erfüllung von Transferanweisungen über unbesteuerterte Gelder zu einer drastischen Erhöhung der ausländischen Sanktionen führt. Ausgelöst wurden die Sanktionen von vornherein nur durch die Annahme und Verwaltung unbesteuerter Gelder und nicht durch deren Weiterleitung oder Auszahlung. In den meisten Fällen ist mit der Transferanweisung eine Kontoschliessung verbunden. In der Sache geht es also um die Frage, welche Sanktionen die Banken zusätzlich befürchten müssen, wenn sie nunmehr den Kunden das «Abschleichen» ermöglichen, indem sie deren Transferanweisungen befolgen.

Im US-Verfahren gegen die *Crédit Suisse* wird der Bank zwar eine «flawed exit»-Strategie vorgeworfen. Das «statement of facts» nennt in diesem

¹⁸⁴ Man kann sich in diesem Zusammenhang fragen, ob die Erhöhung eines bestehenden Sanktionsrisikos überhaupt *clausula*-tauglich ist. Pointiert gesagt würde man es zulassen, dass die Banken sagen: «Was wir gemacht haben, war schon immer kriminell, jetzt aber geht es uns dafür an den Kragen, und darum wollen wir die Verträge ändern können.» Damit verlangt man viel von der Privatrechtsordnung. Nach der hier vertretenen Auffassung darf man das allerdings von ihr verlangen. Denn das Bankgeheimnis und das mit ihm verbundene Geschäft entsprach einer Grundhaltung, die von einer grossen Mehrheit der schweizerischen Bevölkerung getragen wurde, und die durch eine nationale Volksabstimmung im Jahre 1984 bestätigt wurde. Das steuerliche Bankgeheimnis und die damit verbundenen Geschäfte wurden von einem nationalen Konsens getragen. Daran kann auch die Privatrechtsordnung nicht vorbeisehen, so dass man eine Erhöhung der Strafbarkeitsrisiken als *clausula*-relevant ansehen muss.

Zusammenhang die aktive Hilfestellung der Bank bei der weiteren Verschleierung der Gelder mittels entsprechender Hinweise auf andere Finanzinstitute.¹⁸⁵ Dass auch die passive Verabschiedung der US-Kunden im Sinne einer Kontoschliessung mit nachfolgendem Transfer eine aus US-Sicht verpönte Handlung darstellt, die zur Erhöhung der Busse beigetragen hat, ist nicht ersichtlich. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass im Einzelfall dennoch eine drastische Verschärfung des Strafrisikos eintritt. So kann durch die Erfüllungshandlung ein neuer Straftatbestand (z.B. Geldwäscherei zusätzlich zur Beihilfe zu einem Steuerdelikt) erfüllt sein, der den Strafraumen stark erhöht.

Auch mit Blick auf die *Enforcementverfahren* der FINMA fehlen konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Befolgung von Transferanweisungen über unversteuerte Gelder eine erhebliche Verschärfung der aufsichtsrechtlichen Sanktionen bewirkt, welche die FINMA ohnehin schon aufgrund der Entgegennahme solcher Gelder ergreifen würde. Das Positionspapier «Rechtsrisiken» und die einschlägigen FAQs äussern sich nicht zu dieser Konstellation. Auch in den Kurzberichten zu den Enforcementverfahren gegen die UBS und die Crédit Suisse im Zusammenhang mit dem US-Geschäft findet sich zu dieser Frage kein Hinweis.¹⁸⁶ Im Enforcementbericht 2014 lässt sich lediglich nachlesen, dass die bankengesetzliche Gewähr tangiert sei, wenn «das Geschäftsgebaren gegen einschlägige Rechtsnormen, internes Regelwerk, Landesregeln oder vertragliche Vereinbarungen mit Kunden verstösst».¹⁸⁷ Zählen zu den «einschlägigen Rechtsnormen» auch die ausländischen Steuer(straf-)gesetze, so resultiert daraus ein Spannungsverhältnis. Welcher Teilrechtsordnung – ausländischem Steuerrecht oder schweizerischem Privatrecht – in solchen Fällen der Vorzug gebührt, wird im Enforcementbericht 2014 nicht gesagt. So hat die FINMA im Jahr 2014 zwar wegen der «aggressiven» *Annahme* unversteuerter US-Kundengelder Gewährsverfahren ge-

¹⁸⁵ United States vs. Credit Suisse AG, Statement of facts, 19. Mai 2014, Ziff. 60.

¹⁸⁶ Das Enforcement-Verfahren gegen die UBS wurde am 21. Dezember 2008, dasjenige gegen die Crédit Suisse am 21. September 2012 formell abgeschlossen. Die Verfügungen sind nicht publiziert, eine Zusammenfassung findet sich in den einschlägigen FINMA-Kurzberichten. Siehe FINMA, Kurzbericht, Untersuchung der EBK des grenzüberschreitenden Geschäfts der UBS AG mit Privatkunden in den USA, 18. Februar 2009; FINMA, Kurzbericht, Untersuchung der FINMA des Geschäfts der Crédit Suisse mit US-Kunden, 20. Mai 2014.

¹⁸⁷ FINMA, Enforcementbericht 2014, S. 5.

führt.¹⁸⁸ Dass sie aber auch den *Transfer* solcher Gelder als gewährsrelevant ansieht, kann dem Bericht nicht entnommen werden.

Dass also einer Bank, die unversteuerte Gelder ohne Restriktionen transferiert, zusätzliche aufsichtsrechtliche Sanktionen drohen, ist nicht ohne Weiteres ersichtlich. Das liegt aber auch daran, dass die FINMA-Verfahren in aller Regel an ein ausländisches Verfahren gekoppelt sind. Würden dort die Ausführung von Transferanweisungen als Gesetzesverstoss qualifiziert und mit einer Erhöhung der Sanktionen belegt, so könnte dies auch im Inlandverhältnis zu Konsequenzen führen. Insofern kann es im Einzelfall durchaus zu einer «abschleicherbedingten» Verschärfung der Aufsichtssanktionen kommen.

Insgesamt fehlen also eindeutige Anhaltspunkte dafür, dass die Ausführung von «abschleicherrelevanten» Transferanweisungen flächendeckend zu einer drastischen Erhöhung des ausländischen Strafrisikos oder der inländischen Aufsichtssanktionen führen. Ausschliessen kann man es für den Einzelfall aber nicht, insbesondere nicht im Zusammenhang mit Transfers in gewisse Länder (schwarze Listen) oder im Zusammenhang mit substantiellen Barabhebungen. Die Verfolgung von Steuerdelikten ist ein dynamischer Prozess, bei dem sich die Risiken für die betroffenen Banken immer wieder erhöhen. Der Nachweis darüber, dass im Einzelfall eine solche Erhöhung stattgefunden hat, obliegt der Bank.

bb) Unzumutbarkeit

Damit eine Bank einseitig den Transfer von ausländischen Kundenguthaben beschränken oder verweigern kann, genügt es allerdings nicht, dass sich ihre strafrechtlichen Risiken im Ausland und ihre daraus folgenden aufsichtsrechtlichen Risiken im Inland drastisch erhöhen. Im Ausgangspunkt betrifft nämlich die erhebliche Verschärfung bei der Verfolgung von Steuerhinterziehung und Geldwäscherei sowohl die Bank als auch den Kunden. Dabei besteht die kundenseitige Belastung nicht allein oder nicht einmal primär darin, dass er über sein Vermögen nicht mehr frei verfügen kann. Vielmehr ist die faktische Folge der Transferbeschränkung, dass der Kunde zur Bereinigung seiner Steuersituation gezwungen wird. Das zeigen auch die Strafanzeigen von ausländischen Kunden, die den Banken in solchen Fällen eine Nötigung (Art. 181 StGB) vorgeworfen haben.¹⁸⁹ Wenn sich aber das Sankti-

¹⁸⁸ FINMA, Enforcementbericht 2014, Kasuistik Fall 10, S. 17 sowie Fall 20, S. 22.

¹⁸⁹ Siehe dazu vorne I.2.c) S. 41 (Genfer Entscheide).

onsrisiko für beide Parteien gleichermaßen erhöht, so fehlt es an einer Störung des vertraglichen Gleichgewichts.¹⁹⁰

Hingegen liegt eine Störung des vertraglichen Gleichgewichts vor, wenn die Inkaufnahme des verschärften Sanktionsrisikos seitens der Bank *unzumutbar* ist. Dies ist erstens dann der Fall, wenn die veränderte Risikolage die Bank effektiv stärker trifft als den Kunden. Das kann bei einer Praxisverschärfung im Hinblick auf Beihilfehandlungen bei Steuerdelikten der Fall sein. Das Sanktionsrisiko des Kunden verändert sich dadurch nicht, wohl aber das Sanktionsrisiko der Bank. Auch ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die Bank regelmässig neben einem Strafverfahren im Ausland zusätzlich ein Aufsichtsverfahren im Inland zu gegenwärtigen hat. Schliesslich ist auch in Rechnung zu stellen, dass der Kunde der «primary culprit» ist, der sich bis anhin seiner Steuerpflicht entzogen hat.

Zweitens ist die erhebliche Verschärfung des Sanktionsrisikos für die Bank unzumutbar, wenn es dem Kunden zumutbar ist, durch eine Steuerbereinigung das Sanktionsrisiko für beide Parteien erheblich zu mindern. Es ist also zu prüfen, ob dem Kunden im Ausland die Möglichkeit einer Selbstanzeige zur Verfügung steht und welche Sanktionen ihm diesfalls drohen würden. Dabei ist gleichzeitig zu berücksichtigen, mit welchen Straferleichterungen die Bank im Fall einer Steuerbereinigung des Kunden rechnen kann. Dies bedarf einer genauen Analyse und einer anschliessenden Gesamtwürdigung. Damit ist auch gesagt, dass die Bank unter dem Titel der *clausula*-Regel keine einseitige Risikominimierung auf Kosten des Kunden betreiben darf. Nicht jedes abstrakte und diffuse Strafrisiko erfüllt die Voraussetzung der Unzumutbarkeit. Unzulässig wäre es auch, wenn die Bank im Hinblick auf einen möglichen «Goodwill» der ausländischen Behörden ihren Kunden mit einer Transferbeschränkung in eine Steuerbereinigung zwingt, die mit hohen Strafen verbunden ist. Die Unzumutbarkeit der Belastung, die eine Transferbeschränkung der Bank rechtfertigt, ist also ganz wesentlich davon abhängig, ob seitens des Kunden der Gang in die Steuerehrlichkeit zumutbar ist.¹⁹¹

¹⁹⁰ So bereits BGE 59 II 372 E. 3 S. 378: «[Z]u prüfen ist vielmehr, wie sich das ganze Schuldverhältnis unter dem Einfluss der eingetretenen Veränderung nunmehr gestaltet.»

¹⁹¹ Diese Abwägung findet eine Bestätigung in Art. 11 Abs. 4 lit. b der Vernehmlassungsvorlage des Bundesgesetzes über die Finanzinstitute (FINIG). Danach soll die Bank eine Geschäftsbeziehung auflösen, wenn der Kunde die Steuerkonformität nicht nachweisen kann und die Bereinigung der Steuersituation für ihn keine unzumutbaren

Resultiert für die Bank durch die vertragskonforme Ausführung der konkreten Transferanweisung im Einzelfall eine im Vergleich zum Kunden *unzumutbare* Belastung, weil sie vom erhöhten Sanktionsrisiko einseitig betroffen ist oder weil seitens des Kunden die zumutbare Möglichkeit besteht, im Rahmen einer Steuerbereinigung das Sanktionsrisiko für beide Parteien zu mindern, so ist eine gravierende Äquivalenzstörung im Sinne der *clausula*-Regel zu bejahen.

cc) Anwendung

Die soeben beschriebene Gesamtwürdigung der Umstände muss länderspezifisch vorgenommen werden und verlangt nach einer eingehenden Prüfung der einzelnen Faktoren. Dafür besteht vorliegend kein Raum. Mit Blick auf die bereits mehrfach erwähnten italienischen «Steuersünder» soll an dieser Stelle jedoch immerhin auf einige Abwägungselemente hingewiesen werden. Personen, die gegenüber dem italienischen Fiskus steuerpflichtig sind und bis anhin dieser Steuerpflicht nicht nachgekommen sind, können bis zum 30. September 2015 an einem «Voluntary Disclosure»-Programm (VDP) teilnehmen.¹⁹² Teilnehmer haben mit hohen Nachzahlungen (Nachbesteuerung mit Zinsen und Mindestverwaltungsstrafen) zu rechnen, erfahren demgegenüber aber im Bereich des Steuerstrafrechts und der Geldwäscherei volle Straffreiheit.¹⁹³ Damit auch Steuerpflichtige, die ihr Vermögen auf Schweizer Banken deponiert haben, ohne Benachteiligung an diesem Programm teilnehmen können, unterzeichneten die Schweiz und Italien am 23. Februar 2015 ein Änderungsprotokoll zum Doppelbesteuerungsabkommen und eine Roadmap für die Weiterführung des Finanz- und Steuerdialogs der beiden Länder.¹⁹⁴ Die genannte Roadmap enthält eine (rechtlich nicht ver-

Nachteile zur Folge hat. Die Bestimmung soll allerdings im FINIG gestrichen werden und stattdessen in die Botschaft zum AIA-Umsetzungsgesetz aufgenommen werden. Siehe dazu die Medienmitteilung des Bundesrates betreffend FINIG vom 13. März 2015, abrufbar unter: <www.admin.news.ch>.

¹⁹² Das Selbstanzeigeprogramm ist im Gesetz Nr. 186/2014 «Disposizioni in materia di emersione e rientro di capitali detenuti all'estero nonche' per il potenziamento della lotta all'evasione fiscale. Disposizioni in materia di autoriciclaggio.» vom 15. Dezember 2014 geregelt und per 1. Januar 2015 in Kraft getreten.

¹⁹³ Art. 1 des Gesetzes Nr. 186/2014 vom 15. Dezember 2014 in Abänderung von Art. 5^{quinquies} des Gesetzes Nr. 167/1990 vom 28. Juni 1990.

¹⁹⁴ Durch die Unterzeichnung des Änderungsprotokolls wird die Schweiz für die Zwecke des VDP so behandelt, als ob sie nicht auf der italienischen schwarzen Liste wäre. Siehe zum Ganzen die Medienmitteilung des SIF vom 23. Februar 2015.

bindliche) Absichtserklärung seitens von Italien, wonach man die Kooperationsbereitschaft der Schweizer Banken im Zusammenhang mit der Vergangenheitsbewältigung honorieren werde.¹⁹⁵ Hinsichtlich der Zulässigkeit von Transferbeschränkungen ist im Fall der italienischen «Steuersünder» somit einerseits die Tatsache zu berücksichtigen, dass diesen der Gang zur Selbstanzeige offen steht und ihnen – wegen der garantierten Straffreiheit – eine solche auch zuzumuten ist. Andererseits ist in die Abwägung miteinzubeziehen, dass die betroffenen Banken bei Steuerbereinigungen ihrer Kunden mit Strafmindernungen rechnen dürfen. Unter dem Titel der *clausula*-Regel lässt sich daher eine Tendenz hin zur Zulässigkeit von Transferbeschränkungen feststellen

Es ist allerdings relativierend festzuhalten, dass Überweisungen in OECD-Staaten und Barauszahlungen innerhalb eines gewissen Rahmens in Italien keine Strafbarkeit auslösen dürften, was es beim Umfang der einseitigen Transferbeschränkungen zu berücksichtigen gilt. Auch hier gilt also, dass überschüssende Transferbeschränkungen seitens der Banken zivilrechtlich nicht Bestand haben.

Ob es effektiv zu weiteren zivilrechtlichen Klagen von italienischen Bankkunden kommt, ist offen. Für italienische Kunden von Schweizer Banken, die sich gegen eine Steuerbereinigung entschliessen, dürfte sich die Verheimlichung ihrer Vermögen schwierig gestalten. Denn die Roadmap für die Weiterführung des Finanz- und Steuerdialogs sieht vor, dass bereits für die Dauer ab Ratifizierung des Änderungsprotokolls zum Doppelbesteuerungsabkommen (23. Februar 2015) bis zum Inkrafttreten des Automatischen Informationsaustausches Gruppenanfragen über Kunden zugelassen sind, die auf Nachfrage der Bank die Frage nach der Einhaltung der Steuerpflicht verneint oder die Antwort darauf verweigert haben, oder bei denen ein Verdacht auf Steuerhinterziehung bestand und die ihre Konten geschlossen oder die Guthaben darauf substantiell verringert haben.¹⁹⁶ Vermögenswerte, die nicht vor dem 23. Februar 2015 abgezogen wurden, werden also früher oder später dem italienischen Fiskus ins Netz gehen.

¹⁹⁵ «[...] their cooperative attitude in the regularization of the past will be positively taken into consideration in the evaluation of their behavior, whenever it will be necessary. [...]», Roadmap on the Way Forward in Fiscal and Financial Issues between Italy and Switzerland, Ziffer 2.2.6, S. 2.

¹⁹⁶ Roadmap on the Way Forward in Fiscal and Financial Issues between Italy and Switzerland, Ziffer 2.3.1 ff., S. 2 f.

5. Fazit

Im Ergebnis bietet die Rechtsfigur der *clausula rebus sic stantibus* für die rechtliche Beurteilung von Transferbeschränkungen, die seitens der Banken hinsichtlich unversteuerter ausländischer Vermögen vorgenommen werden, für all jene Fälle eine geeignete Grundlage, in denen die ausländische Strafbarkeit der Bank bereits bei Vertragsschluss bestand. Dasselbe gilt für jene Fälle, in denen die ausländische Strafbarkeit im Laufe der Vertragsbeziehung eingetreten ist, von der Bank aber angesichts der fehlenden Strafbarkeit nach schweizerischem Recht in Kauf genommen wurde.¹⁹⁷

Mit Blick auf die einzelnen Voraussetzungen der *clausula*-Regel kann man Folgendes festhalten: Der im Nachgang zur Finanzkrise eingetretene Paradigmenwechsel hinsichtlich der Steuerkonformität und der damit verbundenen Verschärfung der Sanktionsrisiken erfüllt die Voraussetzung der veränderten Verhältnisse im Sinne der *clausula*-Regel. Die fehlende Voraussehbarkeit der Veränderungen wird man bis zum Jahr 2009 (US-Strafverfahren gegen die UBS) bejahen können. Für die Zeit danach ist länderspezifisch auf den Einzelfall abzustellen. Hat beispielsweise eine Bank nach 2009 unversteuerte US-Gelder wissentlich angenommen, ist ihr die Berufung auf die *clausula*-Regel verwehrt.

Sodann liegt der Paradigmenwechsel ausserhalb des Einflussbereichs der einzelnen Bank, weshalb die veränderten Verhältnisse nicht vermeidbar waren. Selbst auf der individuellen Ebene kann man einer Bank nicht vorhalten, sie hätte in der Vergangenheit die Annahme unversteuerter Gelder und damit die heute verschärften Konsequenzen vermeiden können. Die Vermeidbarkeit richtet sich nach dem allgemeinen Sorgfaltsmassstab. Dabei wird das Verhalten einer sorgfältigen Bank in derselben Lage und denselben Umständen als Massstab herangezogen. Das Bankgeschäft mit unversteuerten ausländischen Geldern wurde in der Vergangenheit durch den nationalen Konsens getragen und mittels des Bankgeheimnisses abgesichert. In der Annahme solcher Gelder lag in der Vergangenheit keine Sorgfaltspflichtverletzung. Entsprechend kann der Bank nicht vorgehalten werden, sie hätte durch eine andere Geschäftstätigkeit die nunmehr eingetretenen veränderten Verhältnisse vermeiden können.

¹⁹⁷ Diese Fälle würden bei einer Anwendung von Art. 119 OR scheitern, siehe dazu vorne V.2.b) S. 76.

Die grösste Herausforderung für die Anwendung der *clausula*-Regel auf die Fälle von Transferbeschränkungen liegt im Tatbestandsmerkmal der «gravierenden Äquivalenzstörung». Danach muss die Bank nachweisen, dass die vertragskonforme Ausführung der *konkreten* Transferanweisung eine erhebliche Beeinträchtigung des vertraglichen Gleichgewichts bewirken würde. Hierfür müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Erstens muss die konkrete Transferanweisung zu einer erheblichen Verschärfung des bereits bestehenden Sanktionsrisikos führen.¹⁹⁸ Zweitens darf die Verschärfung für die Bank nicht zumutbar sein. Dies ist dann der Fall, wenn sie die Bank ungleich härter trifft als den Kunden, oder wenn dem Kunden zugemutet werden kann, durch eine Steuerbereinigung das Sanktionsrisiko für beide Parteien erheblich zu mindern. Resultiert für die Bank eine im Vergleich zum Kunden *unzumutbare* Belastung, so ist eine gravierende Äquivalenzstörung im Sinne der *clausula*-Regel zu bejahen.

VII. Prävention: Vertragliche Transferbeschränkungen

Nach den bisherigen Ergebnissen kann die Bank unter bestimmten Voraussetzungen die Anweisung des ausländischen Kunden, seine unversteuerten Gelder zu überweisen oder für die Barauszahlung bereitzuhalten, verweigern, wobei als rechtliche Grundlage die *clausula*-Regel im Vordergrund steht. Eine berechtigte Erfüllungsverweigerung kann gestützt auf die einzelnen Rechtsgrundlagen jedoch einzig unter restriktiven Voraussetzungen erfolgen. Die Bank muss somit das erhebliche Risiko gewärtigen, im konkreten Streitfall zur Ausführung der Transferanweisung verurteilt zu werden.¹⁹⁹ Sie wird daher prüfen, ob sie künftig bei einem Verdacht auf mangelnde Steuerkonformität ihre Zahlungsdienstleistungen vertraglich einschränken kann. Da es sich bei Konto- und Depotverträgen, welche die Zahlungs- und Verwaltungsdienstleistungen der Bank regeln, um Massengeschäfte handelt, sind entsprechende vertragliche Transferbeschränkungen regelmässig in den AGB der Bank zu verankern. Denn ein separater Einbezug in das einzelne Vertragsverhältnis ist gerade im Massengeschäft wenig praktikabel.

¹⁹⁸ Tritt das Sanktionsrisiko (die Strafbarkeit im Ausland) erstmalig bei der Ausführung der Transferanweisung ein, handelt es sich um einen Fall von Art. 119 OR.

¹⁹⁹ Siehe dazu die vorne I.2.a) S. 37 rezipierten Tessiner Urteile.

Das Bedürfnis nach einer vertraglichen Grundlage für Transferbeschränkungen besteht gleichermassen bei Neukunden wie bei bereits bestehenden Kunden. In beiden Konstellationen ist für die Aufnahme von Transferbeschränkungen in den Vertrag die Zustimmung des Kunden²⁰⁰ erforderlich. Die Zustimmung kann nur dann gültig erfolgen, wenn die Transferbeschränkungen einen zustimmungsfähigen Vertragsinhalt darstellen. Es gelten die allgemeinen Schranken des Vertragsrechts und die besonderen Schranken des AGB-Rechts. Die vertragliche Transferbeschränkung muss somit im Rahmen des zwingenden Gesetzesrechts (Art. 20 OR, Art. 27 Abs. 2 ZGB, Art. 8 UWG) zulässig sein. Ausserdem muss der Aufnahmevorgang der Ungewöhnlichkeitsregel genügen. Bei bestehenden Kunden ist überdies zu klären, inwieweit sich die Bank für die Zustimmung des Kunden auf die regelmässig in den AGB enthaltenen Genehmigungs- und Zustellfiktionen berufen kann. Diese Fragen sollen nachfolgend im Einzelnen behandelt werden.

1. Inhaltliche Schranken

Vertragsänderungen sind mit Blick auf ihren Inhalt nur innerhalb der Schranken des Gesetzes (Art. 19 OR) zulässig. Die Rechtslage ist dieselbe wie bei Vertragsabschluss: Vereinbarungen mit unmöglichem, widerrechtlichem oder sittenwidrigem Inhalt sind nichtig (Art. 20 Abs. 1 OR). Verträge, die für eine Partei eine übermässige Bindung beinhalten, sind einseitig unverbindlich (Art. 27 Abs. 2 ZGB).²⁰¹ Eine übermässige Bindung liegt unter anderem dann vor, wenn sich eine Partei der Willkür der anderen auslie-

²⁰⁰ Bei bestehenden Kunden ist die Aufnahme von Transferbeschränkungen als Vertragsänderung zu qualifizieren, die aufgrund der vertraglichen Bindungswirkung ebenfalls der Zustimmung beider Parteien bedarf. Zur Bindungs- und Gestaltungswirkung als Rechtsfolge des Zustandekommen des Vertrags siehe GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rn. 231 f.; HUGUENIN, OR AT/BT, Rn. 187.

²⁰¹ BGE 129 III 209 E. 2.2 S. 214, m.w.N., bestätigt in: BGer Urteil 5C.72/2004 vom 26. Mai 2004 E. 4.2.1. So insb. auch BUCHER, OR AT, S. 239 f. Anders GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rn. 656, 659 (Verträge mit übermässiger Bindung fallen unter die Sittenwidrigkeit i.S.v. Art. 20 OR).

fert,²⁰² indem die grundsätzliche Vertragserfüllungspflicht im Ermessen dieser anderen Partei steht.²⁰³

Werden AGB verwendet, die gegen das Missbrauchsverbot in Art. 8 UWG verstossen, so führt dies zur Nichtigkeit der betreffenden AGB-Bestimmungen im Sinne von Art. 20 OR.²⁰⁴ Nach Art. 8 UWG handelt insbesondere unlauter, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen. Wie das «erhebliche und ungerechtfertigte Missverhältnis» festgestellt werden soll, wird uneinheitlich beantwortet.²⁰⁵ Mehrheitlich wird ein zweistufiges Prüfungsverfahren vorgeschlagen, das aus einer formellen und aus einer materiellen Komponente besteht.²⁰⁶ Im Rahmen des formellen Missverhältnisses wird – soweit vorhanden – das dispositives Gesetzesrecht als Referenzkriterium verwendet. Bei einer erheblichen Abweichung vom dort vorgesehenen Pflichtenkanon ist ein formelles Missverhältnis zu bejahen.²⁰⁷

Die verschiedenen Bankverträge haben das Auftragsrecht als verbindende Grundlage.²⁰⁸ Daraus sowie im Einzelfall aus dem Darlehens- und Hin-

²⁰² Grundlegend: BGE 111 II 330 E. 4 S. 337; 114 II 159 E. 2a S. 162; bestätigt in 123 III 337 E. 5 S. 346; 138 III 322 E. 4.3.2 S. 329. Für die Beurteilung des Übermasses der Bindung siehe HUGUENIN/REITZE, Basler Kommentar, N 14 zu Art. 27 ZGB.

²⁰³ BUCHER, Berner Kommentar, N 15 zu Art. 27 ZGB; HIGI, Gauchs Welt, S. 445; HUGUENIN/MAISSEN, HAVE 2011, S. 106.

²⁰⁴ So die herrschende Lehre, siehe dazu WIDMER, Geschäftsbedingungen, Rn. 323, m.w.N. Dort auch die Hinweise zu den Gesetzesmaterialien, welche diese Sichtweise stützen, namentlich BBl 2009, S. 6152, 6179 und S. 6180; Amtl. Bull NR 2011, S. 229.

²⁰⁵ Siehe WIDMER, Geschäftsbedingungen, Rn. 241, mit zahlreichen Hinweisen.

²⁰⁶ Für ein solches Vorgehen: WIDMER, Geschäftsbedingungen, Rn. 256 ff.; THOUVENIN, Basler Kommentar, N 118 f. zu Art. 8 UWG. Siehe auch SCHMID, ZBJV 2012, S. 10; ABEGGLEN/COENDET/GROSS, Aspekte, S. 104 f. (zweistufiges Verfahren; im Ergebnis Unterscheidung zwischen formeller und materieller Prüfung). Abweichend HESS/RUCKSTUHL, AJP 2012, S. 1199 ff. (formelle und materielle Komponente innerhalb eines 3-teiligen Verfahrens).

²⁰⁷ WIDMER, Geschäftsbedingungen, Rn. 259 ff., m.w.N. Teilweise umstritten, siehe dazu HESS/RUCKSTUHL, AJP 2012, S. 1197. Gleich wie hier etwa KOLLER, AJP 2014, S. 30; THOUVENIN, Basler Kommentar, N 131 zu Art. 8 UWG; SCHMID, ZBJV 2012, S. 15; ABEGGLEN/COENDET/GROSS, Aspekte, S. 103 f.

²⁰⁸ Auftragsrecht ist beispielsweise anwendbar auf folgende Bankverträge: Bankkontovertrag (auch Kontokorrentvertrag oder Kontoeröffnungsvertrag) inkl. Giroabrede: BGE 110 II 283 E. 1 S. 284; 126 III 20 E. 3a/aa S. 21 f.; EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Bankgeschäft,

terlegungsrecht²⁰⁹ ergeben sich insbesondere die Pflichten der Bank zur Ausführung von Überweisungs- oder Auszahlungsaufträgen ihres Kunden (Befolgungspflicht gemäss Art. 397 Abs. 1 OR)²¹⁰ sowie zur Rückerstattung der Guthaben an den Kunden entsprechend seinen Weisungen am Ende der Vertragsbeziehung (Art. 400 Abs. 1, Art. 312 und 318 resp. Art. 475 Abs. 1 OR). Eine erhebliche Abweichung von diesen zentralen Pflichten der Bank in der Bank/Kunden-Beziehung begründet ein formelles Missverhältnis.

Für das materielle Missverhältnis wird darauf abgestellt, ob die Begleitumstände des Vertrags eine ungleiche Verteilung des Pflichtenkanons nahelegen. Hier geht es um Elemente wie die Interessenlage der Parteien, die Möglichkeiten der Risikobeherrschung, das Kräfteverhältnis zwischen den Parteien und die Charakteristika des Vertragsverhältnisses.²¹¹ Häufig wird allerdings durch das formelle Missverhältnis das materielle Missverhältnis indiziert.²¹²

2. Ungewöhnlichkeitsregel

Nach der Ungewöhnlichkeitsregel gelten AGB-Klauseln als nicht übernommen, wenn eine schwächere oder unerfahrene, global zustimmende Partei nicht mit ihnen gerechnet hat und auch nicht mit ihnen rechnen musste.²¹³ Für die Annahme eines Kräfteungleichgewichts genügen die mangelnden Alternativen bei der Vertragsgestaltung.²¹⁴ Als global übernommen gelten

Rn. 655 ff. Depotvertrag: BGE 94 II 167 E. 2 S. 169. Siehe aber auch BGer Urteil 4A_329/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 5 (Hinterlegungsvertragsrecht anwendbar hinsichtlich des Anspruchs auf Herausgabe der Aktien). Differenzierend EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Bankgeschäft, Rn. 729, 769. Vermögensverwaltungsvertrag: BGE 138 III 755 E. 4.2 S. 759; 124 III 155 E. 2b S. 161. EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Bankgeschäft, Rn. 1678.

²⁰⁹ Zur Anwendbarkeit des Darlehensrechts beim Sparkassenvertrag siehe SCHÄRER/MAURENBRECHER, Basler Kommentar, N 34 zu Art. 312 OR. Zur Anwendbarkeit des Hinterlegungsrechts auf den Depotvertrag siehe KOLLER, Basler Kommentar, N 3 zu Art. 475 OR.

²¹⁰ Zur Befolgungspflicht siehe WEBER, Basler Kommentar, N 5 zu Art. 397 OR (spricht von der Pflicht zur strikten Befolgung); FELLMANN, Berner Kommentar, N 101 zu Art. 397 OR (spricht von der grundsätzlichen Pflicht zur Befolgung).

²¹¹ WIDMER, Geschäftsbedingungen, Rn. 268 ff.

²¹² WIDMER, Geschäftsbedingungen, Rn. 266, unter Hinweis auf KUT/STAUBER, Jusletter vom 20. Februar 2012, Rz. 121.

²¹³ BGE 135 III 1 E. 2.1 S. 7; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rn. 1136 f.

²¹⁴ BGE 109 II 452 E. 5a S. 457; FUHRER, Basler Kommentar, N 61 f. zu Art. 33 VVG; KOLLER, AJP 2008, S. 948; WIDMER, Geschäftsbedingungen, Rn. 92.

heute in der Tendenz sämtliche AGB,²¹⁵ insbesondere aber solche, die von einem professionellen Verwender gegenüber einem Konsumenten verwendet werden.²¹⁶ Ungewöhnlich sind namentlich solche Klauseln, die zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Masse vom gesetzlichen Rahmen des einschlägigen Vertragstyps abweichen.²¹⁷

Die Ungewöhnlichkeit schadet allerdings dann nicht, wenn der Verwender bei Vertragsabschluss oder im Zeitpunkt der Vertragsänderung «ausdrücklich und deutlich» auf sie aufmerksam gemacht hat.²¹⁸ Mithin muss sichergestellt sein, dass die einwilligende Partei die ungewöhnliche Klausel effektiv zur Kenntnis genommen hat.²¹⁹ Bei Neukunden kann von einer effektiven Kenntnisnahme ausgegangen werden, wenn diese von der Kundenberaterin auf die Klausel aufmerksam gemacht wurden oder – zwecks Vermeidung von Beweisschwierigkeiten – die Kenntnisnahme dieser Klausel mit separater Unterschrift bestätigt wird. Im Rahmen von Vertragsänderungen kann diesen Anforderungen dadurch Rechnung getragen werden, dass die einzelnen Änderungen separat erwähnt sowie erklärt und objektiv ungewöhnliche Klauseln zusätzlich graphisch hervorgehoben werden. Dies entspricht heute der gängigen Bankenpraxis.

²¹⁵ Die Gerichte wenden die Ungewöhnlichkeitsregel durchweg ohne Prüfung der Frage an, ob effektiv eine Globalübernahme vorliegt, siehe etwa BGE 109 II 452 E. 4 S. 456 f.; 122 III 373 E. 3a S. 378; 135 III 1 E. 2.1 S. 7 f.; BGer Urteil 7B.249/2003 vom 7. Januar 2004 E. 3, 5. Richtig insofern WIDMER, Geschäftsbedingungen, Rn. 90, die für eine allgemeine Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel plädiert.

²¹⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rn. 1128c. Siehe auch die Nachweise bei EMMENEGGER, Retrozessionen, S. 86 Fn. 77.

²¹⁷ BGE 138 III 411 E. 3.1 S. 412 f.; 135 III 1 E. 2.1 S. 7; 119 II 443 E. 1a S. 446; 109 II 452 E. 5b S. 458; BGer Urteil 4A_419/2008 vom 28. Januar 2009 E. 1.3; 4A_187/2007 vom 9. Mai 2008 E. 5.1, jeweils m.w.N. Für die Doktrin statt Vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rn. 1138.

²¹⁸ BGE 135 II 1 E. 2.3 S. 9. Siehe auch BGer Urteil 4A_419/2008 vom 28. Januar 2009 E. 1.5 (spezieller Hinweis bei Vertragsschluss).

²¹⁹ EMMENEGGER/ZBINDEN, Aufhebung Bankgeheimnis, S. 232, mit Hinweis auf BGE 135 III 1 E. 2.3 S. 9 und BGer Urteil 4A_419/2008 vom 28. Januar 2009 E. 1.5. Aus der graphischen Hervorhebung allein kann nicht geschlossen werden, dass der Kunde effektiv Kenntnis genommen hat. Siehe auch ZELLWEGER-GUTKNECHT, recht 2011, S. 83.

3. Beispiele

Transferbeschränkungen kommen für die Bank nicht nur bei fehlendem Nachweis der Steuerkonformität der bei ihr deponierten Vermögenswerte in Frage. Vielmehr können auch gesetzliche Bestimmungen oder bankinterne Richtlinien als Grundlage für die Beschränkung einer Zahlungsdienstleistung dienen. Zudem kann die Transferbeschränkung jeweils in ihrer Intensität variieren. Die Spannweite solcher Transferbeschränkungen reicht von der Totalblockade sämtlicher Vermögenswerte bis zur Zulassung von Überweisungen unter bestimmten Voraussetzungen: Beispielsweise trotz mangelnden Nachweises der Steuerkonformität die Überweisung auf ein Namenkonto im Staat der Steuerpflicht des Kunden, in einem EU-Staat (für Personen mit Wohnsitz innerhalb der EU), in einem OECD-Mitgliedsstaat oder unter Gewährleistung des Paper Trails. In der Folge sollen diese verschiedenen Konstellationen auf ihre Zulässigkeit als vertragliche Grundlage für Transferbeschränkungen untersucht werden.

a) Transferbeschränkungen gestützt auf gesetzliche Grundlagen

Zulässig unter dem Aspekt von Art. 20 OR (einschliesslich Art. 27 Abs. 2 ZGB) sind vorgesehene Einschränkungen des Zahlungsverkehrs, die sich auf eine gesetzliche Grundlage oder deren Ausführungserlasse stützen. Darunter fällt die Kontoblockierung in Bezug auf politisch exponierte Personen (PEP), aufgrund internationaler Sanktionen und bei Geldwäschereiverdacht.²²⁰ Bei Erfüllung der jeweiligen gesetzlichen Voraussetzungen und unter Vorbehalt des Verhältnismässigkeitsprinzips darf beziehungsweise muss die Bank die bei ihr deponierten Vermögenswerte komplett oder teilweise blockieren. Die erwähnten gesetzlichen Grundlagen sind regelmässig zwingender Natur und begründen daher eine Pflicht der Bank zur Blockierung der entsprechenden Vermögenswerte, wobei sich die Bank strafbar macht,

²²⁰ *De lege lata* bestehen diesbezüglich insbesondere die folgenden Rechtsgrundlagen: Art. 9 i.V.m. Art. 10 GwG; Art. 266 Abs. 4 StPO; Art. 184 Abs. 3 BV und die darauf gestützten Verordnungen; Art. 18 und Art. 80a IRSG (SR 351.1); Art. 2 RuVG (SR 196.1), sowie die Verordnungen gestützt auf das EmbG (SR. 946.231). *De lege ferenda* sind die mit der Umsetzung der 2012 revidierten GAFI-Empfehlungen angepassten Art. 9-10 GwG zu beachten, wobei im vorliegenden Kontext der neugeschaffene Art. 9a GwG, welcher die Banken dazu anhält, Zahlungsaufträge grundsätzlich auch nach Meldung an die MROS auszuführen, von hoher Relevanz sein dürfte (siehe hierzu aber auch Art. 33 revGwV-FINMA. Ferner sind die Art. 3 f. E-SRVG beachtlich.

wenn sie dieser Pflicht nicht nachkommt. Der Hinweis auf die Transferbeschränkung gestützt auf inländische gesetzliche Grundlagen besitzt lediglich deklaratorischen Charakter. Unter diesen Umständen erübrigen sich Ausführungen zur Ungewöhnlichkeitsregel.

b) Transferbeschränkungen gestützt auf interne Richtlinien

aa) Inhaltliche Schranken

Nicht zulässig unter dem Aspekt von Art. 20 OR (einschliesslich Art. 27 Abs. 2 ZGB) sind hingegen Klauseln, die der Bank Einschränkungen der Vornahme des Zahlungsverkehrs gestützt auf interne Richtlinien erlauben. Ist die Bank «nicht verpflichtet» Zahlungsausgänge auszuführen, weil diese «nicht im Einklang mit internen oder externen Verhaltensregeln»²²¹ stehen, so stellt sie die Erfüllung einer Hauptleistungspflicht in ihr ausschliessliches Ermessen. Der Kunde bleibt hingegen vollumfänglich an seine eigenen Pflichten gebunden und liefert sich im Hinblick auf eine für ihn essentielle Vertragserfüllung den internen Verhaltensregeln der Bank aus, von deren Inhalt er zu keinem Zeitpunkt Kenntnis hat. Eine solche Knebelung verstösst gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB, der entsprechende Klauselteil ist deshalb einseitig unverbindlich in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR.²²² Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Bank nicht zuletzt im Hinblick auf die Geldwäschereigesetzgebung und die regulatorischen Anforderungen an eine angemessene Organisation Regeln für den Ablauf von Zahlungsdienstleistungen aufstellen muss.²²³ Das Interesse der Bank, die Risiken

²²¹ Beispiel: «Die [Bank] ist nicht verpflichtet, Zahlungsausgänge auszuführen oder Zahlungseingänge zu verarbeiten, die anwendbares Recht, regulatorische Vorschriften, nationale oder internationale Sanktionsmassnahmen oder Anordnungen von zuständigen Behörden verletzen oder *auf andere Weise nicht im Einklang mit internen oder externen Verhaltensregeln stehen.*» Hervorhebung hinzugefügt.

²²² Zu dieser Konstellation von Art. 27 Abs. 2 ZGB siehe vorne VII.1. S. 101.

²²³ Siehe hierzu Art. 24 GwV-FINMA resp. *de lege ferenda* Art. 26 revGwV-FINMA, welcher in Konkretisierung von Art. 8 GwG die Pflicht der Finanzintermediäre zum Erlass von internen Weisungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung statuiert. Nebst dem in Art. 24 Abs. 2 GwV-FINMA aufgelisteten Mindestinhalt der Weisungen hat die zuständige Person oder Stelle die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken (Art. 17 GwV-FINMA bzw. Art. 18 revGwV-FINMA) und insbesondere mit PEP (Art. 18 GwV-FINMA bzw. Art. 19 revGwV-FINMA) zu bewilligen. Im Übrigen muss der Finanzintermediär das Vorgehen bei Erhalt von Zahlungsaufträgen mit unvollständigen Angaben zum Auftraggeber (Art. 10

gegenläufiger Anforderungen vollumfänglich auf den Kunden abzuwälzen, ist zwar verständlich, aber nicht schützenswert. Sie ist es, welche den Zahlungsverkehr professionell betreibt, sie steht als unterstelltes Institut im Dialog mit ihrer Aufsichtsbehörde, sie erstellt die internen Regeln und hat es in der Hand, diese unter möglichst weitgehender Wahrung ihrer privatrechtlichen Verpflichtungen zu formulieren. Falls es im Bereich von Zahlungseinschränkungen, die *nicht* von gesetzlichen oder regulatorischen Vorschriften oder behördlichen Anordnungen abgedeckt sind, zu Widersprüchen zwischen den bankinternen Regeln und den vertraglichen Verpflichtungen kommt, so ist dies ein Geschäftsrisiko, welches die Bank selbst tragen kann und muss. Dies gilt selbst dann, wenn das betreffende interne Reglement von der FINMA genehmigt wurde.²²⁴ Die Genehmigung der FINMA kann das interne Reglement nicht zu einer quasi-behördlichen Anordnung für eine Beschränkung der Zahlungsdienstleistungen erheben. Das interne Reglement bleibt auch nach der Genehmigung durch die FINMA ein von der Bank jederzeit unilateral anpassbares, internes Regelwerk, von dessen Inhalt der Kunde zu keinem Zeitpunkt Kenntnis erhält. Überdies erfolgt die Genehmigung der FINMA einzig gestützt auf aufsichtsrechtliche Vorgaben und Wertungen, welche hauptsächlich die Minimierung von Rechts- und Reputationsrisiken der Banken betreffen. Dabei werden jedoch die vertraglichen Erfüllungsinteressen des Bankkunden nicht miteinbezogen.

Steht fest, dass eine Klausel, die Transferbeschränkungen in das bankinterne Ermessen stellt, gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstösst, erübrigt sich die Frage nach einem möglichen Verstoss gegen die AGB-spezifischen Inhaltschranken. Der Vollständigkeit halber sei festgehalten, dass eine solche Klausel auch vor Art. 8 UWG nicht standhalten würde. Ein Verstoss gegen Art. 8 UWG liegt vor, wenn ein erhebliches (formelles) und ungerechtfertigtes (materielles) Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten besteht. Die Reduktion der bankseitigen Befolgungs- und Herausgabepflicht auf deren eigenen Ermessensentscheid, den sie im Zuge der Formulierung interner Verhaltensregeln trifft, weicht in erheblichem Masse von der dispositiven Ordnung in Art. 397 Abs. 1, Art. 400 Abs. 1, Art. 312 und Art. 475 Abs. 1 OR ab (formelles Missverhältnis). Diese

Abs. 3 GwV-FINMA, welcher *de lege ferenda* aber aufgehoben wird) regeln. Siehe hierzu TAUBE, Sorgfaltspflichten, S. 213, m.w.N.

²²⁴ Für die Bedeutung der Genehmigung durch die FINMA in Bezug auf eine allfällige Leistungsunmöglichkeit der Bank gestützt auf OR 119 siehe vorne V.1.d) S. 72.

Abweichung ist nicht durch die Interessenlage der Parteien gerechtfertigt (materielles Missverhältnis). Nachweislich hat die Bank ein Interesse daran, sich möglichst gegen Zahlungsausgänge, die irgendein Risiko beinhalten könnten, abzusichern. Dem stehen aber die legitimen und überwiegenden Interessen des Kunden gegenüber, dass die Bank ihre Zahlungsdienstleistungen in Nachachtung von Art. 397 Abs. 1 OR erbringt und ihre Herausgabepflicht gemäss Art. 400 Abs. 1, Art. 312 und 318 resp. Art. 475 Abs. 1 OR bei Beendigung der entsprechenden Vertragsbeziehungen erfüllt.

Anzumerken bleibt, dass es hier lediglich um die erste Stufe der Risikoverteilung geht. Sollte sich die Bank im Einzelfall für eine Zahlungsverweigerung entscheiden, ohne dass sie hierfür auf eine Ermessensklausel in den AGB verweisen kann, so liegt darin noch keine endgültige Antwort auf die Frage, ob sie tatsächlich erfüllen muss.²²⁵ Vielmehr geht es nur (aber immerhin) darum, ob die Bank im Rahmen der AGB ihren Pflichtenkanon von vornherein soweit reduzieren kann, dass sie die Konsequenzen ihrer internen Entscheide vollumfänglich auf ihre Kunden abwälzen kann. Nach der hier vertretenen Auffassung und gestützt auf die obenstehenden Erläuterungen kann sie dies nicht.

bb) Ungewöhnlichkeit

Gestützt auf die vorangehenden Ausführungen braucht die Frage der Ungewöhnlichkeit nicht mehr erläutert zu werden. Denn selbst bei entsprechenden Hinweisen und Hervorhebungen steht Art. 27 Abs. 2 ZGB einer Übernahme entgegen.

Im Sinne einer subsidiären Prüfung ist festzuhalten, dass eine solche Klausel auch den *Gewöhnlichkeits-Test* nicht bestehen würde. Die Zahlungsdienstleistungen der Bank gehören zum Kern des Bank/Kunden-Vertrags; die Bank ist verpflichtet, die diesbezüglichen Anweisungen des Kunden zu befolgen (Art. 397 Abs. 1 OR). Weiter hat die Bank bei Beendigung der Bankverträge, welche der Kunde grundsätzlich jederzeit kündigen kann (Art. 404 Abs. 1 OR), dem Kunden die bei ihr deponierten Vermögenswerte herauszugeben (Art. 400 Abs. 1, Art. 312 und 318 resp. Art. 475 Abs. 1 OR). Ein Recht der Bank, die Anweisungen des Kunden aufgrund interner Entscheidvorgänge *nicht* zu befolgen, beziehungsweise bei Beendigung der Ver-

²²⁵ Siehe dazu vorne IV.-VI.

tragsbeziehung die Herausgabe zu verweigern, wird und muss nicht erwartet werden.

Ohne entsprechende Kautelen bei der Übernahme einer solchen Klausel würde sie also nicht Bestandteil des Vertrags – wobei noch einmal zu betonen ist, dass die Klausel bereits an der allgemeinen Inhaltskontrolle (Art. 27 Abs. 2 ZGB) scheitert.

c) Transferbeschränkungen bei fehlendem Nachweis der Steuerkonformität

aa) Nachweis der Steuerkonformität

Zunächst ist die Zulässigkeit der vertraglich vorbehaltenen Aufforderung zum Nachweis der Steuerkonformität an sich zu untersuchen. Bei bejahter Zulässigkeit ist anschliessend zu prüfen, ob und inwieweit der geforderte Steuernachweis im Vertrag definiert werden muss, damit der Kunde gültig zustimmen kann.

Klar zu stellen bleibt an dieser Stelle, dass sich die Frage der gültigen Zustimmung des Kunden lediglich dann stellt, wenn sich die Bank eine Prüfung der Steuerkonformität samt möglichen Transferbeschränkungen vertraglich vorbehält. Ist der Konformitätsnachweis hingegen eine Bedingung für die Aufnahme der Geschäftsbeziehung, kommt ohnehin einzig dann ein Vertrag zustande, wenn der Nachweis erbracht wird.

(1) Inhaltliche Schranken

Vorab ist festzuhalten, dass die Aufforderung zum Nachweis der Steuerkonformität an sich weder gegen Art. 20 OR (inkl. Art. 27 Abs. 2 ZGB) verstösst noch die Inhaltsschranken des AGB-Rechts verletzt (Art. 8 UWG). Letztere erfordern ein erhebliches (formelles) und ungerechtfertigtes (materielles) Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten. Die Zuhilfenahme des dispositiven Gesetzesrechts als Referenzpunkt (formelles Missverhältnis) offenbart – wie im Kontext der Ungewöhnlichkeitsregel – eine erhebliche Abweichung, welche einzig durch den fehlenden Nachweis der Steuerkonformität ausgelöst wird. Namentlich betrifft dies die Befolgungspflicht gemäss Art. 397 Abs. 1 OR sowie die Rückgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1, Art. 312 und 318 resp. Art. 475 Abs. 1 OR. Formell gesehen liegt folglich ein Missverhältnis vor. Dieses ist aber mit Blick auf die Interessenlage der Parteien (materielles Missverhältnis) gerechtfertigt. Die Bank hat ein legitimes Interesse daran, ihre Dienstleistungen nur

steuerkonformen Kunden anzubieten. Eine solche Klausel hat daher vor Art. 8 UWG Bestand.

Demzufolge stellt sich nun die Frage, ob und inwieweit vertraglich definiert werden muss, worin der Nachweis der Steuerkonformität zu bestehen hat, damit der Kunde gültig zustimmen kann. Wird der geforderte Nachweis der Steuerkonformität im Vertrag in keiner Weise definiert, liegt es vollständig im Ermessen der Bank, ob ein ausreichender Nachweis vorliegt. Dadurch liefert sich der Kunde der Willkür der Bank aus. Diese Konstellation ist somit als Verstoss gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB zu qualifizieren. Ein Verstoss gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB ist auch unter dem Vorbehalt anzunehmen, dass die Bank keine schikanösen oder treuwidrigen Anforderungen an den Konformitätsnachweis stellen darf (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben legt zwar den äusseren Rahmen der Handlungsmöglichkeiten der Bank fest, es liefert für sich allein jedoch keine fixen Anhaltspunkte für den Bankkunden. Denn innerhalb dieses Rahmens liegt es weiterhin und vollständig im Ermessen der Bank, welchen Nachweis sie im konkreten Fall als genügend erachtet. Folglich müssen die Anforderungen an den Steuerkonformitätsnachweis in der Vertragsklausel dergestalt umschrieben sein, dass der Kunde zumindest abschätzen kann, welcher Nachweis von ihm konkret verlangt werden wird. Diese Voraussetzungen sind dann erfüllt, wenn sich die Bank in ihren AGB vorbehält, jederzeit eine Selbstdeklaration des Kunden betreffend seine Steuerkonformität zu verlangen. Diesfalls ist für alle Bankkunden klar ersichtlich, dass von ihnen verlangt wird, die Steuerkonformität ihrer Vermögenswerte zu bestätigen. Falls die Bank in Bezug auf bestimmte Staaten weitere Nachweise verlangen will, muss sie diese explizit in den AGB festhalten. Dies kann beispielsweise in einem Anhang erfolgen.

(2) Ungewöhnlichkeit

Die Aufforderung zum Nachweis der Steuerkonformität an sich begründet keine Ungewöhnlichkeit im Sinne der Ungewöhnlichkeitsregel. Im Rahmen des Auftragsrechts führt eine solche Kundenobliegenheit nicht zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters (Zyniker mögen dies anders sehen) und sie fällt auch nicht aus dem gesetzlichen Rahmen des anwendbaren Vertragstypus.

Demgegenüber ist eine völlig offene Klausel, welche den verlangten Steuernachweis in keiner Weise umschreibt, als ungewöhnlich im Sinne der Ungewöhnlichkeitsregel zu qualifizieren. Die Zahlungsdienstleistungen sind die Hauptleistungspflicht der Bank im Bank/Kunden-Vertrag. Die Bank

muss die diesbezüglichen Weisungen des Kunden grundsätzlich ausführen (Art. 397 Abs. 1 OR). Weiter hat die Bank bei Beendigung der Bankverträge, welche der Kunde grundsätzlich jederzeit vornehmen kann (Art. 404 Abs. 1 OR), dem Kunden die bei ihr deponierten Vermögenswerte herauszugeben (Art. 400 Abs. 1, Art. 312 resp. Art. 475 Abs. 1 OR). Eine solche völlig offene Klausel stellt die Beurteilung der Steuernachweise und eine damit einhergehende allfällige Einschränkung der Zahlungsdienstleistungen resp. der Herausgabe der deponierten Vermögenswerte hingegen komplett ins Ermessen der Bank. Mit einer derartigen Berechtigung der Bank zur Aufhebung ihrer Hauptleistungspflicht resp. zur Einschränkung der Herausgabepflicht bei Beendigung der Bankbeziehung nach ihrem alleinigen Ermessen wird und muss der Bankkunde nicht rechnen.

Ohne entsprechende Kautelen bei der Übernahme einer solchen völlig offenen Klausel würde sie also nicht Bestandteil des Vertrags – wobei abermals zu betonen ist, dass die Klausel bereits an der allgemeinen Inhaltskontrolle (Art. 27 Abs. 2 ZGB) scheitert.

(3) Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Kunde grundsätzlich zustimmen kann, den Nachweis der Steuerkonformität seiner Vermögenswerte zur Bedingung von Zahlungsdienstleistungen zu machen. Eine völlig offene Vertragsklausel, wonach es im alleinigen Ermessen der Bank liegt, ob ein ausreichender Steuerkonformitätsnachweis vorliegt, verstösst jedoch gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB und ist zudem als ungewöhnlich im Sinne der Ungewöhnlichkeitsregel zu qualifizieren. Kein Verstoß gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB sowie gegen die Ungewöhnlichkeitsregel liegt hingegen vor, wenn der Kunde aus der Formulierung der Vertragsklausel zumindest abschätzen kann, worin dieser Nachweis zu bestehen hat. Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn sich die Bank in ihren AGB vorbehält, von ihren Kunden jederzeit eine Selbstdeklaration zu verlangen und allfällige zusätzliche Belege für einen ausreichenden Konformitätsnachweis separat aufführt.

Nachfolgend ist deshalb zu untersuchen, in welcher Ausprägung und Intensität Transferbeschränkungen aufgrund mangelnden Steuerkonformitätsnachweises gültig vereinbart werden können.

bb) Totalblockade aller deponierter Vermögenswerte

(1) Inhaltliche Schranken

Nicht zulässig unter dem Aspekt von Art. 20 OR (einschliesslich Art. 27 Abs. 2 ZGB) sind Klauseln, die eine Berechtigung der Bank vorsehen, sämtliche bei ihr deponierten Vermögenswerte des Kunden zu blockieren, falls er den Nachweis der Steuerkonformität nicht innert der angesetzten Frist erbringt. Bei einer alternativlosen Blockade sämtlicher Vermögenswerte des Kunden wird es dem Kunden verunmöglicht, in irgendeiner Form über seine Vermögenswerte zu verfügen. Der Kunde liefert sich damit der Willkür der Bank aus, da diese alleine die Dauer der vollständigen Blockade der Vermögenswerte bestimmen kann. Es ist nicht ausgeschlossen, dass dadurch die Grundlagen der wirtschaftlichen Existenz des Kunden gefährdet werden. Die Berechtigung der Bank zur Totalblockade aller Vermögenswerte des Kunden führt damit zu einer übermässigen Bindung und verstösst gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB.

Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle kurz darauf hinzuweisen, dass eine Totalblockade bei mangelndem Nachweis der Steuerkonformität auch vor Art. 8 UWG nicht standhalten würde. Die Aufhebung der Befolgungspflicht der Bank bei mangelndem Nachweis der Steuerkonformität weicht in erheblichem Masse von der dispositiven Ordnung in Art. 397 Abs. 1 OR ab. Dasselbe gilt in Bezug auf die Aufhebung der gemäss der dispositiven Ordnung bestehenden Herausgabepflicht bei Beendigung der Bankbeziehung (Art. 400 Abs. 1, Art. 312 und 318 resp. Art. 475 Abs. 1 OR). Diese Abweichungen können nicht durch die Interessenlage der Parteien gerechtfertigt werden. Die Totalblockade ist eine unverhältnismässig einschränkende Massnahme der Bank, die über das Ziel hinausschiesst. Die Bank mag, wie bereits erwähnt, ein legitimes Interesse besitzen, ihre Dienstleistungen nur an steuerkonforme Kunden zu erbringen. Zur Wahrung dieses Interesses bedarf es jedoch nicht einer kompletten Aufhebung der Verfügungsmöglichkeit des Kunden. Weniger einschränkende Massnahmen wie zum Beispiel die Zulassung von Überweisungen auf ein Namenkonto im Staat der Steuerpflicht des Kunden oder in gewisse weitere Staaten²²⁶ wären bereits zielführend. Es ist somit für die Wahrung ihrer legitimen Interessen nicht notwendig, dem Kunden die Verfügbarkeit seiner Vermögenswerte komplett zu entziehen.

²²⁶ Siehe dazu hinten VII.3.c)cc) S. 113.

(2) Ungewöhnlichkeit

Gestützt auf die vorangehenden Ergebnisse erübrigen sich hier Ausführungen zur Ungewöhnlichkeit der Vertragsklausel. Im Übrigen kann auf die nachfolgenden Ausführungen zur Ungewöhnlichkeit von Vertragsklauseln verwiesen werden, die bei mangelndem Nachweis der Steuerkonformität immerhin noch eine Überweisung auf ein Namenkonto im Staat der Steuerpflicht / in einem EU-Staat / in einem OECD-Staat zulassen. Das dort Gesagte gilt erst Recht für Klauseln, die eine Totalblockade aller Vermögenswerte vorsehen.

cc) Überweisung nur in Staat der Steuerpflicht / EU-Staat / OECD-Staat

(1) Inhaltliche Schranken

Eine Vertragsklausel, wonach der fehlende Nachweis der Steuerkonformität durch ausländische Kunden zur Folge hat, dass deren Guthaben nicht mehr in ein beliebiges Land überwiesen werden können, sondern nur noch auf ein Namenkonto im Staat ihrer Steuerpflicht oder in gewisse weitere Staaten (z.B. EU-Staaten, OECD-Mitgliedsstaaten) überwiesen werden, verstösst nicht gegen eine objektive Norm des schweizerischen Rechts. Eine solche Klausel ist somit nicht widerrechtlich im Sinne von Art. 20 OR. Auch liegt darin keine übermässige Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB oder ein Verstoss gegen das Anstandsgefühl aller gerecht denkenden Menschen (allgemeine Sittenwidrigkeit). Ebenso wenig stellt diese Klausel ein Verstoss gegen Art. 8 UWG dar. Denn sie führt nicht zu einem ungerechtfertigten Missverhältnis der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien, da die Bank ein legitimes Interesse besitzt, ihre Dienstleistungen nur steuerkonformen Kunden zu erbringen. Die Kunden können demzufolge einer solchen Klausel gültig zustimmen.

(2) Ungewöhnlichkeit

Innerhalb des AGB-Kontexts ist schliesslich zu prüfen, ob die Klausel von der Ungewöhnlichkeitsregel erfasst wäre. Dies ist zu bejahen. Ungewöhnlichkeit liegt vor, wenn eine Klausel in erheblichem Masse vom gesetzlichen Rahmen des einschlägigen Vertragstyps abweicht.²²⁷ Die Befolgungspflicht von Anweisungen des Auftraggebers gemäss Art. 397 Abs. 1 OR wird durch den erforderlichen Nachweis der Steuerkonformität weitgehend aufgehoben

²²⁷ Siehe vorne Fn. 217 S. 104.

und konstituiert folglich eine erhebliche Abweichung vom auftragsrechtlichen Pflichtenkanon. Damit muss ein Bankkunde nicht rechnen. Dasselbe gilt auch in Bezug auf die für die Bankbeziehung zentrale Herausgabepflicht der Bank bei Vertragsbeendigung (Art. 400 Abs. 1, Art. 312 und 318, Art. 475 Abs. 1 OR). Denn aus einer solchen Klausel resultiert eine grundlegende Einschränkung der Herausgabepflicht der Bank und damit eine erhebliche Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht.

Präzisierend ist anzufügen, dass nicht die Aufforderung zum Nachweis der Steuerkonformität die Ungewöhnlichkeit im Sinne der Ungewöhnlichkeitsregel begründet.²²⁸ Es ist vielmehr die Konsequenz einer sehr weitgehenden Aufhebung der Disponibilität über die eigenen Guthaben, die von der Ungewöhnlichkeitsregel erfasst wird. Nicht ungewöhnlich ist daher eine Vertragsklausel, die der Bank gegenüber dem Kunden im Fall des fehlenden Nachweises der Steuerkonformität eine Kündigungsmöglichkeit einräumen würde – wobei ihr diese Möglichkeit gestützt auf die AGB und auf zwingendes Gesetzesrecht (Art. 404 Abs. 1 OR)²²⁹ ohnehin zusteht.

Bejaht man die Ungewöhnlichkeit, so hat dies zur Folge, dass im Rahmen einer Vertragsänderung auf diese neue Klausel besonders hinzuweisen ist. Da dies ohnehin der Praxis der Banken entspricht, bietet die Übernahme solcher Klauseln in den Vertrag keine besonderen Schwierigkeiten. Bei Neukunden ist hingegen eine effektive Kenntnisnahme der Klausel erforderlich. Eine solche effektive Kenntnisnahme ist zweifellos gegeben, wenn der Kunde auf diese Klausel aufmerksam gemacht wird und deren Kenntnisnahme – zwecks Vermeidung von Beweisschwierigkeiten – unterschriftlich bestätigt.

dd) Überweisung nur mit Paper Trail

Eine Klausel, welche vorsieht, dass bei mangelndem Nachweis der Steuerkonformität einzig Überweisungen möglich sind, die einen Paper Trail gewährleisten, weist im Vergleich zu den vorangehend behandelten Klauseln zwei Besonderheiten auf: Einerseits ist diese Klausel insofern weniger einschränkend, als sie grundsätzlich die zulässigen Überweisungsmöglichkeiten erweitert und so dem Kunden umfassendere Verfügungshandlungen über seine Vermögenswerte ermöglicht. Andererseits ist der Begriff *Paper*

²²⁸ Siehe dazu vorne VII.3.c)aa)(2) S. 110.

²²⁹ Art. 404 OR ist nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwingend, siehe BGE 115 II 464 E. 2a S. 466; 106 II 157 E. 2b S. 159 f., beide m.w.N. Allerdings sind Arbeiten für eine diesbezügliche Gesetzesrevision im Gange.

Trail weder gesetzlich noch regulatorisch eingegrenzt. Unstreitig soll der Paper Trail Auskunft darüber erteilen, wohin die Vermögenswerte fließen. Demzufolge wird gemäss Lehre der Paper Trail eindeutig unterbrochen durch Barauszahlung sowie bei Auszahlung eines Guthabens in Inhaberpapieren oder Edelmetallen.²³⁰ Ungeklärt ist jedoch, welche Art von Überweisungen in welche Länder den Paper Trail gewährleisten.

(1) Inhaltliche Schranken

Den vorangehenden Ausführungen zufolge fehlt es an verbindlichen Vorgaben zum erforderlichen Paper Trail bei Überweisungen. Die Beurteilung, ob eine konkrete Überweisung den Paper Trail gewährleistet, liegt somit letztlich im alleinigen Ermessen der Bank. Der Kunde setzt sich dadurch der Willkür der Bank aus, was ein Verstoss gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB darstellt. Aufgrund der Vagheit des Begriffs Paper Trail kann der Kunde einer solchen Vertragsklausel nicht gültig zustimmen.

Kein Verstoss gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB läge demgegenüber vor, wenn gesetzlich, regulatorisch oder in der Vertragsklausel selbst festgelegt würde, welche Art von Überweisungen in welche Staaten dem Erfordernis des Paper Trails genügen. Diesfalls könnte der Kunde einer solchen Klausel gültig zustimmen, da er den Umfang der Transferbeschränkungen abzuschätzen vermöchte.

(2) Ungewöhnlichkeit

Eine Klausel, welche bei mangelndem Nachweis der Steuerkonformität nur Überweisungen mit Gewährleistung des Paper Trails zulässt, ohne den Begriff Paper Trail zu definieren, ist als ungewöhnlich im Sinne der Ungewöhnlichkeitsregel zu qualifizieren. Die Hauptleistungspflicht der Bank im Bank/Kunden-Vertrag ist die Erbringung von Zahlungsdienstleistungen. Diesbezügliche Weisungen des Kunden muss die Bank grundsätzlich befolgen (Art. 397 Abs. 1 OR). Weiter hat die Bank bei Beendigung der Bankverträge, welche der Kunde grundsätzlich jederzeit kündigen kann (Art. 404 Abs. 1 OR), dem Kunden die bei ihr deponierten Vermögenswerte herauszugeben (Art. 400 Abs. 1, Art. 312 und 318 resp. Art. 475 Abs. 1 OR). Die beschriebene Klausel stellt hingegen die Beurteilung, ob ein Paper Trail vor-

²³⁰ Siehe etwa PIETH, Basler Kommentar, N 51 zu Art. 305^{bis} StGB, m.w.N.; ACKERMANN, Geldwäschereistrafrecht, § 15 N 63; THELESKLAF, GwG Kommentar, N 1 zu Art. 24-26 GwV-FINMA.

liegt, komplett ins Ermessen der Bank. Der Bankkunde wird und muss nicht damit rechnen, dass die Bank berechtigt ist, ihre Hauptleistungspflicht resp. ihre Herausgabepflicht gestützt auf einen eigenen Ermessensentscheid zu beschränken, für welchen weder behördlich noch durch Lehre oder Rechtsprechung entsprechende Leitlinien geschaffen wurden. Ohne rechtsgenügende Kautelen bei der Übernahme einer solchen Klausel würde sie also nicht Bestandteil des Vertrags – wobei noch einmal zu betonen ist, dass die Klausel bereits an der allgemeinen Inhaltskontrolle (Art. 27 Abs. 2 ZGB) scheitert.

d) Fazit: Zulässigkeit von Transferbeschränkungen bei fehlendem Nachweis der Steuerkonformität

Insgesamt kann Folgendes festgehalten werden: Will eine Bank beim Abschluss einer neuen oder während einer laufenden Vertragsbeziehung mit einem ausländischen Kunden einen Nachweis der Steuerkonformität einfordern und bei fehlendem Nachweis die Zahlungsausgänge beschränken, so bedarf diese Vertragsklausel beziehungsweise Vertragsänderung der Zustimmung des Kunden.

Zu den nachfolgend aufgelisteten Klauseln kann der Bankkunde gültig zustimmen. Es liegt darin kein Verstoß gegen inhaltliche Schranken (Art. 20 OR, Art. 27 Abs. 2 ZGB, Art. 8 UWG). Teilweise sind jedoch aufgrund der Ungewöhnlichkeit gewisser Klauseln zusätzliche Kautelen bei der Übernahme in den Vertrag notwendig.

- Klauseln, welche den Nachweis der Steuerkonformität zur Bedingung von Zahlungsdienstleistungen machen.

Vorausgesetzt ist jedoch, dass die Anforderungen an den Nachweis derart umschrieben sind, dass der Kunde zumindest abschätzen kann, was von ihm verlangt wird. Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn sich die Bank vorbehält, von ihren Kunden jederzeit eine Selbstdeklaration zu verlangen und allfällige zusätzliche Belege für einen ausreichenden Konformitätsnachweis separat aufführt. Dieses Erfordernis besteht unabhängig von der Ausprägung und Intensität der Transferbeschränkung. Bei genügend konkreter Umschreibung des geforderten Nachweises gelten solche Klauseln zudem nicht als ungewöhnlich.

- In Bezug auf Ausprägung und Intensität der Transferbeschränkung: Klauseln, die es der Bank erlauben, im Fall des fehlenden Nachweises der Steuerkonformität die Zahlungsausgänge zu beschränken, soweit diese zugunsten eines Kontos im Staat der Steuerpflicht des ausländischen

Kunden oder in einen EU-Staat oder in einen OECD-Mitgliedsstaat möglich bleiben.

Aufgrund ihrer Ungewöhnlichkeit werden solche Klauseln jedoch nur dann Vertragsbestandteil, wenn die Bank den Kunden ausdrücklich und deutlich auf die Klauseln aufmerksam macht und der Kunde davon effektiv Kenntnis nimmt.

Demgegenüber kann der Bankkunde zu den nachfolgend aufgelisteten Klauseln nicht gültig zustimmen. Solche Klauseln verstossen einerseits gegen die inhaltlichen Schranken (Art. 20 OR, Art. 27 Abs. 2 ZGB, Art. 8 UWG) und sind andererseits als ungewöhnlich zu qualifizieren.

- Transferbeschränkungen gestützt auf interne Richtlinien der Bank, unabhängig von der Ausprägung und Intensität der vorgesehenen Transferbeschränkung.
- Klauseln, welche die Bank im Fall des fehlenden Steuerkonformitätsnachweises berechtigen, ihre Zahlungsdienstleistungen vollständig einzustellen (Totalblockade).
- Klauseln, die bei mangelndem Steuerkonformitätsnachweis einzig eine Überweisung mit einem Paper Trail zulassen.

Anzumerken bleibt, dass die Bank keiner vertraglichen Grundlage bedarf für Transferbeschränkungen, die sie zu Recht auf zwingende (inländische) gesetzliche Grundlagen und deren Ausführungserlasse stützt.

4. Besonderheiten für bestehende Kunden

Steht fest, dass die von der Bank vorgeschlagene Auszahlungs- respektive Überweisungsbeschränkung inhaltlich zulässig ist,²³¹ so stellt sich bei bestehenden Kunden überdies die Frage der weiteren Zustimmungsmodalitäten. Unstreitig kann die Zustimmung zu einer Vertragsänderung ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Im Bankkundengeschäft bilden diese klassischen Zustimmungsmodalitäten die Ausnahme. Regelmässig wird sich die Bank für die

²³¹ Zulässig wäre nach den obenstehenden Erwägungen beispielsweise eine Vertragsänderung, wonach die Bank bei fehlendem Steuerkonformitätsnachweis ihre Zahlungsdienstleistungen auf Überweisungen auf ein Namenkonto im Staat der Steuerpflicht beschränken kann.

Gültigkeit einer Vertragsänderung auf eine *Zustimmung durch Schweigen* berufen.²³²

a) **Genehmigungsfiktion bei Vertragsänderung**

Gemäss Art. 6 OR ist Schweigen lediglich dann als Annahme zu verstehen, falls nach der Natur des Geschäfts oder den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist. Liegen Umstände vor, welche das Schweigen einer Partei als Zustimmung erscheinen lassen, muss diese Partei gestützt auf das Vertrauensprinzip (Redlichkeit und praktische Vernunft) widersprechen, wenn ihr Einverständnis in Wirklichkeit nicht besteht.²³³

Die AGB der Banken konkretisieren den Ausnahmetatbestand von Art. 6 OR regelmässig in der Art und Weise, dass die von der Bank angekündigte Vertragsänderung Geltung erlangt, wenn der Kunde nicht innerhalb der vorgesehenen Frist Widerspruch erhebt. Solche Fiktionsklauseln gelten mithin als «besonderer Umstand» im Sinne von Art. 6 OR.²³⁴ Sie sind, gerade im Hinblick auf das mittels AGB abzuwickelnde Massengeschäft, unter gewissen Voraussetzungen zulässig. Mithin muss ein Widerspruch zeitlich und praktisch möglich sein. Zudem darf die Bank nach den Umständen nicht wissen oder wissen müssen, dass dem Kunden der Genehmigungswille fehlt.²³⁵

²³² Banken-AGB enthalten i.d.R. eine Klausel, wonach die Bank jederzeit Änderungen ihrer AGB vornehmen kann und diese Änderungen als genehmigt gelten, wenn der Kunde nicht innerhalb einer bestimmten Frist widerspricht. Solche Klauseln werden Änderungsvorbehaltsklauseln mit Genehmigungsfiktion genannt.

²³³ BGer Urteil 4A_548/2013 und 4A_550/2013 vom 31. März 2014 E. 3.6; 4C.378/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.2, jeweils m.w.N. SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2006, S. 73.

²³⁴ SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2006, S. 73, m.w.N. zur Lehre in Fn. 20. Siehe auch BGer Urteil 4C.175/2006 vom 4. August 2006 E. 2.1.

²³⁵ BGer Urteil 4A_548/2013 und 4A_550/2013 vom 31. März 2014 E. 3.6; 6B_199/2011 und 6B_215/2011 vom 10. April 2012 E. 5.3.5.2; 4C.175/2006 vom 4. August 2006 E. 2.1, beide mit Verweis auf SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2006, S. 73 ff.; BGer Urteil 4A_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.2; 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002 E. 4.3; Urteil des HGer ZH HG090121 vom 19. Mai 2011 E. 6.2.3 (rechtskräftig. Beschwerde vom Bundesgericht abgewiesen: BGer Urteil 4A_436/2011 vom 2. April 2012), abrufbar unter: <www.gerichte-zh.ch>. CHRISTEN, BJM 1994, S. 128. Ferner MORIN, Commentaire Romand, N 12 ff. zu Art. 6 OR. Betreffend Verbindlichkeit der Genehmigungsfiktion siehe BGE 104 II 190 E. 2a S. 194 f.

In zeitlicher Hinsicht räumen die Banken-AGB den Kunden regelmässig eine Widerspruchsfrist von 30 Tagen ein.²³⁶ Diese Frist ist grundsätzlich angemessen.²³⁷ Bei der banklagernden Zustellung sind allerdings Sonderregeln zu beachten, worauf noch näher einzugehen ist (Zustellfiktion).²³⁸

Folglich ist im Bankenkontext die Fiktion einer Genehmigung primär davon abhängig, ob die Bank mit Blick auf die Umstände nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, dass der Kunde die Vertragsänderung genehmigen würde. Dabei sind vorab diejenigen Fälle ausgeschlossen, bei denen die Berufung auf die Genehmigungsfiktion als rechtsmissbräuchlich erscheint.²³⁹ Darunter sind Situationen zu subsumieren, in denen die Bank die Genehmigungsfiktion benutzt, um den Kunden absichtlich zu schädigen, wobei eine vergleichbare Nachlässigkeit der Schädigungsabsicht gleichzusetzen ist. Zudem kann die Genehmigungsfiktion durch den Nachweis umgestossen werden, dass die Bank um die tatsächliche Nichtgenehmigung des Kunden wusste.²⁴⁰

Diese äusserste Grenze der Genehmigungsfiktion ist zugleich allgemeiner Natur, gilt sie doch für jede Art der Rechtsausübung (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Ihre effektive Grenze ist allerdings enger gefasst und wird durch das Vertrauensprinzip bestimmt. Schweigen gilt nur als Zustimmung, falls die Bank nach Treu und Glauben erwarten durfte, dass der Kunde mit der Willenserklärung der Bank einverstanden ist.²⁴¹ Diese Grenze ist nicht schon dann erreicht, wenn die Bank ihre AGB zum Nachteil der Kunden ändert. Verschiebungen im Pflichtenkanon sind zu erwarten und die Genehmigungsfiktion

²³⁶ BGer Urteil 4A_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.2. Siehe auch SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2006, S. 73 Fn. 21; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, Contrats bancaires, Rn. 327.

²³⁷ MATHYS, Bestätigungsschreiben, S. 158.

²³⁸ Siehe hinten VII.4.b) S. 121 (Zustellfiktion).

²³⁹ BGer Urteil 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002 E. 4.3 (explizit betreffend Genehmigungsfiktion). Im Zusammenhang mit banklagernder Korrespondenz und Genehmigungsfiktion: BGer Urteil 4C.378/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.2, bestätigt in: BGer Urteil 4A_548/2013 und 4A_550/2013 vom 31. März 2014 E. 3.6; Urteil des HGer ZH, ZR 106/2007 E. 4c S. 10 (rechtskräftig).

²⁴⁰ BGer Urteil 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002 E. 4.3; 4C.378/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.2 (bezieht sich hauptsächlich auf die Zustellfiktion), bestätigt in: BGer Urteil 4C.295/2006 vom 30. November 2006 E. 4.4.

²⁴¹ BGer Urteil 4C.303/2001 vom 4. März 2002 E. 2b (betreffend Bestätigungsschreiben); SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2006, S. 74 f., m.w.N. auf die Lehre.

würde ihren Zweck der effizienten Vertragsgestaltung im Massengeschäft²⁴² verfehlen, wenn einzig Änderungen zugunsten der Kunden von ihr erfasst wären. Liegt allerdings die Vertragsänderung jenseits des Änderungsrahmens, der nach Treu und Glauben erwartet werden darf, so kann die Genehmigungsfiktion nicht mehr als Grundlage für die Zustimmung dienen. Insofern wird in der Lehre zu Recht betont, die Genehmigungsfiktion finde nur dann berechnigte Anwendung, wenn die Bank vom Grundvertrag nicht in einem Masse abweiche, dass sie nicht mehr gutgläubig auf die Zustimmung des Schweigenden vertrauen dürfe.²⁴³

Entsprechend stellt sich folgende Frage: Bedeutet es aus der Sicht des Kunden mit Wohnsitz im Ausland eine grundlegende Änderung der bisherigen Vertragsbeziehung, wenn die Bank neuerdings einen Nachweis der Steuerkonformität verlangt und bei fehlendem Nachweis die Zahlungsausgänge beschränkt? Die Frage kann nicht losgelöst von den konkreten Vertragsumständen beantwortet werden.²⁴⁴ Im Ergebnis wird man aber für einen beträchtlichen Teil der langjährigen Kunden festhalten müssen, dass eine solche Änderung ausserhalb des nach Treu und Glauben zu erwartenden Rahmens liegt. Plakativ gesagt: Die Umstellung der Schwarzgeldstrategie auf eine Weissgeldstrategie bedeutet eine fundamentale Umstellung in der Geschäftsbeziehung zu ausländischen Kunden. Eine solche Umstellung lässt sich im Hinblick auf das Konsensprinzip des Vertragsrechts nicht mit der Genehmigungsfiktion bewältigen.

Dagegen könnte eingewendet werden, dass angesichts der durch die internationale Medienpräsenz allseits bekannten veränderten Rahmenbedingungen im Bankgeschäft (politischer Druck auf Steueroasen und Bankge-

²⁴² Siehe dazu WIDMER, *Missbräuchliche Geschäftsbedingungen*, Rn. 461; MATHYS, *Bestätigungsschreiben*, S. 157. Vgl. auch HUGUENIN/RUSCH, *SZW* 2008, S. 43.

²⁴³ SIBBERN/VON DER CRONE, *SZW* 2006, S. 74 Fn. 33.

²⁴⁴ Ein wesentlicher Vertragsumstand bildet z.B. der Zeitpunkt der Kontoeröffnung. Ab welchem Zeitpunkt eine solche Vertragsänderung im Rahmen des nach Treu und Glauben zu erwartenden Rahmens liegt, hängt insbesondere auch vom Staat der Steuerpflicht ab. Eine zunehmende Voraussehbarkeit der Verhältnisänderungen besteht ab dem Zeitpunkt der ersten Lieferung von Kundendaten der UBS an das US-amerikanische Departement of Justice im Februar 2009. Zumindest Bankkunden, die als US-Person gelten, müssen ab diesem Zeitpunkt mit einer solchen Vertragsänderung rechnen. Im europäischen Umfeld muss spätestens ab den Verhandlungen und Unterzeichnungen von Quellensteuerabkommen mit Vergangenheitsregularisierung bezüglich unverteuerter Gelder zwischen der Schweiz und namhaften EU-Staaten ab 2011 mit einer solchen Vertragsänderung gerechnet werden.

heimnis; Umstellung auf Weissgeldstrategie) die vorliegend diskutierte Vertragsänderung vorhersehbar und zu erwarten war und damit nicht zu einer fundamentalen Änderung des Vertragsverhältnisses führt. Am Ergebnis ändert dies aber deshalb nichts, weil für die Frage, welche Vertragsänderungen von der Genehmigungsfiktion erfasst sind, der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgebend ist.

Dies hat seinen Grund darin, dass die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vereinbarte Genehmigungsfiktion lediglich jene Vertragsänderungen erfassen kann, welche vom ursprünglichen Konsens der Parteien gedeckt sind. Eine Vertragsänderung ist somit nur dann von der Genehmigungsfiktion erfasst, wenn sie den Rahmen der im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vereinbarten Vertragsgrundlagen nicht sprengt. Denn nur in diesem Rahmen darf und kann die Bank in Treu und Glauben von der Zustimmung des Kunden durch Schweigen (Art. 6 OR) ausgehen. Darunter fallen lediglich solche Vertragsänderungen, mit denen die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses rechnen mussten beziehungsweise die zu diesem Zeitpunkt vorhersehbar waren. Die Tatsache, dass im Zeitpunkt der tatsächlichen Vornahme der Vertragsänderung mit eben dieser Vertragsänderung gerechnet werden muss, spielt für die Frage, ob die Vertragsänderung von der Genehmigungsfiktion erfasst ist, keine Rolle.

b) Zustellfiktion bei Vertragsänderung

Bei ausländischen Kunden wurde regelmässig die sogenannte banklagernde Korrespondenz (*clause banque restante*) und eine damit einhergehende Zustellfiktion vereinbart. Die Zustellfiktion betrifft, im Gegensatz zur Genehmigungsfiktion, nicht den Vertragsinhalt, sondern regelt die Modalitäten bei der Zustellung von Willensäusserungen. Es geht dabei um den Zeitpunkt, ab welchem eine Willensäusserung als zugestellt gilt. Demgegenüber betrifft die Genehmigungsfiktion den Zeitpunkt, ab welchem die Zustimmung zu einer zugestellten Willensäusserung als erteilt gilt. Angesichts dieser unterschiedlichen Anwendungsfelder der beiden Fiktionen müsste an und für sich die Zustellfiktion vor der Genehmigungsfiktion behandelt werden. In der Gerichtspraxis werden die beiden Fiktionen regelmässig gemeinsam abgehandelt. In diesem Beitrag wurde die Genehmigungsfiktion jedoch vorweggenommen, da die Zustimmungserteilung durch Schweigen die im vorliegenden Kontext relevante Frage darstellt, unabhängig davon, ob in der konkreten Bankbeziehung die banklagernde Korrespondenz mit Zustellfik-

tion vereinbart wurde. Nachfolgend ist demzufolge noch zu untersuchen, welche Rolle die Zustellfiktion bei Vertragsänderungen spielt.

Bei der banklagernde Korrespondenz (*clause banque restante*) wird dem Kunden die ihn betreffende Korrespondenz nicht postalisch oder elektronisch zugestellt, sondern bei der Bank im Banklagernd-Dossier aufbewahrt. Die Vereinbarung der banklagernden Korrespondenz dient in der Regel dazu, das Diskretionsbedürfnis ausländischer Bankkunden zu erfüllen. Die Vereinbarung der banklagernden Korrespondenz erfolgt somit regelmässig im Interesse des Kunden.²⁴⁵

Bei der banklagernden Korrespondenz gelten die Mitteilungen in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem diese ins Banklagernd-Dossier abgelegt werden (Zustellfiktion). Häufig enthalten die AGB der Banken die Konkretisierung, dass die Mitteilung an dem Datum als zugestellt gilt, welches die Mitteilung trägt.²⁴⁶ Es wird demzufolge angenommen, dass der Kunde von den banklagernd zugestellten Mitteilungen umgehend Kenntnis genommen hat.²⁴⁷ Die Vereinbarung der banklagernden Korrespondenz mit Zustellfiktion ist gemäss Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich auch in Kombination mit der vorab erläuterten Genehmigungsfiktion zulässig.²⁴⁸ In dieser Konstellation obliegt es grundsätzlich dem Kunden, dafür besorgt zu sein, regelmässig seine banklagernde Korrespondenz einzusehen.²⁴⁹ Mit der Vereinbarung der banklagernden Korrespondenz geht der Kunde folglich eindeutig ein Risiko ein, welches er gemäss Rechtsprechung grundsätzlich auch selbst tragen muss.²⁵⁰

²⁴⁵ BGer Urteil 4A_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.3; Urteil des HGer ZH HG090121 vom 19. Mai 2011 E. 4.2.2 (rechtskräftig. Beschwerde vom Bundesgericht abgewiesen: BGer Urteil 4A_436/2011 vom 2. April 2012), abrufbar unter: <www.gerichte-zh.ch>.

²⁴⁶ EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft, Rn. 702, 708.

²⁴⁷ BGer Urteil 4A_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.3, m.w.N.

²⁴⁸ Urteil des HGer ZH HG090121 vom 19. Mai 2011 E. 4.2.2 (rechtskräftig. Beschwerde vom Bundesgericht abgewiesen: BGer Urteil 4A_436/2011 vom 2. April 2012), abrufbar unter: <www.gerichte-zh.ch>. BRUNNER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 143 Fn. 150.

²⁴⁹ Schweizerischer Bankenombudsman, Jahresbericht 2003, S. 9.

²⁵⁰ BGE 124 II 124 E. 2d/aa S. 128; BGer Urteil 4A_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.3; 4C.378/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.2; 4C.205/2002 vom 9. Dezember 2002 E. 2.3. LOMBARDINI, Droit bancaire, Rn. 107 f. S. 351, m.w.N. zur Rechtsprechung. Siehe auch SCHOTT, ST 2/2012, S. 82.

Eine rechtsmissbräuchliche Berufung auf die Zustellfiktion wird jedoch nicht geschützt.²⁵¹ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt neben den bei der Genehmigungsfiktion genannten Umständen ebenfalls ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Bank vor, wenn sie nach mehrjähriger getreuer Ausführung von mündlichen Kundenaufträgen ohne vorhersehbaren Grund absichtlich von diesen abweicht und sich dafür auf die genehmigten Vertragsunterlagen beruft. Damit soll verhindert werden, dass die strikte Anwendung der Zustellfiktion zu schockierenden sowie Recht und Billigkeit widersprechenden Ergebnissen führt.²⁵² Die Berufung auf die Zustellfiktion kann beispielsweise als unbillig erscheinen, wenn es dem Kunden aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, unmöglich ist, geeignete Massnahmen zu ergreifen.²⁵³ Dementsprechend sind die konkreten Umstände des Einzelfalls von ausschlaggebender Bedeutung.²⁵⁴

Die vorliegende Konstellation, nämlich die banklagernde Mitteilung einer Vertragsänderung, welche die Berechtigung der Bank zu Transferbeschränkungen bei mangelndem Nachweis der Steuerkonformität enthält und die anschliessende Berufung auf die Zustellfiktion, kann nicht als offensichtlich rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden. Insbesondere kann keine der vorgenannten Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs als vorbehaltlos erfüllt erachtet werden. Vielmehr wird die banklagernde Korrespondenz in erster Linie im Interesse des Kunden vereinbart. Dieser hat dementsprechend grundsätzlich das damit einhergehende Risiko zu tragen und es liegt in seiner Verantwortung, die banklagernde Korrespondenz in regelmässigen Abständen einzusehen. Folglich liegt es in der Risikosphäre des Kunden, dass durch die in seinem Interesse vereinbarte banklagernde Korrespondenz

²⁵¹ GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, *Contrats bancaires*, Rn. 360.

²⁵² BGer Urteil 4C.378/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.2, bestätigt in: BGer Urteil 4C.295/2006 vom 30. November 2006 E. 4.4 sowie 4A_548/2013 und 4A_550/2013 vom 31. März 2014 E. 3.6; Cour de Justice GE, Urteil ACJC/723/2014 C/6026/2010 vom 20. Juni 2014 E. 4.4.2, abrufbar unter: <justice.geneve.ch/tdb/Decis/CJ/ACJC/acjc.tdb>.

²⁵³ Nicht zu vertreten hätten etwa die Erben eines Bankkunden die verpasste Einsicht in die banklagernde Korrespondenz, wenn sie erst die notwendigen Erbdokumente beschaffen müssen und dies eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt. Siehe dazu Schweizerischer Bankenombudsman, *Jahresbericht 2003*, S. 10.

²⁵⁴ GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, *Contrats bancaires*, Rn. 360. Relevant können auch die zeitlichen Abstände sein, in denen ein Bankkunde seine banklagernde Korrespondenz tatsächlich einsieht. Siehe dazu BGer Urteil 4C.378/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.3 (dem Bankkunden wurde zur Last gelegt, dass er während fast 15 Jahren die Korrespondenz nicht eingesehen hatte).

die Mitteilung einer Vertragsänderung als sofort zugestellt gilt, die entsprechende Frist für einen Widerspruch zu laufen beginnt und allenfalls unbeachtet verstreicht.

Gemäss kantonaler Rechtsprechung ist jedoch zu beachten, dass der Kunde mit einer Banklagernderklärung und einer damit verbundenen Genehmigungsfiktion nur das Risiko eingeht, mit dem er vernünftigerweise rechnen muss.²⁵⁵

In Bezug auf die mit der Banklagernderklärung verbundene Zustellfiktion kann man sich fragen, ob der Kunde, der mit der Bank die banklagernde Korrespondenz vereinbart hat, nicht vernünftigerweise damit rechnen muss, dass die Bank bei grundlegenden Änderungen der Rahmenbedingungen den Vertrag anpassen will und ihm entsprechende Willensäusserungen zustellt. Es spielt dabei keine Rolle, ob der Kunde mit der betreffenden Änderung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses rechnen musste. Daraus folgt, dass die Zustellfiktion unabhängig davon zur Anwendung kommt, in welchem Zeitpunkt der Bankvertrag geschlossen wurde und unabhängig davon, um welche Vertragsänderung es in der betreffenden Mitteilung geht. Die Bank kann sich demnach generell auf die Zustellfiktion berufen, wenn sie dem Kunden eine Mitteilung betreffend eine Vertragsänderung banklagernd zustellt. Hieraus kann die Bank jedoch noch keine Zustimmung des Kunden zur betreffenden Vertragsänderung ableiten. Denn aus der Zustellfiktion ergibt sich einzig der Zeitpunkt, in welchem eine bestimmte Mitteilung der Bank als zugestellt gilt und eben gerade nicht die Zustimmung des Kunden zu der betreffenden Vertragsänderung. Die Zustimmung des Kunden durch Schweigen richtet sich alleine nach den vorangehend zur Genehmigungsfiktion entwickelten Grundsätzen. Dies bedeutet, dass eine Zustimmung durch Schweigen nur dann vorliegt, wenn die betreffende Vertragsänderung vom ursprünglichen Konsens gedeckt ist.

Sollte die Anwendbarkeit der Zustellfiktion, entgegen den vorangehenden Ausführungen, im Zusammenhang mit Mitteilungen von Vertragsänderungen verneint werden, stellt sich sodann die Frage, in welchem Zeitpunkt eine gültige Zustellung erfolgt. Die Bank kann diesfalls dem Kunden die

²⁵⁵ Urteil des HGer ZH HG090121 vom 19. Mai 2011 E. 4.3 (rechtskräftig. Beschwerde vom Bundesgericht abgewiesen: BGer Urteil 4A_436/2011 vom 2. April 2012), abrufbar unter: <www.gerichte-zh.ch>; HGer ZH, ZR 106/2007, S. 10 (rechtskräftig). In beiden Urteilen geht es um die Anwendbarkeit der vereinbarten Genehmigungs- und Zustellfiktion im Zusammenhang mit von der Bank vorgenommenen Transaktionen.

Mitteilung der Vertragsänderung nicht direkt (postalisch oder elektronisch) zustellen, da sie dadurch die Banklagernd-Vereinbarung verletzen würde. Es ist davon auszugehen, dass die jeweiligen Bankverträge für diese Situation keine Antwort enthalten. Im Sinne einer Lückenfüllung ist deshalb zu ermitteln, ab welchem Zeitpunkt die Mitteilung der Vertragsänderung als zugestellt zu gelten hat. Auf jeden Fall gilt die Mitteilung der Vertragsänderung in dem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie tatsächlich vom Bankkunden abgeholt wird. Der Bank kann jedoch kaum zugemutet werden, unbeschränkt darauf zu warten, dass der Kunde vorbeikommt und seine banklagernde Korrespondenz einsieht beziehungsweise abholt. Es ist davon auszugehen, dass insbesondere langjährige Bankkunden ihre Korrespondenz in regelmässigen Abständen bei der Bank abholen. Deshalb sollte die Mitteilung der Vertragsänderung nach Ablage ins Banklagernd-Dossier in dem Zeitpunkt als zugestellt gelten, in welchem der Bankkunde üblicherweise seine Korrespondenz einsieht respektive abholt. Gibt es keine solchen Regelmässigkeiten oder dauern die regelmässigen Abstände länger als ein Jahr, sollte die Mitteilung der Vertragsänderung spätestens ein Jahr nach der Ablage ins Banklagernd-Dossier als zugestellt gelten. Die «hinausgeschobene» Zustellfiktion entschärft somit die Problematik, dass die Mitteilung der Vertragsänderung während einer für die Bank unzumutbar langen Zeitdauer nicht zugestellt werden kann. Die Annahme dieser «hinausgeschobenen» Zustellfiktion ist berechtigt, zumal davon auszugehen ist, dass die im Bankgeschäft eingetretenen Veränderungen der Rahmenbedingungen inzwischen sämtlichen ausländischen Bankkunden bekannt sind. Ihnen sollte folglich bewusst sein, dass sie die banklagernde Korrespondenz bezüglich ihrer Schweizer Bankkonten in regelmässigen Abständen einsehen und insbesondere AGB-Änderungen lesen müssen.

c) Fazit: Separate Zustimmung für steuerbedingte Transferbeschränkungen

Nach den vorangehenden Ergebnissen sind Vertragsmodifikationen, die es der Bank erlauben, im Fall des fehlenden Nachweises der Steuerkonformität die Zahlungsausgänge von ausländischen Kundenkonten zu beschränken, zulässig, soweit zumindest Zahlungen zugunsten eines Kontos im Staat der Steuerpflicht des ausländischen Kunden ausgeführt werden.²⁵⁶ Stellt die

²⁵⁶ Siehe dazu vorne VII.3.d) S. 116.

Bank dem Kunden die Mitteilung einer diesbezüglichen Vertragsänderung banklagernd zu, kann sie sich grundsätzlich auf die Zustellfiktion berufen, da der Kunde vernünftigerweise damit rechnen muss, dass die Bank ihm bei einer grundlegenden Änderung der Rahmenbedingungen im Bankgeschäft eine Mitteilung zustellt, die eine entsprechende Vertragsänderung enthält. In der grossen Mehrheit der Fälle kann sich die Bank jedoch für die Zustimmung zur Vertragsänderung nicht auf die in den AGB verankerte Genehmigungsfiktion berufen. Die Änderung ist grundlegender Art, sie ist deshalb nicht vom ursprünglichen Konsens gedeckt und sprengt damit den Rahmen, innerhalb dessen eine Zustimmung durch Schweigen nach Treu und Glauben angenommen werden kann.

In der praktischen Konsequenz muss die Bank grundsätzlich abwarten, bis der Kunde die Mitteilung betreffend Vertragsänderung tatsächlich zur Kenntnis nimmt und dessen Zustimmung separat einholen.

Erfolgt diese Zustimmung nicht oder erhebt ein Kunde sogar ausdrücklich Widerspruch, so gelten die bisherigen Vertragskonditionen. Damit bleibt auch der Erfüllungsanspruch des Kunden auf Ausführung seiner Überweisungs- oder Zahlungsaufträge bestehen. Will die Bank den Vertrag nicht unter den bisherigen Konditionen weiterführen, so kann sie ihn kündigen. Gestützt auf das anwendbare Auftragsrecht kann sie dies jederzeit tun (Art. 404 Abs. 1 OR); die jederzeitige Kündigung ist aber auch regelmässiger Bestandteil der Banken-AGB. Selbst im Fall der Kündigung bleibt aber im Rahmen der Vertragsabwicklung der Anspruch des Kunden auf Ausführung seiner vor der Kündigung erteilten Zahlungsaufträge bestehen.

Der Grund dafür liegt in der Wirkung der Kündigung bei Dauerschuldverhältnissen. Die Vertragspflichten der Parteien erlöschen ex nunc und die Bankverträge werden in ein vertragliches Abwicklungsverhältnis umgewandelt. Die Wirkung der Kündigung tritt somit einzig für die Zukunft ein.²⁵⁷ Im Zeitpunkt der Kündigung bereits ausstehende vertragliche Leistungspflichten werden durch die Kündigung in ihrem Bestand demzufolge

²⁵⁷ Siehe zur vergleichbaren Rechtslage beim Darlehen: SCHÄRER/MAURENBRECHER, Basler Kommentar, N 1a zu Art. 318 OR. Ferner betreffend vertraglichen Rückerstattungsanspruch im Dauerschuldverhältnis: KOLLER, Basler Kommentar, N 7 zu Art. 481 OR (Hinterlegung/depositum irregulare); WEBER, Basler Kommentar, N 1 zu Art. 267 OR (Miete).

nicht berührt.²⁵⁸ Einen vor der Kündigung erteilten Überweisungsauftrag muss die Bank deshalb noch ausführen.

In der Konsequenz bedeuten die vorangehenden Ergebnisse aber auch, dass betreffend neueren Kunden neben der Zustellfiktion auch die Genehmigungsfiktion greift. Auch diese Bankkunden müssen zwar bei einer Vertragsänderung auf die Änderung besonders hingewiesen werden und ihnen muss eine Widerspruchs- oder Kündigungsfrist von in der Regel 30 Tagen eingeräumt werden. Doch können diese Kunden das Widerspruchs- oder Kündigungsrecht nur dann wahrnehmen, wenn sie (zufälligerweise) innert dieser 30 Tage auch tatsächlich die banklagernde Korrespondenz einsehen. Falls diese neueren Kunden ihr Widerspruchs- oder Kündigungsrecht nicht innert der Frist von 30 Tagen ausüben, erlangt die Vertragsänderung nach Ablauf dieser Frist Gültigkeit. Die Bank kann als Bedingung für die Ausführung von nach diesem Zeitpunkt erteilten Zahlungsanweisungen den Nachweis der Steuerkonformität verlangen und falls ein solcher ausbleibt, ihre Zahlungsdienstleistungen entsprechend der (zulässigen) Vertragsklausel²⁵⁹ einschränken.

Literaturverzeichnis

- ABEGGLEN SANDRO/COENDET THOMAS/GROSS DOMINIQUE, Aspekte der AGB-Kontrolle im Bankenbereich, Insbesondere zur Inhaltskontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Das Bankkonto, Policy - Inhaltskontrolle - Erwachsenenschutz, Basel 2013, S. 83-110.
- ACKERMANN JÜRIG-BEAT, Geldwäschereistrafrecht, in: Jürg-Beat Ackermann/Günter Heine (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch, Bern 2013, S. 407-456.
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Habil. Bern), Bern 2005.
- AEPLI VIKTOR, Art. 119 OR, in: Peter Gauch (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114-126 OR, Band V/1h, 3. Aufl., Zürich 1991.
- BARTHOLET OLIVER, Rechtliche Herausforderungen und Konfliktzonen im grenzüberschreitenden «Private Banking», in: SZW 2013, S. 383-405.

²⁵⁸ Vgl. bezüglich Darlehen HIGI, Zürcher Kommentar, N 60 zu Art. 318 OR.

²⁵⁹ Für eine Zusammenstellung der zulässigen Ausgestaltung von solchen Vertragsklauseln siehe vorne VII.3.d) S. 116.

- BERGER BERNHARD, *Allgemeines Schuldrecht*, 2. Aufl., Bern 2012.
- BEURET ARNAUD, *Das Schweizerische Geldwäschereibekämpfungsdispositiv und seine Neuerungen, Die Tätigkeiten der Meldestelle für Geldwäscherei MROS*, in: Jusletter vom 23. Februar 2015.
- BISCHOFF JACQUES, *Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus, Risikoordnung in Verträgen bei veränderten Verhältnissen (Diss. Zürich)*, Zürich 1983.
- BRUNNER ALEXANDER, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, in: Ernst A. Kramer (Hrsg.), *Konsumentenschutz im Privatrecht, Schweizerisches Privatrecht, Band 10*, Basel 2008, S. 111-196.
- BUCHER ANDREAS, Art. 19 IPRG, in: ders. (Hrsg.), *Commentaire Romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano*, Basel 2011.
- BUCHER EUGEN, Art. 27 ZGB, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, Die natürlichen Personen, Kommentar zu Art. 27 ZGB, Band I/2/2, 3. Aufl.*, Bern 1993.
- *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl.*, Zürich 1988.
- BURKHARDT MARTIN, *Vertragsanpassung bei veränderten Umständen in der Praxis des schweizerischen Privatrechts – Vertragsgestaltung, Schiedsgerichtspraxis und Praxis des Bundesgerichts (Diss. St. Gallen)*, Bamberg 1996.
- CHAPPUIS BENOÎT, Art. 2 CC, in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code civil I, Art. 1-359 CC*, Basel 2010.
- CHRISTEN THOMAS, *Vermögensverwaltungsauftrag an die Bank*, in: BJM 1994, S. 113-134.
- DESCHENAUX HENRI, *La revision des contrats par le juge*, in: ZSR 61 (1942), S. 509a-573a.
- EMCH URS/RENZ HUGO/ARPAGAU RETO, *Das Schweizerische Bankgeschäft*, 7. Aufl., Zürich 2011.
- EMMENEGGER SUSAN, *Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, in: dies. (Hrsg.), *Anlagerecht*, Basel 2007, S. 59-127.
- EMMENEGGER SUSAN/DÖBELI THIRZA/FRITSCHI MIRJAM, *Jusletter 2015*, (im Erscheinen).
- EMMENEGGER SUSAN/ZBINDEN ANDREA, *Die Standards zur Aufhebung des Bankgeheimnisses*, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Cross-Border Banking*, Basel 2009, S. 193-282.
- FELLMANN WALTER, Art. 397 OR, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Band VI/2/4*, Bern 1992.
- FUHRER STEPHAN, Art. 33 VVG, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG)*, Basel 2001.
- FUHRER THOMAS, *Die strafrechtliche Mitverantwortung von Bankangestellten für Steuerdelikte der Bankkunden*, in: Isabelle Augsburger-Bucheli/Bertrand Perrin (Hrsg.), *Les enjeux juridiques du secret bancaire*, Genf 2011, S. 185-221.
- FURRER ANDREAS/WEY RAINER, Art. 99 OR, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl.*, Zürich 2012.

- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2 Bände, 10. Aufl., Zürich 2014.
- GÖKSU TARKAN, Art. 99 OR, in: Peter Gauch u.a. (Hrsg.), Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2012), 8. Aufl., Zürich 2012.
- GUGGENHEIM DANIEL A./GUGGENHEIM ANATH, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5. Aufl., Bern 2014.
- GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, bearbeitet von Alfred Koller, Anton K. Schnyder und Jean Nicolas Druey, 9. Aufl., Zürich 2000.
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Art. 2 ZGB, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Band I/1, Bern 2012.
- Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl., Bern 2012.
- HEIERLI CHRISTIAN/SCHNYDER ANTON K., Art. 52 OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011.
- HESS MARKUS/RUCKSTUHL LEA, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegeordnung, in: AJP 2012, S. 1188-1212.
- HIGI PETER, Art. 318 OR, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Die Leihe, Art. 305-318 OR, Teilband V/2b, 3. Aufl., Zürich 2003.
- Einseitige Vertragsänderungen – eine normale Anomalie?, in: Pierre Tercier u.a. (Hrsg.), Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, S. 439-448.
- HUGUENIN CLAIRE, Art. 19/20 OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011.
- Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014.
- HUGUENIN CLAIRE/MAISSEN EVA, Bedingungsänderungsklauseln, in: HAVE 2011, S. 97-122.
- HUGUENIN CLAIRE/REITZE CHRISTOPHE PETER, Art. 27 ZGB, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014.
- HUGUENIN CLAIRE/RUSCH ARNOLD F., Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag, in: SZW 2008, S. 37-56.
- HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/SCHMID JÖRG, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 2. Aufl., Zürich 2010.
- JÄGGI PETER/GAUCH PETER/HARTMANN STEPHAN, Art. 18 OR, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 18 OR: Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, 4. Aufl., Zürich 2014.
- KÄLIN OLIVER, Unmöglichkeit der Leistung nach Art. 119 OR und *clausula rebus sic stantibus*, in: recht 2004, S. 246-256.

- KNÜTEL ROLF, Weisungen bei Geschäftsbesorgungsverhältnissen, insbesondere bei Kommission und Spedition, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 137. Band, S. 285-333.
- KOLLER THOMAS, Vor 19. Titel, Art. 472-491 OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011.
- Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB, in: AJP 2014, S. 19-39.
 - Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, in: AJP 2008, S. 943-953.
- KRAMER ERNST A., Art. 18 OR, in: Arthur Meyer-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Band VI/1/1, Bern 1986.
- Art. 19/20 OR, in: Arthur Meyer-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Allgemeine Bestimmungen, Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR, Band VI/1/2/1a, Bern 1991.
 - Neues zur clausula rebus sic stantibus, in: SJZ 110/2014, S. 273-287.
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Art. 99 OR, in: dies. u.a. (Hrsg.), OR Handkommentar, 2. Aufl., Zürich 2009.
- KUNZ MICHAEL, Umsetzung der GAFI-Empfehlungen 2012, Die Geldwäschereiprävention verlässt den Finanzsektor, in: Jusletter vom 23. Februar 2015.
- KUT AHMET/STAUBER DEMIAN, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, Mit Berücksichtigung der Änderungen der Preisbekanntgabeverordnung, in: Jusletter vom 20. Februar 2012.
- LEU DANIEL, Vertragstreue in Zeiten des Wandels. Die Clausula rebus sic stantibus und das Kriterium der Vorhersehbarkeit, in: Daniel Dédeyan u.a. (Hrsg.), Vertrauen - Vertrag - Verantwortung, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag, Zürich 2007, S. 107-125.
- LOMBARDINI CARLO, Droit bancaire suisse, 2. Aufl., Zürich 2008.
- MÄCHLER-ERNE MONICA/WOLF-METTIER SUSANNE, Art. 19 IPRG, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013.
- MATHYS HANS BEAT, Bestätigungsschreiben und Erklärungsfiktion (Diss. Zürich), Zürich 1997.
- MATTEOTTI RENÉ/BOURQUIN GABRIEL/MANY SELINA, Steuerrisiken mit Offshore-Strukturen für Banken und ihre Mitarbeiter, in: ASA 82, S. 669-709.
- MATTEOTTI RENÉ/MANY SELINA, Erhöhung der Strafrisiken für Banken und ihre Mitarbeiter infolge Einführung der Steuergeldwäscherei, in: Jusletter vom 23. Februar 2015.
- MERZ HANS, Art. 2 ZGB, in: Arthur Meyer-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1-10 ZGB, Band I, Bern 1966.
- MORIN ARIANE, Art. 6 CO, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, 2. Aufl., Basel 2012.

- NOBEL PETER, Zum Fall Wegelin, in: SZW 2013, S. 529-535.
- PIETH MARK, Art. 305^{bis} StGB, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013.
- RAMPINI CORRADO, Die nachträgliche Leistungerschwerung (Diss. St. Gallen), Bern 2003.
- REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Art. 321d OR, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Band VI/2/2/1, Bern 2010.
- SCHÄRER HEINZ/MAURENBRECHER BENEDIKT, Art. 312, 318 OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011.
- SCHMIEDLIN STEFAN, Frustration of contract und clausula rebus sic stantibus: eine rechtsvergleichende Analyse (Diss. Basel), Basel 1985.
- SCHMID JÖRG, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, in: ZBJV 148/2012, S. 1-21.
- SCHMITZ FRANZ, Veränderte Umstände und clausula rebus sic stantibus im schweizerischen Privatversicherungsrecht (Diss. Bern), Bern 1945.
- SCHOTT ANSGAR, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen – Zur Inhaltskontrolle, ST 2/2012, S. 78-82.
- SCHÖNENBERGER WILHELM/STAEHELIN ADRIAN, Art. 321d OR, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Band V/2c, 3. Aufl., Zürich 1996.
- SCHRAMM DOROTHEE/BUHR ALEX, Art. 19 IPRG, in: Andreas Furrer u.a. (Hrsg.), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., Zürich 2012.
- SCHWANDER IVO, Rechtsprechung zum internationalen Schuld-, Gesellschafts- und Zwangsvollstreckungsrecht, in: SZIER 2011, S. 495-511.
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012.
- SEILER HANS-HERMANN, § 665 BGB, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl., München 2012.
- SIBBERN ERIC/VON DER CRONE HANS CASPAR, Genehmigungsfiktion und Nebenpflichten der Bankkunden, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.194/2005 vom 28. September 2005 i.S. Bank X. (Beklagte und Berufungsklägerin) gegen A. (Kläger und Berufungsbeklagter), in: SZW 2006, S. 70-78.
- STEINAUER PAUL-HENRI, Le Titre préliminaire du Code civil, in: Pierre Tercier (Hrsg.), Traité de droit privé suisse, Le Titre préliminaire du Code civil et Droit des personnes, Volume II/1, Basel 2008.
- STÖCKLI HUBERT, Das Synallagma im Vertragsrecht: Begründung, Abwicklung, Störungen (Habil. Fribourg), Zürich 2008.
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011.

- SUTER CHRISTOPH/REMUND CÉDRIC, Neue Vortaten zur Geldwäscherei im Steuerstrafrecht: welche Konsequenzen für Finanzintermediäre?, in: ASA 82, S. 589-630.
- TAUBE TAMARA, Entstehung, Bedeutung und Umfang der Sorgfaltspflichten der Schweizer Banken bei der Geldwäschereiprävention im Bankenalltag (Diss. St. Gallen), Zürich 2013.
- TERCIER PIERRE, La «clausula rebus sic stantibus» en droit suisse des obligations, JdT 127 (1979) I, S. 194-212.
- THELESKLAF DANIEL, Art. 24-26 GwV-FINMA, in: ders. u.a. (Hrsg.), GwG Kommentar Geldwäschereigesetz, Kommentar zu GwG, StGB (Auszug), GwV-FINMA 1 und VSB 08 sowie die einschlägigen Verordnungen und Texte von UNO, Europarat, FATF, Basler Ausschuss und Wolfsberg-Gruppe, 2. Aufl., Zürich 2009.
- THÉVENOZ LUC, Art. 99, 119 OR, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, 2. Aufl., Basel 2012.
- THOUVENIN FLORENT, Art. 8 UWG, in: Reto M. Hilty/Reto Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013.
- VISCHER FRANK, Art. 19 IPRG, in: Daniel Girsberger u.a. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 2. Aufl., Zürich 2004.
- VON KAENEL ADRIAN, Whistleblowing, in: SJZ 103/2007, S. 309-317.
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Band, 3. Aufl., Zürich 1974.
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Band, 3. Aufl., Zürich 1979.
- WEBER ROGER, Art. 267 OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011.
- WEBER ROLF H., Art. 99 OR, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Band VI/1/5, Bern 2000.
- Art. 397 OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011.
- WIDMER ESTHER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG: Unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken (Diss. Bern), Zürich 2015.
- WIEGAND WOLFGANG, Art. 18, 97, 99 OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011.
- Die Finanzmarktkrise und die clausula rebus sic stantibus dargestellt am Beispiel der Bonuszahlungen, in: Jusletter vom 9. Februar 2009.
- WYSS DAVID, Finanzmarktenforcement der FINMA: Die Instrumente und ihr Einsatz in der Praxis, in: Susanne Emmenegger (Hrsg.), Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht, Basel 2014, S. 83-136.
- ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, Finanzmarktprivatrecht: Rechtsprechungschronik 2009/2010, in: recht 2011, S. 82-100.

Materialien

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 3. Juli 2015.

AMTLICHES BULLETIN des Nationalrats, Frühjahressession 2011, 7. Sitzung, Geschäft 09.069: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Änderung, AB 2011 N, S. 220-232.

- Sommersession 2014, 16. Sitzung, Geschäft 13.106: Umsetzung der Empfehlungen 2012 der Groupe d'action financière, AB 2014 N, S. 1255-1267.
- Wintersession 2014, 4. Sitzung, Geschäft 13.106: Umsetzung der Empfehlungen 2012 der Groupe d'action financière, AB 2014 N, S. 1965-1990.

AMTLICHES BULLETIN des Ständerats, Frühjahrsession 2014, 7. Sitzung, Geschäft 13.106: Umsetzung der Empfehlungen 2012 der Groupe d'action financière, AB 2014 S, S. 156-174.

- Herbstsession 2014, 2. Sitzung, Geschäft 13.106: Umsetzung der Empfehlungen 2012 der Groupe d'action financière, AB 2014 S, S. 732-741.

BOTSCHAFT zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009, BBl 2009, S. 6151-6192.

BOTSCHAFT zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) vom 13. Dezember 2013, BBl 2014, S. 605-704.

BUNDESANWALTSCHAFT, Medienmitteilung vom 11. Dezember 2014, abrufbar unter: <www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=55629>.

BUNDESBESCHLUSS über die Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfegesuch betreffend UBS AG sowie des Änderungsprotokolls vom 17. Juni 2010, AS 2010, S. 2907-2908.

BUNDESBESCHLUSS über die Genehmigung des FATCA-Abkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten vom 17. September 2013, AS 2014, S. 1741-1742.

BUNDESRAT, Bericht zur Finanzmarktpolitik des Bundes vom 19. Dezember 2012, abrufbar unter: <<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/35762.pdf>>.

- Erläuternder Bericht zum Übereinkommen des Europarates und der OECD über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen und zur Änderung des Steueramtshilfegesetzes vom 14. Januar 2015, abrufbar unter: <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2451/Amtshilfe-in-Steuersachen_Erl.-Bericht_de.pdf>.
- Erläuternder Bericht zur multilateralen Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten und zu einem Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen vom 14. Januar 2015, abrufbar unter: <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2620/Automatischer-Informationsaustausch_Erl.-Bericht_de.pdf>.
- Medienmitteilung betreffend FIDLEG und FINIG vom 13. März 2015, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-56559.html>>.

DEFERRED PROSECUTION AGREEMENT, United States of America vs. UBS AG, 09-60033-CR-COHN, abrufbar unter: <http://www.justice.gov/sites/default/files/tax/legacy/2009/02/19/UBS_Signed_Deferred_Prosecution_Agreement.pdf>.

- EFD, Medienmitteilung vom 13. März 2009: «Die Schweiz will den OECD-Standard bei der Amtshilfe in Steuersachen übernehmen», abrufbar unter: <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00467/index.html?lang=de&msg-id=25863>>.
- Medienmitteilung vom 21. September 2011, abrufbar unter: <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00467/index.html?lang=de&msg-id=41313>>.
 - Medienmitteilung vom 6. Oktober 2011, abrufbar unter: <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00467/index.html?lang=de&msg-id=41576>>.
 - Medienmitteilung vom 13. April 2012, abrufbar unter: <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00467/index.html?lang=de&msg-id=44130>>.
 - Medienmitteilung vom 12. Dezember 2012, abrufbar unter: <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00467/index.html?lang=de&msg-id=47158>>.
 - Medienmitteilung vom 31. Dezember 2012, abrufbar unter: <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00467/index.html?lang=de&msg-id=47354>>.
 - Vernehmlassungsvorlage zum Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG) und Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz, FINIG), abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2014.html#EFD>>.
- EFD, SIF, Dokumentation, Umsetzung des globalen Standards für den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen vom 14. Januar 2015, abrufbar unter: <<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/37896.pdf>>.
- Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière vom 27. Februar 2013, abrufbar unter: <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2309/GAFI-2012_Erl-Bericht_de.pdf>.
 - Medienmitteilung «Bericht über internationale Finanz- und Steuerfragen 2014» vom 17. Februar 2014, abrufbar unter: <<https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/medienmitteilung.msg-id-52013.html>>.
 - Medienmitteilung zur Unterzeichnung einer Einigung in Steuerfragen zwischen der Schweiz und Italien vom 23. Februar 2015, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-56318.html>>.
- ENTWURF zum Bundesgesetz über die Sperrung und die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen (SRVG), BBl 2014, S. 5355-5368, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2014/5355.pdf>>.
- FINMA, Anhörungsbericht zur Geldwäschereiverordnung-FINMA vom 3. Juni 2015, abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/dokumentation/anhoerungen/abgeschlossene-anhoerungen/>>.

- Enforcementbericht 2014 vom 24. Februar 2015, abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/news/2015/02/mm-enforcementbericht-20150224/>>.
 - Geldwäschereiverordnung-FINMA (GwV-FINMA), SR 955.033.0, Fassung vom 3. Juni 2015, abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/dokumentation/anhoerungen/abgeschlossene-anhoerungen/>>.
 - Kurzbericht «Untersuchung der EBK des grenzüberschreitenden Geschäfts der UBS AG mit Privatkunden in den USA» vom 18. Februar 2009, abrufbar unter: <<http://lukashaessig.ch/wp-content/uploads/Finma-kurzbericht-ubs-x-border-2009-0218-d.pdf>>.
 - Kurzbericht «Untersuchung der FINMA des Geschäfts der Crédit Suisse mit US-Kunden» vom 20. Mai 2014, abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/news/2014/05/mm-cs-20140520>>.
 - Medienmitteilung «Grenzüberschreitendes Geschäft mit US-Kunden: FINMA gibt Abschluss ihres Verfahrens gegen BSI SA bekannt» vom 30. März 2015, abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/news/2015/03/mm-bsi-20150330/>>.
 - Positionspapier zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft (Positionspapier Rechtsrisiken), vom 22. Oktober 2010, abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/news/2010/10/mm-finma-positionspapier-rechtsrisiken-20101022>>.
- GAFI, Empfehlungen «International Standards on combating Money laundering and the financing of Terrorism & Proliferation» vom Februar 2012, abrufbar unter: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf>.
- Konsultationspapier «The Review of the Standards – Preparation for the 4th Round of Mutual Evaluations» vom Oktober 2010, abrufbar unter: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/publicconsultation/First%20public%20consultation%20document.pdf>>.
- GESETZ NR. 167/1990, «Rilevazione a fini fiscali di taluni trasferimenti da e per l'estero di denaro, titoli e valori.» vom 28. Juni 1990 abrufbar unter: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1990;167>>.
- GESETZ NR. 186/2014, «Disposizioni in materia di emersione e rientro di capitali detenuti all'estero nonche' per il potenziamento della lotta all'evasione fiscale. Disposizioni in materia di autoriciclaggio.» vom 15. Dezember 2014 abrufbar unter: <<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2014/12/17/14G00197/sg>>.
- IRS, Part III, Administrative, Procedural, and Miscellaneous, Application Procedures for Qualified Intermediary Status Under Section 1441; Final Qualified Intermediary Withholding Agreement, Rev. Proc 2000-12 (2000-4 I.R.B. 387), vom 24. Januar 2000, abrufbar unter: <<http://www.irs.gov/pub/irs-drop/rp-00-12.pdf>>.
- PLEA AGREEMENT im Fall *United States v. Wegelin & Co.*, S1 12 Cr. 2 (JSR) vom 3. Januar 2013, abrufbar unter: <<http://www.justice.gov/usao/nys/pressreleases/January13/WegelinSummonsPR/Exhibit%20C%20Wegelin%20Plea%20Agreement.pdf>>.
- RICHTLINIE 2003/48/EG des Rates vom 3. Juni 2003 im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen, abrufbar unter: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0048&from=de>>.

SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Medienmitteilung «Bankiervereinigung erlässt Empfehlungen zur Steuerkonformität für das Crossborder-Geschäft» vom 29. November 2013, abrufbar unter: <<http://www.swissbanking.org/medienmitteilung-20131129.htm>>.

SCHWEIZERISCHER BANKENOMBUDSMAN, Jahresbericht 2003, abrufbar unter: <<http://www.bankingombudsman.ch/wp-content/uploads/2015/04/JB03-de.pdf>>.

UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF VIRGINIA, Statement of Facts United States of America v. Credit Suisse AG, 19. Mai 2014, abrufbar unter: <<http://www.justice.gov/iso/opa/resources/3852014519191527936665.pdf>>.

WIDMER-SCHLUMPF EVELINE, Votum vom 12.03.2014 im Ständerat, Frühjahrsession 2014, 7. Sitzung, Geschäft 13.106: Umsetzung der Empfehlungen 2012 der Groupe d'action financière, AB 2014 S, S. 172.

Anhang: Rechtsprechungshinweise

<p>HGer ZH, HE120253, Urteil vom 8. November 2012</p>	<p><i>Verfahrensart:</i> Summarisches Verfahren nach Art. 257 ZPO.</p> <p><i>Verfahrensbeteiligte:</i> Gesellschaft nach panamaischem Recht mit Sitz in Panama (Klägerin, wirtschaftlich Berechtigter ist US-Person), Schweizerische Bank (Beklagte).</p> <p><i>Sachverhalt:</i> Bank verlangt Nachweis der Steuerkonformität. Kunde verlangt Herausgabe von Anlagemünzen.</p> <p><i>Verfahrensausgang:</i> Nichteintreten, Voraussetzungen für Verfahren nach Art. 257 ZPO nicht erfüllt, obwohl Anhaltspunkte bestehen für Herausgabeanspruch des Bankkunden.</p>
<p>Pretura di Lugano,²⁶⁰ Urteil vom 20. Februar 2013</p>	<p><i>Verfahrensart:</i> Summarisches Verfahren nach Art. 257 ZPO.</p> <p><i>Verfahrensbeteiligte:</i> Kunde mit Wohnsitz in Italien (Kläger), Bank mit Sitz in Zürich (Beklagte).</p> <p><i>Sachverhalt:</i> Kontoaufhebung. Barauszahlung in Höhe von 827'059 EUR. Angegebener Zweck: Kauf von zwei Wohnungen. Barauszahlung von Bank verweigert.</p> <p><i>Verfahrensausgang:</i> Gesuch gutgeheissen.</p>
<p>Cour de Justice de Genève, Urteil ACPR/294/2014 vom 30. Mai 2014</p>	<p><i>Verfahrensart:</i> Strafverfahren.</p> <p><i>Verfahrensbeteiligte:</i> Holländischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Frankreich (Anzeiger), schweizerische Bank (Beschuldigte).</p>

²⁶⁰ Von der Pretura di Lugano existieren zahlreiche zusätzliche Urteile, in welchen jeweils eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen Bankinteressen und Kundeninteressen vorgenommen wird.

	<p><i>Sachverhalt:</i> Nötigung (Art. 181 StGB) durch Bank, weil Herausgabe von Vermögenswerten wegen fehlenden Nachweises der Steuerkonformität verweigert wurde. Kunde verlangte zuerst Überweisung nach Dubai und dann nach Holland.</p> <p><i>Verfahrensausgang:</i> Nichtanhandnahmeverfügung bestätigt.</p>
<p>Pretura di Lugano, Urteil vom 31. Juli 2014</p>	<p><i>Verfahrensart:</i> Summarisches Verfahren nach Art. 257 ZPO.</p> <p><i>Verfahrensbeteiligte:</i> Kunde mit Wohnsitz in Italien (Kläger), Bank mit Sitz im Tessin (Beklagte).</p> <p><i>Sachverhalt:</i> Kontoschliessung. Barauszahlung in unbekannter Höhe von Bank verweigert.</p> <p><i>Verfahrensausgang:</i> Nichteintreten (keine klare Rechtslage).</p>
<p>Pretura di Lugano, Urteil vom 4. August 2014</p>	<p><i>Verfahrensart:</i> Summarisches Verfahren nach Art. 257 ZPO.</p> <p><i>Verfahrensbeteiligte:</i> Kunde, wirtschaftlich Berechtigter einer Gesellschaft mit Sitz in Frankreich (Kläger), Bank mit Sitz im Tessin (Beklagte).</p> <p><i>Sachverhalt:</i> Kontoschliessung (nach über zehn Jahren). Barauszahlung in Höhe von 93'832 EUR von der Bank verweigert.</p> <p><i>Verfahrensausgang:</i> Gesuch gutgeheissen.</p>
<p>Pretura di Mendrisio-Nord, Urteil vom 5. September 2014</p>	<p><i>Verfahrensart:</i> Summarisches Verfahren nach Art. 257 ZPO.</p> <p><i>Verfahrensbeteiligte:</i> Bankkunde, Wohnsitz nicht angegeben (Kläger), Bank mit Sitz im Tessin (Beklagte).</p>

	<p><i>Sachverhalt:</i> Kontoschliessung. Barauszahlung in Höhe von 295'115 CHF von Bank verweigert.</p> <p><i>Verfahrens Ausgang:</i> Nichteintreten (keine klare Rechtslage).</p>
<p>Pretura di Lugano, Urteil vom 9. Januar 2015</p>	<p><i>Verfahrensart:</i> Summarisches Verfahren nach Art. 257 ZPO.</p> <p><i>Verfahrensbeteiligte:</i> Erben eines Kunden mit Wohnsitz in Italien (Kläger), Bank mit Sitz/Niederlassung im Tessin (Beklagte).</p> <p><i>Sachverhalt:</i> Kontoschliessung durch die Erben (Kontoeröffnung 2002). Weisung zur Übertragung der Gutschrift auf zwei Konten von zwei anderen Banken in der Schweiz.</p> <p><i>Verfahrens Ausgang:</i> Gesuch gutgeheissen.</p>
<p>Pretura di Lugano, Urteil vom 14. Januar 2015</p>	<p><i>Verfahrensart:</i> Ordentliches Zivilverfahren.</p> <p><i>Verfahrensbeteiligte:</i> Gesellschaft, wirtschaftlich Berechtigter mit Wohnsitz in Italien (Klägerin), Bank mit Sitz/Niederlassung im Tessin (Beklagte).</p> <p><i>Sachverhalt:</i> Kontoschliessung. Guthabentransfer (Geldkonto und Wertschriften) nach Nassau, Bahamas.</p> <p><i>Verfahrens Ausgang:</i> Abweisung der Klage.</p>
<p>OGer ZH, UE140091 Beschluss vom 2. Februar 2015</p>	<p><i>Verfahrensart:</i> Strafverfahren.</p> <p><i>Verfahrensbeteiligte:</i> Bankkunde, Herkunft unbekannt (Anzeiger), unbekanntes Mitarbeiter einer schweizerischen Bank (Beschuldigte).</p> <p><i>Sachverhalt:</i> Nötigung (Art. 181 StGB) durch Bankmitarbeiter, weil</p>

	<p>Überweisung des Kontoguthabens auf Konto bei russischer Bank wegen Nichterbringung des verlangten Nachweises der Steuerkonformität in den USA verweigert.</p> <p><i>Verfahrensausgang:</i> Nichtanhandnahmeverfügung bestätigt.</p>
<p>Tribunale d'appello del Ticino, Urteil 12.2014.206 vom 12. Februar 2015</p>	<p><i>Verfahrensart:</i> Summarisches Verfahren nach Art. 257 ZPO.</p> <p><i>Verfahrensbeteiligte:</i> Kunde mit Domizil in Italien (Kläger und Berufungsbeklagter), Bank mit Niederlassung im Tessin (Beklagte und Berufungsklägerin).</p> <p><i>Sachverhalt:</i> Bank verlangt Nachweis der Steuerkonformität. Kunde beendet Vertragsbeziehung. Barauszahlung des Kontosalδος in Höhe von 75'000 EUR von der Bank verweigert.</p> <p><i>Verfahrensausgang:</i> Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils. Bank ist zur Barauszahlung verpflichtet.</p> <p><i>Rechtsmittelverfahren:</i> Beschwerde beim Bundesgericht hängig.</p>
<p>Tribunale d'appello del Ticino, Urteil 12.2014.130 vom 12. Februar 2015</p>	<p><i>Verfahrensart:</i> Summarisches Verfahren nach Art. 257 ZPO.</p> <p><i>Verfahrensbeteiligte:</i> Kunde mit Domizil in Italien (Kläger und Berufungskläger), Bank mit Niederlassung im Tessin (Beklagte und Berufungsbeklagte).</p> <p><i>Sachverhalt:</i> Bank verlangt Nachweis der Steuerkonformität. Kunde schliesst Konto. Barauszahlung des Kontosalδος in Höhe von ca. 500'000 EUR von der Bank verweigert.</p> <p><i>Verfahrensausgang:</i> Kassation des erstinstanzlichen Urteils und neuer Entscheid: Bank ist zur Barauszahlung verpflichtet.</p> <p><i>Rechtsmittelverfahren:</i> Beschwerde beim Bundesgericht hängig.</p>

Barauszahlungen bei Verdacht auf Steuerdelikte

Flavio Romerio/Katrin Ivell, Zürich*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	143
II.	Zivilrechtliche Pflicht der Bank zu Barauszahlungen.....	145
1.	Erfüllungsanspruch von Geldschulden in Schweizer Franken.....	145
a)	Grundsatz.....	145
b)	Entstehung des Anspruchs und Fälligkeit.....	145
c)	Erfüllung des Anspruchs.....	146
2.	Fazit.....	147
III.	Rechtliche Risiken der Gewährung von Barauszahlungen an unversteuerte Kunden.....	147
1.	Rechtslage in der Schweiz.....	148
a)	Beihilfehandlungen zu Steuerhinterziehung.....	148
aa)	Steuerhinterziehung.....	148
bb)	Beihilfehandlungen.....	149
cc)	Fazit.....	150
b)	Verletzung strafrechtlicher Geldwäschereinormen – <i>de lege lata</i>	150
c)	Verletzung strafrechtlicher Geldwäschereinormen – <i>de lege ferenda</i>	151
d)	Verstoss gegen regulatorische Vorschriften.....	152
2.	Rechtslage in Deutschland.....	154
a)	Beihilfehandlungen zu Steuerhinterziehung.....	154
aa)	Steuerhinterziehung.....	154

* Flavio Romerio ist Partner des M&A-Teams und leitet die Fachgruppe für White Collar | Investigations bei Homburger. Katrin Ivell ist Mitarbeiterin des Banking-Teams und der Fachgruppe White Collar | Investigations bei Homburger. Die Autoren danken Johanna Henschel für ihre wertvolle Mitarbeit an diesem Beitrag.

bb) Beihilfehandlungen.....	154
b) Verletzung strafrechtlicher Geldwäschereinormen.....	155
3. Fazit.....	157
IV. Ansätze zur Lösung des Normenkonflikts.....	157
1. Ausgangslage – Bestehen eines Normkonflikts.....	157
2. Korrektive im nationalen Verhältnis.....	158
a) Widerrechtlichkeit des Kontovertrages wegen Verletzung schweizerischen Rechts.....	158
aa) Übersicht Widerrechtlichkeit.....	158
bb) Anwendbarkeit im vorliegenden Fall.....	160
b) Sittenwidrigkeit des Kontovertrages auf Grund der Verletzung schweizerischen Rechts.....	161
aa) Übersicht Sittenwidrigkeit.....	161
bb) Anwendbarkeit im vorliegenden Fall.....	163
c) Richterliche Anpassung des Vertrages auf Grund veränderter Umstände – <i>clausula rebus sic stantibus</i>	166
aa) Übersicht <i>clausula rebus sic stantibus</i>	166
(1) Tatsächliche Veränderung der Verhältnisse.....	166
(2) Unvorhersehbarkeit der Veränderung.....	167
(3) Gravierende Äquivalenzstörung.....	167
bb) Anwendbarkeit im vorliegenden Fall.....	167
3. Korrektive im internationalen Verhältnis.....	169
a) Berücksichtigung zwingenden ausländischen Rechts gestützt auf Art. 19 IPRG.....	169
aa) Übersicht Anwendbarkeit Art. 19 IPRG.....	169
(1) Vorliegen einer massgeblichen internationalen Norm mit zwingendem Anwendungswillen.....	169
(2) Der enge Bezug zum Drittland.....	170
(3) Nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen.....	171
bb) Anwendbarkeit im vorliegenden Fall.....	171
b) Rechtsfolgen bei Anwendbarkeit von Art. 19 IPRG.....	172
V. Schlussteil.....	173
Literaturverzeichnis.....	174
Materialien.....	177

I. Einleitung

Zwei jüngst im Tessin verhandelte Gerichtsverfahren betrafen Banken, die sich weigerten, ausländischen Bankkunden ihr Guthaben in bar auszubezahlen. Die Kunden erbrachten keinen Nachweis ihrer Steuerkonformität und die Bank fürchtete, sich mit einer Barauszahlung strafbar zu machen.¹ Zwar wurde die Bank verurteilt, den Kunden das Geld bar auszuzahlen, denn die Bank hatte ein Strafbarkeitsrisiko nicht hinreichend konkretisiert, sondern nur pauschal auf die strafrechtlichen Gesetzesbestimmungen im Ausland verwiesen.²

Die Tessiner Verfahren verdeutlichen, dass sich die Schweizer Banken in einem Spannungsfeld bewegen zwischen der Forderung ihrer Kunden auf Barauszahlung und dem Risiko, sich und ihre Mitarbeiter bei der Gewährung von Bargeld an (vermutungsweise) unversteuerte Kunden strafrechtlicher Verfolgung auszusetzen.

Die letzte Dekade wurde Zeuge eines regelrechten Kulturwandels. Steuerdelikte und Beihilfehandlungen gerieten zusehends in den Fokus von Strafverfolgungsbehörden. Gleichzeitig verschärfte sich auch die rechtlichen Rahmenbedingungen. 2013 wurde das FATCA Abkommen unterzeichnet.³ 2014 trat die Schweiz der Erklärung der OSZE über den automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIA) bei; im März 2015 haben die Schweiz und die EU ein entsprechendes Abkommen⁴ unterzeichnet. Ab 2016 stellen qualifizierte Steuerdelikte Vortaten zur Geldwäscherei dar.⁵ Art. 6a des revidierten Geldwäschereigesetzes verpflichtet Banken, bei der Annahme von Vermögenswerten grundsätzlich eine Steuerkonformitätsprü-

¹ Entscheide des Pretore del Distretto di Lugano vom 9. und 14. Januar 2015 und Entscheide des Tribunale d'appello (Ticino) vom 12. Februar 2015.

² Entscheide des Tribunale d'appello (Ticino) vom 12. Februar 2015. Die Bank hatte sich offenbar mit einem allgemeinen Verweis auf die italienische Geldwäschereibestimmung (Art. 648^{ter} Abs. 1 des italienischen Strafgesetzbuches) der Eigengeldwäscherei begnügt.

³ Abkommen zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Zusammenarbeit für eine erleichterte Umsetzung von FATCA, unterzeichnet am 14. Februar 2013.

⁴ Abkommen zur Einführung des globalen Standards für den automatischen Informationsaustausch in Steuersachen.

⁵ Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière. Die entsprechenden Änderungen zum Geldwäschereigesetz vom 10. Oktober 1997 werden am 1. Januar 2016 in Kraft treten (AS 2015, 1389, S. 1406).

fung durchzuführen.⁶ Für 2018 ist der erste Austausch von Kundeninformationen unter dem AIA geplant.

Im Rahmen dieses Wandels haben viele Banken auch im Bereich Barauszahlungen neue und restriktive Vorschriften eingeführt. Anlässlich der Schweizerischen Bankenrechtstagung 2015 haben die Autoren eine Umfrage zum Thema «Beschränkung von Bargeldbezügen» durchgeführt. Die Umfrageergebnisse zeigen, dass 90% der befragten Banken Beschränkungen von Bargeldauszahlungen vorsehen. Als Anknüpfungspunkt der Beschränkung dient den meisten Banken das ausländische Domizil der Kunden (63%), oft in Verbindung mit dem Kriterium «fehlender Beleg für Steuerkonformität» (25%). Beinahe ein Viertel der Banken (24%) lässt die Restriktionen aber für alle Kunden gelten. Die üblichste Art der Beschränkung sind gemäss Umfrageergebnis Bezugslimiten, meist in der Höhe von CHF 100'000 bis CHF 400'000 jährlich bzw. über einen Zeitraum von zwölf Monaten (42%). Am häufigsten ergehen diese Beschränkungen in Form formeller Weisungen (58%), aber auch schriftliche oder mündliche Arbeitsanweisungen (21% bzw. 11%) dienen als Grundlage, um unbeschränkte Barauszahlungen zu verweigern. Nur ein geringer Teil der teilnehmenden Banken beschränkt Bargeldauszahlungen in Form Allgemeiner Geschäftsbedingungen (3%).

Trotz teils eingreifenden Beschränkungen melden die Banken aber nur wenige Verfahren. Die Tessiner Fälle sind mithin eine Ausnahme.

Dieser Beitrag widmet sich der näheren Betrachtung dieses Phänomens. Zunächst wird die zivilrechtliche Pflicht auf Barauszahlungen untersucht (Abschnitt II). Danach werden die möglichen strafrechtlichen Risiken bei Barauszahlungen bei Verdacht auf Steuerdelikte dargestellt (Abschnitt III) und im Abschluss Korrektive der Schweizer Rechtsordnung vorgestellt, die zur Lösung des Normenkonflikts (Anspruch auf Barauszahlung vs. Strafbarkeitsrisiko bei Barauszahlung) herangezogen werden könnten (Abschnitt IV). Es folgt ein Schlussteil in Abschnitt V.

⁶ Von dieser Prüfung kann nur abgesehen werden, wenn es um geringe Werte oder um Kunden geht, die in einem Land steuerpflichtig sind, mit dem die Schweiz ein AIA nach internationalem Standard abgeschlossen hat.

II. Zivilrechtliche Pflicht der Bank zu Barauszahlungen

1. Erfüllungsanspruch von Geldschulden in Schweizer Franken

a) Grundsatz

Gemäss Art. 84 Abs. 1 OR sind Geldschulden in gesetzlichen Zahlungsmitteln der geschuldeten Währung zu bezahlen. Als gesetzliche Zahlungsmittel gelten gemäss Art. 2 WZG die vom Bund ausgegebenen Münzen (Art. 2 lit. a WZG), die von der Schweizerischen Nationalbank (SNB) ausgegebenen Banknoten (Art. 2 lit. b WZG) und die auf Franken lautenden Sichtguthaben bei der SNB (Art. 2 lit. c WZG). Daraus folgt, dass in Schweizer Franken lautende Geldschulden grundsätzlich auch bar in Schweizer Franken beglichen werden müssen. Zwar hat in der Praxis das Buchgeld die Zahlung in barer Münze grösstenteils ersetzt.⁷ Aber eine *funktionelle* Gleichsetzung von Bar- und Buchgeld⁸ bedeutet nicht, dass Buchgeld auch *rechtlich* dem Bargeld gleichzusetzen ist.⁹

b) Entstehung des Anspruchs und Fälligkeit

Die *Forderung* (oder der *Anspruch*) auf Auszahlung des Saldos gegenüber der Bank entsteht mit der Einzahlung von Geld auf einem Konto. Ist nichts anderes vereinbart, so ergibt sich aus der Natur des Rechtsverhältnisses (Dauerschuldverhältnis) gemäss Art. 75 OR, dass die Pflicht zur (Bar-)Auszahlung aber erst entsteht, wenn der Bankkunde den Anspruch auf (Bar-)Auszahlung konkret geltend gemacht (also *fälliggestellt*) hat.

⁷ NOBEL, Devisenschuld, S. 287, stellte bereits 1988 fest, dass gemäss Geldmengenstatistik der SNB Bargeld nur noch 10% der Geldmenge ausmachte; ENGEL, OR I, S. 640, der allerdings feststellt, dass die Barzahlung in der Schweiz unter den industrialisierten Ländern die grösste Rolle spielt.

⁸ ENGEL, OR I, S. 639; GIOVANOLI, Geldbegriff, S. 88 f.; NOBEL, Devisenschuld, S. 287, der sich für die Qualifikation von Buchgeld als Geld im Rechtssinne auszusprechen scheint.

⁹ Urteil des Bundesgerichts vom 7. November 1996, SJ 119/1997, S. 253; BILLOTTE-TONGUE, virement bancaire, S. 73; Botschaft zum Bundesgesetz vom 22. Dezember 1999 über die Währung und die Zahlungsmittel, BBl 1999, 7258, S. 7271; EMMENEGGER, Geldschuld, S. 4; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT II, N 2316; HESS, recht 4/1996, S. 144; WEBER, Berner Kommentar, N 154 zu Art. 84 OR; DERSELBE, SJZ 78/1982, S. 138; VON DER CRONE, Zahlung mit elektronischer Überweisung, S. 60.

c) Erfüllung des Anspruchs

Art. 84 OR ist dispositiver Natur, so dass vertraglich (und zwar ausdrücklich oder stillschweigend) jederzeit die Zahlung von Buchgeld als Erfüllungshandlung vereinbart werden kann.¹⁰

Ob ein stillschweigendes Einverständnis seitens des Gläubigers vorliegt, bestimmt sich im Streitfall nach dem Vertrauensprinzip.¹¹ Eine konkludente Zustimmung zur Erfüllung in Buchgeld liegt nach der hier vertretenen Meinung nicht bereits vor, wenn der Gläubiger über ein Bankkonto verfügt. Faktisch würde dies nämlich den Grundsatz von Art. 84 OR aushebeln, da nahezu jeder ein Bankkonto hält.¹²

Ist ein (absoluter oder eingeschränkter) Verzicht auf Barauszahlung Teil der allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Bank, darf dabei für den Bankkunden kein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten gemäss Art. 8 UWG resultieren.¹³ Andernfalls wäre die Abrede nichtig.

Ob ein Missverhältnis zwischen Rechten und Pflichten besteht, muss im Kontext der Gesamtheit des Kontovertrags und nicht isoliert für den Barzahlungsverzicht beurteilt werden.

Ob der in den AGBs einer Bank enthaltene Verzicht auf Erfüllung in Bargeld im Einzelfall gegen Art. 8 UWG verstösst, hängt von der konkreten Ausgestaltung ab. Grundsätzlich betrifft die Erfüllung in Buchgeld nur (aber immerhin) eine Erfüllungsmodalität, nicht aber einen Verzicht auf die Erfüllung selber; sie betrifft das «wie», nicht das «ob». Würde ausserdem auf eine Barauszahlung nur in beschränktem Masse verzichtet – z.B. oberhalb bestimmter Limiten oder nur bei Nichtnachweis ordentlicher Besteuerung

¹⁰ So ausdrücklich die Botschaft zum Bundesgesetz vom 22. Dezember 1999 über die Währung und die Zahlungsmittel, BBl 1999, 7258, S. 7271 f.; vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT II, N 2315; KLEINER, Banken-AGB, S. 68.

¹¹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT II, N 2316.

¹² Zustimmend EMMENEGGER, Geldschuld, S. 9; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT II, N 2316c; anderer Ansicht wohl WEBER, Berner Kommentar, N 161 zu Art. 84 OR.

¹³ Gemäss Art. 8 UWG handelt unlauter, «*wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten vorsehen.*» Dazu anstelle vieler: THOUVENIN, Jusletter vom 29. Oktober 2012; WIDMER, UWG 8, S. 107 ff. Der Verstoss gegen Treu und Glauben stellt kein zusätzliches Tatbestandselement dar, sondern es wurde nur ein Referenzpunkt für die Prüfung des Missverhältnisses geschaffen: WIDMER, UWG 8, S. 131; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, N 1154.

seitens des Bankkunden - kann unseres Erachtens kaum von einem «erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnis» gesprochen werden.

Führt der Kunde ein Fremdwährungskonto, ist die Bank gestützt auf Art. 84 Abs. 2 OR berechtigt, die Erfüllung in Schweizer Franken im Sinne einer Alternativermächtigung zu wählen. Diesfalls gelten die obigen Ausführungen auch für die Erfüllung von Fremdwährungsschulden. Haben hingegen die Parteien eine Effektiv-Klausel vereinbart, kann die Bank die Forderung des Kunden einzig durch Zahlung in der Fremdwährung erfüllen. Ob eine Erfüllung in bar erfolgen muss, richtet sich dann nach dem Recht der vereinbarten Währung, auch wenn der Erfüllungsort in der Schweiz liegt.¹⁴

2. Fazit

Grundsätzlich steht dem Bankkunden die Erfüllung seines Auszahlungsanspruchs in bar zu. Davon abweichende Vereinbarungen sind jederzeit möglich; sie können sowohl konkludent als auch ausdrücklich (z.B. in AGB) getroffen werden.

III. Rechtliche Risiken der Gewährung von Barauszahlungen an unversteuerte Kunden

Eine Barauszahlung kann ein Strafbarkeitsrisiko schaffen oder erhöhen, und zwar dann, wenn die Barauszahlung eine Beihilfehandlung zu einem Steuerdelikt oder eine Geldwäschereihandlung darstellen kann. Für eine Risiko-beurteilung sind nicht nur die Schweizer Rechtsordnung (Abschnitt III.1), sondern auch ausländische Rechtsordnungen heranzuziehen, wie nachfolgend stellvertretend für vergleichbare ausländische Rechtsordnungen am Beispiel Deutschland aufgezeigt wird (Abschnitt III.2).

¹⁴ VISCHER, Zürcher Kommentar IPRG, N 4 zu Art. 147 IPRG: «Das Vertragsstatut kann die Definition, den Bestand und auch die Währungsumstellung weder *de facto* noch *de iure* beeinflussen. Mit der Wahl der Währung haben die Parteien alle währungsrechtlichen Fragen kollisionsrechtlich der *lex monetae* unterstellt.»

1. Rechtslage in der Schweiz

a) Beihilfehandlungen zu Steuerhinterziehung

aa) Steuerhinterziehung

Gemäss Art. 175 Abs. 1 DBG macht sich einer Steuerhinterziehung strafbar, wer als Steuerpflichtiger vorsätzlich oder fahrlässig bewirkt, dass eine Veranlagung zu Unrecht unterbleibt oder dass eine rechtskräftige Veranlagung unvollständig ist (sog. *Steuerverkürzung*). Ebenfalls einer Steuerhinterziehung macht sich strafbar, wer als zum Steuerabzug an der Quelle Verpflichteter vorsätzlich oder fahrlässig einen Steuerabzug nicht oder nicht vollständig vornimmt (sog. *Quellensteuergefährdung*), oder wer vorsätzlich oder fahrlässig eine unrechtmässige Rückerstattung oder einen ungerechtfertigten Erlass erwirkt (sog. *Bezugsverkürzung*). Das Strafmass für Steuerhinterziehung ist eine Busse, die sich je nach Schwere des Verschuldens im Rahmen von einem Drittel bis 300% der hinterzogenen Summe bewegt; die Regel stellt Busse im Umfang der Steuerhinterziehung dar (Art. 175 Abs. 2 DBG).

Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung des Bundesgerichts schützt der Straftatbestand der Steuerhinterziehung den Fiskalanspruch des Staates und damit das Vermögen des Gemeinwesens¹⁵. Im Falle einer Steuerhinterziehung muss es sich beim Täter daher um eine in der Schweiz steuerpflichtige Person handeln. Im Ausland steuerpflichtige Personen, die ausländische Steuern verkürzen, können hingegen mangels Steuerpflicht in der Schweiz den vorausgesetzten Deliktserfolg, die Schädigung des Schweizer Fiskus, nicht bewirken.¹⁶ Entsprechend ist auch eine Teilnahmehandlung nicht möglich.

Auch wenn der Tatbestand der Steuerhinterziehung durch den Haupttäter grundsätzlich in fahrlässiger Weise erfüllt werden kann, ist eine Gehilfenschaft nur an einer vom Haupttäter (eventual-)vorsätzlich begangenen Steuerhinterziehung möglich.¹⁷ Eine Strafbarkeit wegen Gehilfenschaft zu einer fahrlässigen Steuerhinterziehung ist somit ausgeschlossen.

¹⁵ BGE 121 II 257 E. 5b; SIEBER, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2b, N 5 zu Art. 175 DBG; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, N 5 zu § 235 StG ZH; einen umfassenderen Kreis geschützter Rechtsgüter bejaht BEHNISCH, Der Schweizer Treuhänder 1-2/1992, S. 44.

¹⁶ OESTERHELT, Der Schweizer Treuhänder 12/2009, S. 956: «Die Straftatbestände des DBG (bzw. der kantonalen Steuergesetze) stellen nur die Verkürzung schweizerischer Steuern unter Strafe. Die Hinterziehung ausländischer Steuern ist davon nicht erfasst.»

¹⁷ BGE 117 IV 186 E. 3: «Gehilfe ist, wer vorsätzlich in untergeordneter Stellung die vorsätzliche Haupttat eines andern fördert; Gehilfenschaft zu einer nicht vorsätzlichen Haupttat ist nicht

bb) Beihilfehandlungen

Art. 177 DBG stellt ausdrücklich die Beihilfe zu Steuerhinterziehungen unter Strafe.¹⁸ Gemäss Art. 177 Abs. 2 DBG beträgt die Busse für Gehilfenschaft bis zu CHF 10'000, in schweren Fällen oder bei Rückfall bis zu CHF 50'000. Überdies haftet der Teilnehmer für die hinterzogenen Steuern solidarisch. Gemäss Art. 181 Abs. 2 DBG kann auch die Bank selber für Gehilfenschaft bestraft werden.

Gemäss Bundesgericht gilt als Hilfeleistung i.S.v. Art. 25 StGB «*jeder kausale Beitrag, der die Tat fördert, so dass sich diese ohne Mitwirkung des Gehilfen anders abgespielt hätte.*»¹⁹ In subjektiver Hinsicht setzt eine Gehilfenschaft eine (eventual-)vorsätzliche Hilfeleistung voraus.

Bei Bankdienstleistungen wie einer Barauszahlung stellt sich die Frage, inwieweit diese strafrechtlich als Gehilfenschaft qualifiziert werden können.²⁰ Zunächst stellt eine Barauszahlung ein harmloses Alltagsgeschäft bzw. eine typische Bankdienstleistung dar. Gleichzeitig kann sie aber auch geeignet sein, einem entsprechend gewillten Täter die Steuerhinterziehung mindestens zu erleichtern und damit die Chancen der Tatbestandserfüllung zu erhöhen, sodass der objektive Tatbestand der Tatförderung erfüllt wäre. Bei alltäglichen und an sich unverfänglichen Alltagshandlungen hat das Bundesgericht die Abgrenzung zwischen harmloser und strafbarer Gehilfenschaft primär im Rahmen der Prüfung des subjektiven Tatbestands vorgenommen.²¹ Gemäss dieser Entscheidpraxis dürfte entscheidend sein, ob der die Dienstleistung erbringende Bankmitarbeiter aufgrund der konkreten Umstände mit genügender Sicherheit hätte erkennen müssen, dass der Kun-

möglich»; anderer Auffassung SIEBER, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2b, N 9 zu Art. 177 DBG.

¹⁸ Ebenfalls strafbar ist die Beihilfe zum Steuerbetrug (Art. 186 Abs. 1 DBG i.V.m. Art. 25 StGB), bei dem im Unterschied zur Steuerhinterziehung das qualifizierende Tatbestandsmerkmal der gefälschten Urkunden als Anknüpfungspunkt verwendet wird. Es ist daher schwer vorstellbar, wie durch das Aushändigen von Bargeld allein der Tatbestand der Beihilfe zum Steuerbetrug erfüllt sein kann, weswegen auf weitere Ausführungen zum Steuerbetrug in diesem Beitrag verzichtet wurde.

¹⁹ BGE 129 IV 124 E. 3.2; BGE 119 IV 289 E. 2c/aa.

²⁰ Vgl. SCHILD TRAPPE, Harmlose Gehilfenschaft?, passim sowie die Übersicht über die Lehrmeinungen bei FORSTER, Basler Kommentar StGB I, N 30 f. zu Art. 25 StGB; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 120.

²¹ Vgl. insbesondere BGE 111 IV 32; 113 IV 108; 114 IV 112; 119 IV 289; 117 IV 186; 121 IV 109. Urteile des Bundesgerichts, die sich explizit mit den Voraussetzungen einer Gehilfenschaft zu einer Steuerhinterziehung durch die Erbringung an sich erlaubter Bankdienstleistungen auseinandersetzen, sind keine ersichtlich.

de einerseits Steuern hinterziehen will und andererseits die Inanspruchnahme der Dienstleistung dieses Delikt objektiv fördert. Beides muss in subjektiver Hinsicht vom Bankmitarbeiter mindestens in Kauf genommen worden sein. Dies dürfte bei der Erbringung von eine Steuerhinterziehung erleichternden Bankdienstleistungen dann zu bejahen sein, wenn die Inanspruchnahme der fraglichen Dienstleistung einzig durch die beabsichtigte Steuerhinterziehung sinnvoll erklärt werden kann, d.h. ein legaler Zweck der Hilfeleistung praktisch nicht denkbar ist.²²

Unter welchen Voraussetzungen ein legaler Zweck einer Bankdienstleistung jedoch als «praktisch nicht erkennbar» betrachtet werden muss, kann nicht losgelöst von den Umständen des Einzelfalls beantwortet werden. Da insbesondere bei grossen Beträgen das Buchgeld die Zahlung in barer Münze grösstenteils ersetzt hat (siehe Abschnitt II oben), dürfte der legale Zweck weniger leicht erstellt sein, je grösser die geforderte Summe Bargeld ist. Ebenso wenn ein Kunde sich ohne nachvollziehbare Gründe weigert, der Bank gegenüber eine Erklärung seiner Steuerehrlichkeit abzugeben, während er gleichzeitig die Barsaldierung seines Kontos wünscht.²³

cc) Fazit

Barauszahlungen können je nach Konstellation auch in der Schweiz eine strafbare Beihilfehandlung zur Steuerhinterziehung darstellen. Die angeordnete Sanktion ist jedoch nur gering, was erklären mag, weshalb es – soweit ersichtlich – keine einschlägigen Gerichtsentscheide gibt.

b) Verletzung strafrechtlicher Geldwäschereinormen – *de lege lata*

Gemäss Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB macht sich der Geldwäscherei strafbar, wer eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft und die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, die, wie er weiss oder annehmen muss, aus einem Verbrechen herrühren. Täter der Geldwäscherei kann jedermann sein.²⁴ Bei Verurteilung drohen

²² BGE 119 IV 289 E. 2 c/cc.

²³ Vgl. den Entscheid des Tribunale d'appello (Ticino) vom 12. Februar 2015, dem der Sachverhalt zu Grunde lag, dass italienische Kunden verweigerten, ihre Steuerkonformität darzutun und die Bank dementsprechend die Barauszahlung verweigerte.

²⁴ Umstritten ist in der Lehre lediglich, ob auch der Vortäter, d.h. derjenige, der das Verbrechen begangen hat, aus welchem die Vermögenswerte stammen, Täter sein kann. Das Bundesgericht bejaht dies (BGE 120 IV 323 E. 3; 124 IV 274 E. 3, Bestätigung der Rechtsprechung), was in der Lehre auf erhebliche Kritik gestossen ist (für eine Über-

Geldbusse und bis zu drei Jahre Gefängnis, in schweren Fällen eine Geldbusse von bis zu CHF 1.5 Mio. und bis zu fünf Jahre Gefängnis. Auch Unternehmen können gemäss Art. 102 Abs. 2 StGB unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen bestraft werden, wenn dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um die Begehung einer Geldwäscherei zu verhindern.

Als *Vermögenswerte* gelten gemäss Art. 70 Abs. 1 StGB alle Gegenstände, denen überhaupt ein wirtschaftlicher Wert zukommt. Bargeld bzw. Bankguthaben stellen somit ein taugliches Tatobjekt der Geldwäscherei dar. Barauszahlungen von Guthaben, die gemäss dem Wissen der Bank aus Verbrechen stammen, sind als Verstoss gegen Art. 305^{bis} StGB zu bewerten, wenn sie den sog. *paper trail* unterbrechen und damit die Einziehung der Gelder offensichtlich erschweren.²⁵ Als *Verbrechen* gelten jene Taten, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind (Art. 10 Abs. 2 StGB). *De lege lata* gelten weder Steuerbetrug (Art. 186 DBG) noch Steuerhinterziehung (Art. 175 DBG) als Verbrechen.²⁶ Für im Ausland erfolgte Straf(vor)taten gilt das Prinzip der doppelten Strafbarkeit, d.h. dass die Tat aus schweizerischer Sicht nur dann als Vortat in Frage kommen kann, wenn sie auch in der Schweiz als Vortat der Geldwäscherei geeignet ist. Für Steuerdelikte ist dies wie oben dargelegt nicht der Fall.

Aus diesem Grund war die Barauszahlung unversteuerter Gelder unter dem Aspekt der Geldwäscherei rechtlich bisher insofern nicht problematisch, als damit zumindest der schweizerische Geldwäschereitatbestand nicht erfüllt wurde.²⁷

c) Verletzung strafrechtlicher Geldwäschereinormen – *de lege ferenda*

Am 2. April 2015 ist die Referendumsfrist gegen das Bundesgesetz über die Anpassungen an die 2012 revidierten Empfehlungen der GAFI ungenutzt

sicht über die Kritik in der Lehre PIETH, Basler Kommentar StGB II, N 2 zu Art. 305^{bis} StGB, der die Doppelbestrafung als «*unsinnige Konsequenz*» bezeichnet).

²⁵ PIETH, Basler Kommentar StGB II, N 51 zu Art. 305^{bis} StGB m.w.H.; auch die herrschende Lehre teilt diese Auffassung: CASSANI, Crimes ou délits contre l'administration de la Justice, N 39 zu Art. 305^{bis} StGB; TRECHSEL, Praxiskommentar StGB, N 18 zu Art. 305^{bis} StGB.

²⁶ PIETH, Basler Kommentar StGB II, N 17 zu Art. 305^{bis} StGB.

²⁷ Anders ist selbstverständlich die Rechtslage, wenn neben Steuerdelikten auch noch andere Straftaten als Vortaten infrage kommen, wie z.B. Betrug.

verstrichen.²⁸ Die hier daraus resultierenden Neuerungen des Strafgesetzbuches und des GwG treten auf den 1. Januar 2016 in Kraft.²⁹

Neu werden im Strafgesetzbuch qualifizierte Steuerdelikte als Vortat zur Geldwäscherei aufgenommen (Art. 305^{bis} Ziff. 1 nStGB). Gemäss Art. 305^{bis} Ziff. 1^{bis} nStGB gelten als qualifizierte Steuerdelikte Straftaten nach Art. 186 DBG (Steuerbetrug) und nach Art. 59 Abs. 1 erstes Lemma des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, wenn die hinterzogenen Steuern pro Steuerperiode mehr als CHF 300'000 betragen.³⁰

Der Anwendungsbereich dieser Norm ist relativ eng gefasst. Namentlich im Fall der Gewährung von Barauszahlungen kommt eine Anwendbarkeit quasi nicht in Frage, denn der Tatbestand des Steuerbetrugs kann durch die schlichte Auszahlung, ohne Hinzukommen weiterer Umstände nicht erfüllt werden.

Das zukünftige Erfassen von qualifizierten Steuerdelikten als Vortat der Geldwäscherei wirkt sich namentlich auf das Melderecht in Art. 305^{ter} StGB und die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nGwG sowie die erhöhten Sorgfaltspflichten nach Art. 6 Abs. 2 lit. b nGwG aus. Ferner verlangt Art. 9a nGwG ausdrücklich, dass Transaktionen ausgeführt werden müssen, die Vermögenswerte zum Gegenstand haben, die der Meldestelle für Geldwäscherei (Money Laundering Report Office Switzerland, hiernach MROS) gemeldet wurden.³¹ Die revidierte GwV-FINMA hält in Art. 33 fest, dass Transaktionen bei gemeldeten Vermögenswerten unter Aufrechterhaltung des *paper trails* zu erfolgen haben.³² Unklar bleibt dabei, wie die Bank eine Barauszahlung verhindern und sich gleichzeitig an das Verbot halten soll, den Betroffenen von der Meldung bei der MROS in Unkenntnis zu lassen.

d) Verstoss gegen regulatorische Vorschriften

Voraussetzung für die Ausübung der Bankentätigkeit ist die dauernde Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG). Eine

²⁸ AS 2015, 1389, S. 1406.

²⁹ AS 2015, 1389, S. 1406.

³⁰ AS 2015, 1389, S. 1395. Vgl. noch die Botschaft BBl 2014, 605, S. 624, die von CHF 200'000 pro Steuerperiode ausging.

³¹ AS 2015, 1389, S. 1401.

³² Siehe <<https://www.finma.ch/de/dokumentation/anhoerungen/abgeschlossene-anhoerungen/>>. Die revidierte GwV-FINMA tritt am 1. Januar 2016 in Kraft.

einwandfreie Geschäftstätigkeit verlangt, dass die Bank keine rechts- oder sittenwidrigen Geschäfte tätigt.³³

Gemäss dem Positionspapier der FINMA zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft (hier nach Positionspapier Rechtsrisiken) «*kann die Verletzung ausländischen Rechts gegen bestimmte – offen formulierte – schweizerische Aufsichtsnormen verstossen, so insbesondere gegen das Erfordernis der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit.*»³⁴ Dabei weist die FINMA insbesondere auf das Risiko hin, dass sich ein Finanzintermediär oder dessen Angestellte nach ausländischem Recht zu strafbaren Gehilfen im Bereich des Steuer(straf)rechts machen können. Dies führt je nach ausländischer Rechtsordnung unter Umständen auch dann zur Strafbarkeit, wenn die unter Strafe gestellte Handlung mehrheitlich im Ausland erfolgte.³⁵ Entsprechend verlangt die FINMA in ihrem Positionspapier Rechtsrisiken, dass die Bank die Risiken erkennt und begrenzt, die mit ihren Auslandsaktivitäten verbunden sind.³⁶ In einer nicht veröffentlichten Verfügung der FINMA heisst es konkret in Bezug auf Barauszahlungen dass die Bank hätte «*erkennen müssen, dass bei der Ausführung von Bargeldtransaktionen die Gefahr bestand, dass [...] diese als Beihilfe zur Begehung von Steuerdelikten qualifizieren könnten.*»

Für die Beurteilung des Einzelfalls wird der Kontext entscheidend sein. Barauszahlungen können aber unter bankregulatorischen Gesichtspunkten kritisch sein, wenn sie im In- oder Ausland eine strafbare Handlung darstellen könnten und von ihrer Grösse oder Frequenz her übermässige Rechtsrisiken begründen könnten.

³³ BGE 111 Ib 126 E. 2.a; 108 Ib 186 E. 3a.

³⁴ FINMA, Positionspapier Rechtsrisiken, S. 2.

³⁵ FINMA, FAQ Rechts- und Reputationsrisiken, Frage 1: Entscheidend ist dabei, «*ob und wann ausländische Rechtsordnungen und die mit ihrer Durchsetzung betrauten Organe Handlungen oder Unterlassungen von Finanzinstituten als Beihilfe zu Steuerdelikten betrachten. Dies ist selbst bei Tätigkeiten relevant, die ausschliesslich in der Schweiz erbracht werden*»; vgl. ebenfalls FINMA, Positionspapier Rechtsrisiken, S. 8.

³⁶ FINMA, Positionspapier Rechtsrisiken, S. 2.

2. Rechtslage in Deutschland

a) Beihilfehandlungen zu Steuerhinterziehung

aa) Steuerhinterziehung

Wegen Steuerhinterziehung mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft wird gemäss § 370 der deutschen Abgabenordnung (AO), wer unrichtige oder unvollständige Angaben gegenüber den Finanzbehörden oder anderen Behörden macht, die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt und dadurch Steuern verkürzt oder für sich oder andere nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt. Nur die vorsätzliche Tatbegehung ist strafbar.³⁷ Dabei macht das deutsche im Gegensatz zum Schweizer Recht keine Unterscheidung zwischen Steuerbetrug und Steuerhinterziehung. Der Strafrahmen der Steuerhinterziehung in Deutschland übersteigt den schweizerischen Strafrahmen sowohl bei einfacher Steuerhinterziehung («*Busse*») als auch bei Steuerbetrug («*Gefängnis oder Busse in der Höhe von CHF 30'000*») erheblich. Zudem gilt, dass wenn die Haupttat in Deutschland begangen wird, auch in der Schweiz erfolgte Beihilfeleistungen nach deutschem Recht strafbar sind.³⁸

bb) Beihilfehandlungen

Zur Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme gelten die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze. Demnach ist Gehilfe, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe leistet.³⁹ Als Hilfeleistung ist dabei grundsätzlich jede Handlung zu qualifizieren, welche die Herbeiführung des Taterfolges des Haupttäters objektiv fördert, ohne dass sie für den Erfolg selbst ursächlich sein muss.⁴⁰ Gehilfenvorsatz liegt vor, wenn der Gehilfe die Haupttat in ihren wesentlichen Merkmalen kennt und sich bewusst ist, dass er mit seinem Handeln des Haupttäters

³⁷ JÄGER, Kommentar Abgabenordnung, N 170 zu § 370 AO.

³⁸ Dies ist nicht nur der Fall, weil § 370 Abs. 7 der Abgabenordnung die Strafbarkeit für Auslandstaten vorsieht, sondern weil nach § 3 des deutschen Strafgesetzbuches (D-StGB) dieses dann Anwendung findet, wenn eine Tat im Inland begangen wurde. Im Inland begangen ist eine Tat gemäss § 9 D-StGB immer dann, wenn sie dort begangen wurde, wo der Täter gehandelt hat oder hätte handeln müssen oder da, wo der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist oder eintreten hätte sollen.

³⁹ § 27 D-StGB.

⁴⁰ FISCHER, Beck'sche KuKo StGB, N 14 zu § 27 D-StGB.

Vorhaben fördert. Einzelheiten der Haupttat braucht er nicht zu kennen.⁴¹ Mit Leitentscheid vom 1. August 2000⁴² hat das deutsche Bundesgericht entschieden, dass als strafbare Hilfeleistungen bei Steuerhinterziehungen nicht nur Unterstützungshandlungen in Betracht kommen, die isoliert betrachtet rechtswidrig sind. Vielmehr können auch äusserlich neutrale und als solche sozial- und berufsadäquate Handlungen strafbare Unterstützungshandlungen darstellen.⁴³ Entscheidend ist dabei das Wissen um den Tatbeitrag. Die blossе Möglichkeit ist regelmässig noch nicht genügend; es sei denn, das Risiko strafbaren Verhaltens ist derart hoch, dass der Gehilfe sich «*die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein lässt*»⁴⁴, mithin ihm die Förderung der Tat anzulasten ist. Eine Strafbarkeit von Bankmitarbeitern kommt folglich bereits in Frage, wenn sie sich des Risikos bewusst sind, dass die angefragten Bankdienstleistungen (Barauszahlungen) einer Steuerhinterziehung in Deutschland Vorschub leisten könnten. Ein «Bekannt-Sein-Müssen» kann sich ebenfalls aus dem Umstand ergeben, dass sich Bankkunden nicht bereit erklären, ihre Steuerkonformität zu belegen.

Der Strafrahmen für Gehilfenschaft beläuft sich in Deutschland auf 6 Monate bis 5 Jahre Gefängnis. In schweren Fällen können Bankmitarbeitern für Beihilfehandlungen bis zu 10 Jahre Gefängnis drohen. Anders als in der Schweiz trifft in Deutschland ein Strafverfahren nur Bankmitarbeitende. Allerdings können Unternehmen im Rahmen von Ordnungswidrigkeiten mit Bussen bis zu EUR 10 Mio. belangt werden.⁴⁵ Zusätzlich zur Busse kann der wirtschaftliche Vorteil abgeschöpft werden, der durch die Tat entstanden ist.⁴⁶

b) Verletzung strafrechtlicher Geldwäschereinormen

Der Tatbestand der Geldwäscherei ist in § 261 D-StGB geregelt. Bestraft wird, wer einen Gegenstand, der aus einer Vortat herrührt, verbirgt, dessen Herkunft verschleiert oder die Ermittlung der Herkunft, das Auffinden, den Verfall, die Einziehung oder die Sicherstellung eines solchen Gegenstandes

⁴¹ Urteil des BGH vom 1. August 2000, Az.: 5 StR 624/99, E. I.1. Gemäss demselben Urteil ist diesenfalls sogar gleichgültig, ob der Gehilfe den Erfolg der Haupttat wünscht oder lieber vermeiden würde.

⁴² Urteil des BGH vom 1. August 2000, Az.: 5 StR 624/99.

⁴³ Urteil des BGH vom 1. August 2000, Az.: 5 StR 624/99, E. I.2c).

⁴⁴ Urteil des BGH vom 1. August 2000, Az.: 5 StR 624/99, E. I.2c).

⁴⁵ Vgl. § 30 Abs. 2 Ziff. 1 des deutschen Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG).

⁴⁶ Vgl. § 17 Abs. 4 i.V.m. § 30 Abs. 2 OWiG.

vereitelt oder gefährdet. Dass der Tatbestand darauf angelegt ist, die «*Papierspur des bemakelten Vermögens bei jedermann zu verfolgen*»⁴⁷, macht Barauszahlungen grundsätzlich auch in Deutschland zu einer geeigneten Tathandlung⁴⁸ und führt zu einem erhöhten Strafbarkeitsrisiko von Bankmitarbeitern, die bei alltäglichen Geschäftshandlungen damit den objektiven Tatbestand der Geldwäscherei erfüllen können.⁴⁹ Bei der Bestimmung geeigneter Vortaten knüpft das deutsche Recht nicht am *Verbrechensbegriff* an, sondern definiert eine Liste von «rechtswidrigen Taten». Gemäss § 261 Abs. 1 Ziff. 4b und Satz 2 D-StGB ist die Steuerhinterziehung im Sinne von § 370 der Abgabenordnung eine rechtswidrige Vortat der Geldwäscherei, sofern sie banden- oder gewerbsmässig begangen wurde.⁵⁰ Gleiches gilt für die Steuerhinterziehung (§ 374 Abgabenordnung), die ebenfalls gemäss § 261 Satz 1 Ziff. 3 D-StGB eine Vortat der Geldwäscherei darstellt. Die Schwelle der Gewerbsmässigkeit ist dabei verhältnismässig niedrig: Es ist lediglich die wiederholte Tatbegehung vorausgesetzt und die Absicht, sich damit eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einem gewissen Umfang und einer gewissen Dauer zu verschaffen. Besteht diese Absicht, so erfüllt bereits die erste Tat das Kriterium der Gewerbsmässigkeit, selbst wenn es entgegen dem Willen des Täters nicht zu weiteren Taten kommt.⁵¹ Da die Gewerbsmässigkeit im deutschen Recht schwerlich sachgerecht eingegrenzt werden könne, rücke gemäss FISCHER auch die Anlage von Schwarzgeld durch Banken vom Bereich der einfachen Steuerhinterziehung in den Bereich der Geldwäscherei auf.⁵²

Gemäss § 261 Abs. 5 Ziff. 9 letzter Satz D-StGB wird nicht bestraft, wer bereits wegen der Beteiligung an der Vortat strafbar ist. Anders als im

⁴⁷ NEUHAUSER, MüKo StGB, N 91 zu § 261 D-StGB.

⁴⁸ FLATTEN, Strafbarkeit von Bankangestellten, S. 103.

⁴⁹ NEUHAUSER, MüKo StGB, N 91 zu § 261 D-StGB; FLATTEN, Strafbarkeit von Bankangestellten, S. 61 ff.

⁵⁰ Der Länderbericht Deutschland vom 19. Februar 2010 (abrufbar unter: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Germany%20full.pdf>>, S. 51 Fn. 27) erwähnt dabei ausdrücklich, dass die GAFI-Empfehlungen es nicht vorschreiben, dass Steuerhinterziehung als Vortat der Geldwäscherei zu qualifizieren sei.

⁵¹ Urteil des BGH vom 17. Juni 2004, AZ.: 3 StR 344/03, E. III 1a). Ebenfalls anzumerken ist, dass gemäss Rechtsprechung des BGH eine Bande die Vereinigung von drei oder mehr Personen darstellt, die sich in der Absicht vereint haben, mehrere noch ungewisse Straftaten zu begehen, und gemäss FISCHER, Beck'sche KuKo StGB, N 16b zu § 261 D-StGB eine bandenmässige Begehung im Unternehmensbereich «*nicht selten nahe liegen [wird].*»

⁵² FISCHER, Beck'sche KuKo StGB, N 16b zu § 261 D-StGB m.w.H.

schweizerischen Recht kann der Täter der Vortat somit nicht sein eigenes Geld waschen (sog. *Eigengeldwäscherei*).

Grundsätzlich ist die Begehung einer Vortat im Ausland, ähnlich wie in der Schweiz, nur dann geeignete Vortat, wenn sie auch im Begehungsland mit Strafe bedroht ist.⁵³ Im Bereich der Steuerdelikte gilt dieser Grundsatz jedenfalls bezüglich gewerbs- und bandenmässiger Steuerhinterziehung nicht. Vielmehr sieht § 370 Abs. 7 AO ausdrücklich auch eine Bestrafung für im Ausland begangene Vortaten unabhängig davon vor, ob die Vortat auch dort unter Strafe steht.⁵⁴ Aus diesem Grund kommt eine Strafbarkeit nach deutschem Recht auch dann in Frage, wenn die Tat in der Schweiz nicht ebenfalls strafbar ist.

Da es in Deutschland gegenwärtig kein Unternehmensstrafrecht gibt, kommen nur natürliche Personen als Täter in Frage. Unternehmen können aber, wie oben für Gehilfenschaft gezeigt wurde, im Rahmen von Ordnungswidrigkeiten mit Bussen inklusive Vorteilsabschöpfung belegt werden.

3. Fazit

Durch das Aushändigen von Bargeld an unversteuerte Kunden kann die Bank ein Strafbarkeitsrisiko nach in- und ausländischem Recht schaffen oder erhöhen. Dieses Strafbarkeitsrisiko besteht vor allem für diejenigen natürlichen Personen, die eine Bartransaktion abwickeln. Potentiell exponiert sind entsprechend namentlich der Schalterbeamte, der die Auszahlung an der Kasse ausführt, das Mitglied der Compliance, welches die Auszahlung genehmigt, sowie der betreuende Kundenberater.

IV. Ansätze zur Lösung des Normenkonflikts

1. Ausgangslage – Bestehen eines Normkonflikts

Stellt man dem Anspruch auf Barauszahlung ihre rechtlichen Risiken gegenüber, wird ein Normenkonflikt zwischen vertraglichen Ansprüchen und (zwingendem, teils ausländischem) Gesetzesrecht ersichtlich. Die Schweizer

⁵³ § 261 Abs. 8 D-StGB.

⁵⁴ JÄGER, Kommentar Abgabenordnung, N 160 zu § 370 AO; FISCHER, Beck'sche KuKo StGB, N 17 zu § 261 D-StGB. Die Regelung entspricht § 6 D-StGB bezüglich Auslandstaten gegen international geschützte Rechtsgüter.

Rechtsordnung kennt zur Auflösung von Normenkonflikten unterschiedliche Korrektive. Nachfolgend soll die Tauglichkeit einiger dieser Korrektive auf den konkreten Fall untersucht werden, namentlich Art. 19/20 OR betreffend die Sittenwidrigkeit und die Widerrechtlichkeit eines Geschäftes, die *clausula rebus sic stantibus* als ein Anpassungsmechanismus an veränderte Verhältnisse sowie im internationalen Verhältnis Art. 19 IPRG als Sonderanknüpfungsnorm zur Berücksichtigung ausländischen zwingenden Rechts.⁵⁵

Der Auflösung des Normenkonflikts liegt letztlich immer ein Werturteil zugrunde. Einander gegenüber stehen die vertraglichen Ansprüche von Bankkunden und die strafrechtlichen Risiken von Banken und (vor allem) ihren Mitarbeitern. Da der Vertrag des Kunden mit der Bank geschlossen wurde, wird der unmittelbare wirtschaftliche *Nutzen* des Vertrags mit dem Bankkunden folglich der Bank zuteil, während die potenziellen strafrechtlichen *Risiken* aus der Vertragserfüllung primär von den Bankmitarbeitern getragen würden. Diesen Umstand gilt es im Rahmen des Werturteils zu berücksichtigen.

2. Korrektive im nationalen Verhältnis

a) Widerrechtlichkeit des Kontovertrages wegen Verletzung schweizerischen Rechts

aa) Übersicht Widerrechtlichkeit

Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist gemäss Art. 20 Abs. 1 OR nichtig. Je nach Konstellation kann sich der «*widerrechtliche Inhalt*» sowohl auf den Abschluss eines Vertrags und seinen Zweck selber⁵⁶ als auch auf eine vereinbarte Leistung oder die Modalitäten ihrer Erbringung beziehen.⁵⁷

⁵⁵ Auf das Korrektiv der Rechtsmissbräuchlichkeit gemäss Art. 2 ZGB wird auch wegen der sich teilweise überschneidenden Argumente in Bezug auf die Sittenwidrigkeit gemäss Art. 19/20 OR nicht weiter eingegangen. Anders als bei der Sittenwidrigkeit spielt in Bezug auf das Rechtsmissbrauchsverbot die Einzelfallbewertung eine noch grössere Rolle, vgl. HONSELL, Basler Kommentar ZGB I, N 33 zu Art. 2 ZGB.

⁵⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, N 656; KRAMER, Berner Kommentar, N 176 zu Art. 19-20 OR.

⁵⁷ HUGUENIN, Basler Kommentar OR I, N 17 zu Art. 19/20 OR m.w.H.; HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit, N 107.

Zur Beurteilung der Widerrechtlichkeit ist die gesamte schweizerische Rechtsordnung,⁵⁸ nicht aber ausländisches Recht heranzuziehen.⁵⁹ Widerrechtlich ist, was gegen eine zwingende Norm des eidgenössischen oder kantonalen Privat- oder öffentlichen Rechts verstösst, das ausdrücklich oder seinem Zweck nach die Nichtigkeit des dagegen verstossenden Vertrages vorsieht.⁶⁰

In der Rechtsprechung wurde die Widerrechtlichkeit bisher unter anderem in folgenden Fallkonstellationen bejaht: vertragliche Verpflichtung zur Bezahlung von Steuerbussen durch Dritte,⁶¹ Geschäfte zur Umgehung des Bundesbeschlusses über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (heute BewG),⁶² eine im Sinne von Art. 5 KG unzulässige Wettbewerbsabrede,⁶³ Verstoss gegen das kantonale Abtretungsverbot einer strittigen Forderung an einen Anwalt.⁶⁴

Sind nur einzelne Vertragsbestandteile widerrechtlich, sind nur diese nichtig, es sei denn, der Vertrag wäre ohne die nichtigen Abreden gar nicht geschlossen worden (Art. 20 Abs. 2 OR). Die Möglichkeit der Annahme einer Teilnichtigkeit ist Ausfluss des Prinzips *favor negotii*; Ziel ist es, nicht den Vertrag, sondern dessen Mangel zu beseitigen.⁶⁵ Nur die Abreden sind nichtig, deren Beseitigung zur Durchsetzung der zwingenden Norm nötig ist. Entsteht durch die Nichtigkeit einzelner Abreden eine Lücke, so ist gestützt auf den (objektiven) hypothetischen Parteiwillen eine Ergänzung des Vertrages zu erwägen.⁶⁶ Dabei sind die Interessen redlicher, also nach Treu und Glauben handelnder Vertragspartner als Massstab heranzuziehen.⁶⁷

⁵⁸ BGE 119 II 222 E. 2; BUCHER, CH-OR AT, S. 250; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, N 638; BGE 76 II 33 E. 7; Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 9. Mai 1968, SJZ 1968, S. 354 ff.; SCHWENZER, OR AT, N 32.10.

⁵⁹ SCHWENZER, OR AT, N 32.11. Ausländisches Recht kann hingegen im Rahmen der Sittenwidrigkeit oder über Art. 19 IPRG im Sinne eines Sonderanknüpfungstatbestandes berücksichtigt werden (siehe Abschnitt IV.2.b unten).

⁶⁰ BGE 134 III 52 E.1.1 m.w.H.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, N 645 ff.; HUGUENIN, Basler Kommentar OR I, N 54 zu Art. 19/20 OR.

⁶¹ BGE 134 III 59 E. 2.3.2.

⁶² Urteil des Bundesgerichts 4A_410/2014 vom 20. Januar 2015 E. 3.3; BGE 107 II 440 E. 1.

⁶³ BGE 134 III 438 E. 2.1.

⁶⁴ Urteil des Obergerichts Zürich vom 25. September 1992, ZR 1994, S. 65 ff.

⁶⁵ HUGUENIN, Basler Kommentar OR I, N 61 zu Art. 19/20 OR.

⁶⁶ BGE 107 II 216 E. 3a, m.w.H., wobei die Ergänzung auch betreffend Hauptpunkte möglich sei; HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit, N 252 ff.; HUGUENIN, Basler Kommentar OR I, N 65 zu Art. 19/20 OR.

⁶⁷ HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit, N 213, mit Verweis auf BGE 107 II 424 f.

Nach älterer Lehre und Rechtsprechung führt die Widerrechtlichkeit *ex tunc* zur Nichtigkeit des betroffenen Vertragsbestandteils.⁶⁸

bb) Anwendbarkeit im vorliegenden Fall

Nur Normen des Schweizer Rechts können eine Widerrechtlichkeit gemäss Art 19/20 OR begründen. Vorliegend kommen hierfür grundsätzlich Art. 177 DBG (Beihilfe zur Steuerhinterziehung) und Art. 3 Abs. 2 BankG (Gewähr der Banken) in Betracht. Art. 177 DBG ist eine öffentlich-rechtliche strafrechtliche Vorschrift und ist daher geeignet, in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht eine Widerrechtlichkeit zu begründen.⁶⁹ Ob auch Art. 3 BankG eine Widerrechtlichkeit begründen kann, ist fraglich. Gemäss Rechtsprechung muss die verletzte Norm nämlich für beide Vertragspartner gelten und sich nicht nur gegen die Beteiligung einer Partei richten.⁷⁰ Dies trifft auf Art. 3 BankG aber gerade nicht zu, ist diese Norm doch nur für die Bank bindend.

Eine auf Art. 177 DBG begründete Widerrechtlichkeit würde sich nur auf die Barzahlungspflicht beziehen. Entsprechend wäre nicht der gesamte Kontovertrag sondern nur die Forderung auf Auszahlung in bar nichtig, es sei denn, dass der Vertrag gar nicht abgeschlossen worden wäre, wenn die Parteien gewusst hätten, dass die Forderung nach Barauszahlung nichtig sein würde. Ob dies der Fall ist, kann nicht abstrakt beantwortet werden, sondern richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Erbringt die Bank im Rahmen eines Kontovertrags eine Vielzahl von nachgefragten Dienstleistungen (Vermögensverwaltung, Wertschriftendepot, Kreditgewährung, Kartenzahlungsmöglichkeit etc.), dürfte der Barauszahlungsabrede kein zentrales Gewicht zukommen. Denn in Anbetracht einer vom Kunden nachgefragten Vielzahl von Dienstleistungen müssten ungewöhnliche Umstände vorliegen, wenn dem Recht auf Barauszahlung ein solches Gewicht zuteilwürde, dass der Kontoinhaber ohne dieses Recht eher gar kein Konto bei der Bank eröffnet hätte (Argument für Ganznichtigkeit) als auf das Recht auf Barauszahlung zu verzichten (Argument für Teilnichtigkeit).

⁶⁸ Nach neuerer Auffassung hingegen ist diese Rechtsfolge nur angemessen, wenn der Zweck der verletzten Norm die Wiederherstellung der vorvertraglichen Lage gebietet (vgl. HUGUENIN, Basler Kommentar OR I, N 57 zu Art. 19/20 OR m.w.H.).

⁶⁹ BGE 134 III 52 E. 1.1; 114 II 49 E. 2a betont insbesondere Verbote, bei deren Verletzung eine Strafe droht.

⁷⁰ BGE 121 IV 365 E. 9a; 117 II 286 E. 4a; HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit, N 120; VON TUHR/PETER, OR AT I, S. 251.

Schliesslich muss die durch Teilnichtigkeit entstandene Lücke mittels hypothetischem Parteiwillen ergänzt und geschlossen werden. Diesbezüglich ist anzunehmen, dass redliche und nach Treu und Glauben handelnde Vertragsparteien sich auf den (ohnehin weithin üblichen) bargeldlosen Zahlungsverkehr oder Auszahlung per gekreuztem Check geeinigt hätten. Somit würde der Kontovertrag mit der Ersatzregel des bargeldlosen Zahlungsverkehrs bzw. mit eingeschränkter Barabhebungsmöglichkeit gelten.

Insgesamt dürfte das Argument der Teilnichtigkeit wegen Widerrechtlichkeit in Ermangelung einer geeigneten zwingenden Norm des Schweizer Rechts aber nur in Ausnahmefällen greifen.⁷¹

b) Sittenwidrigkeit des Kontovertrages auf Grund der Verletzung schweizerischen Rechts

aa) Übersicht Sittenwidrigkeit

Die Sittenwidrigkeit ist ebenso wie die Widerrechtlichkeit in Art. 19/20 OR verankert. Sittenwidrig sind Verträge, die «gegen die herrschende Moral, d.h. gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder gegen die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen».⁷² Eine in der Rechtsprechung entwickelte Fallgruppe der Sittenwidrigkeit bildet dabei der Verstoss gegen zwingendes ausländisches Recht in einem dem Schweizer Recht unterstehenden Vertrag.⁷³

Nach Auffassung des Bundesgerichts ist ein Geschäft wegen Verstosses gegen zwingendes ausländisches Recht grundsätzlich dann sittenwidrig, wenn «es sich dabei um fundamentale Rechtsvorschriften handelt, deren Verletzung auch nach einheimischer Auffassung klar als sittenwidrig anzusehen ist. [...] Die verletzte ausländische Vorschrift muss dem Schutz von Interessen des Individuums und der menschlichen Gemeinschaft dienen, die von fundamentaler und lebenswichtiger Bedeutung sind, **oder** es müssen Rechtsgüter in Frage stehen, die nach allge-

⁷¹ Vgl. Abschnitt II.1.a zur Anwendbarkeit von Art. 177 DBG.

⁷² BGE 132 III 455 E. 4.1. m.w.H; a.A. HUGUENIN, Basler Kommentar OR I, N 33 zu Art. 19/20 OR, vertritt mit einer «restriktiveren» Lehrmeinung die Auffassung, dass unter Sittenwidrigkeit nur die sog. konsensfähige Konventionalethik falle, wohingegen der Rechtsordnung innewohnende Wertungen nicht über die *Sittenwidrigkeit*, sondern über die *öffentliche Ordnung* im Rahmen von Art. 19 Abs. 2 OR berücksichtigt werden könnten.

⁷³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, N 675; HUGUENIN, Basler Kommentar OR I, N 42 zu Art. 19/20 OR.

meiner ethischer Auffassung schwerer wiegen als die Vertragsfreiheit, an der allein gemessen das betreffende Geschäft im Inland gültig wäre.»⁷⁴

Bejaht wurde dies bezüglich staatlicher Erlasse gegen den Rauschgift- und Frauenhandel,⁷⁵ Verträge über die Lieferung von Waffen in Kriegsgebiete bezüglich derer ein UN-Waffenembargo besteht⁷⁶ und der Durchsetzung einer Forderung aus dem Schmuggel von Kaffee nach Italien.⁷⁷ Verneint wurde die Sittenwidrigkeit betreffend den Verstoss gegen Devisenhandelsvorschriften und blosser handelspolitischer Massnahmen.⁷⁸ In BGE 80 II 49⁷⁹ liess das Bundesgericht die Sittenwidrigkeit für den Fall des Devisenschmuggels offen.

Das Bundesgericht hat die Berücksichtigung ausländischen Rechts im Rahmen von Art. 19 OR immer dann bejaht, wenn es um die schweizerische *ordre public* Komponente ging und somit, wenn «solche ausländischen Normen von dauerhaftem Charakter verletzt werden, die nach allgemeiner Anschauung aller Kulturstaaten von derartiger Tragweite sind, dass die Duldung ihrer Verletzung auch im Inland geeignet wäre, die öffentliche Ordnung zu stören.»⁸⁰ In diese Kategorie sind namentlich die Verstösse gegen das UN-Waffenembargo und Normen gegen den Rauschgift- und Frauenhandel einzuordnen.

Daneben lässt die eingangs zitierte Standardformulierung des Bundesgerichts⁸¹ die Bejahung der Sittenwidrigkeit auch zu, wenn die Interessenabwägung zwischen der Vertragsfreiheit einerseits und ethisch schwerer wie-

⁷⁴ Hervorhebung nicht im Original; Urteil des Bundesgerichts 4C.172/2000 vom 28. März 2001 E. 5d; Urteil des Bundesgerichts 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5; beide mit Verweis auf BGE 76 II 33 E. 8 und 80 II 49 E. 3.

⁷⁵ BGE 76 II 33 E. 8.

⁷⁶ Urteil des Bundesgerichts 4C.172/2000 vom 28. März 2001 E. 5f-g.

⁷⁷ Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 9. Mai 1968, SJZ 64/1968, E. 3b.

⁷⁸ BGE 76 II 33 E. 8; 80 II 49 E. 3; Urteil des Bundesgerichts 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5.

⁷⁹ BGE 80 II 49 E. 3.

⁸⁰ Urteil des Bundesgerichts 4C.172/2000 vom 28. März 2001 E. 5d; 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5.

⁸¹ «Die verletzte ausländische Vorschrift muss dem Schutz von Interessen des Individuums und der menschlichen Gemeinschaft dienen, die von fundamentaler und lebenswichtiger Bedeutung sind, oder es müssen Rechtsgüter in Frage stehen, die nach allgemeiner ethischer Auffassung schwerer wiegen als die Vertragsfreiheit, an der allein gemessen das betreffende Geschäft im Inland gültig wäre.» Hervorhebung nicht im Original; Urteil des Bundesgerichts 4C.172/2000 vom 28. März 2001 E. 5d. Vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5.

gender Rechtsgüter andererseits zum Schluss kommt, dass die Vertragsfreiheit im konkreten Fall weniger Gewicht haben soll.⁸²

Die Sittenwidrigkeit wird *in der Regel* zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beurteilt. Dabei ist differenziert auf die konkreten damaligen Umstände und Gründe einzugehen.⁸³ Der Grund hierfür ist soweit ersichtlich die Geltung des allgemeinen Rückwirkungsverbots, das aber – ähnlich wie bei der Widerrechtlichkeit – nicht greift, wenn eine Norm grundlegende sozialpolitische und ethische Anschauungen zum Ausdruck bringt.⁸⁴

Ebenso wie in Bezug auf die Widerrechtlichkeit gilt auch bei der Sittenwidrigkeit, dass die betroffene Abrede mit Wirkung *ex tunc* (oder neuer *ex nunc*) dahinfällt, wenn nicht anzunehmen ist, dass die Parteien den Vertrag ohne diese gar nicht geschlossen hätten.⁸⁵

bb) Anwendbarkeit im vorliegenden Fall

Bei den in Abschnitt III genannten ausländischen (Steuer-)Strafbestimmungen handelt es sich nicht um handelspolitische Massnahmen. Daher ist die Rechtsprechung zu den Devisenvorschriften unseres Erachtens nicht einschlägig für das vorliegende Szenario. Ob das Bundesgericht in ausländischen Steuer- und Geldwäschereibestimmungen «*fundamentale Rechtsvorschriften*» oder die «*allgemeine Anschauung aller Kulturstaaten*» widerspiegelnde Normen erblicken würde, ist fraglich. Denn das Bundesgericht hat bis anhin nur Normen unter diese Formel subsumiert, die im Zusammenhang mit dem mittelbaren tatbestandlichen Schutz der physischen Integrität oder des Selbstbestimmungsrechts des Menschen stehen (gemäss Formel Vorschriften, «*die dem Schutz von Interessen des Individuums und der menschlichen Gemeinschaft dienen, die von fundamentaler und lebenswichtiger Bedeutung sind*»⁸⁶). Das Bundesgericht musste hingegen die Frage, ob ein Verstoss gegen Steuer- und Geldwäschereibestimmungen unter den internationalen

⁸² In letztere Kategorie dürften die Entscheide zum Verstoss gegen Devisenhandelsvorschriften einzuordnen sein, bezüglich derer das Bundesgericht davon auszugehen scheint, dass hier die Vertragsfreiheit überwiege.

⁸³ Urteil des Bundesgerichts 4C.172/2000 vom 28. März 2001 E. 5e.

⁸⁴ BGE 100 II 105 E. 1c betreffend die Widerrechtlichkeit; im Urteil des Bundesgerichts 4C.172/2000 vom 28. März 2001 wird an der Beurteilung zum Zeitpunkt des Vertragschlusses bei Sittenwidrigkeit ohne Begründung festgehalten.

⁸⁵ BGE 97 II 108 E. 4; HUGUENIN, Basler Kommentar OR I, N 53 zu Art. 19/20.

⁸⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5.

ordre public fällt, noch nicht beantworten.⁸⁷ Hierfür spricht, dass namentlich VISCHER Geldwäschereinormen und andere Vorschriften zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität bezüglich ihrer Zugehörigkeit zum internationalen *ordre public* auf gleiche Ebene stellen will wie Erlasse gegen Rauschgift- und Mädchenhandel.⁸⁸

Unabhängig davon ist unseres Erachtens eine Subsumtion unter dem zweiten Teil der bundesgerichtlichen Formel zu erwägen. Diese erlaubt die Berücksichtigung ausländischer Normen, wenn dabei «*Rechtsgüter in Frage stehen, die nach allgemeiner ethischer Auffassung schwerer wiegen als die Vertragsfreiheit, an der allein gemessen das betreffende Geschäft im Inland gültig wäre.*»⁸⁹

Die ethischen Auffassungen von Steuerdelikten und Beihilfehandlungen haben sich in den letzten zehn Jahren stark verändert, wie an den folgenden Entwicklungen deutlich wird: Bereits im Frühling 2009 gab die Schweiz der Drohung der OSZE, die Schweiz auf eine schwarze Liste von Steuersündern aufzunehmen, nach und sicherte Amtshilfe auch bei Steuerhinterziehung zu.⁹⁰ Amtshilfe sollte allerdings nur auf Ersuchen im Einzelfall und bei Nennung von Name und Adresse von Kunde und Bank erfolgen.⁹¹ In Reaktion auf die Kritik, welche diese Regelung beim Peer Review des Global Forum an der Schweiz hervorrief, wurde diese Anforderung im Frühling 2012 angepasst. Die Identifikation der steuerpflichtigen Person kann nunmehr auch auf andere Weise als durch Angabe des Namens und der Adresse erfolgen, solange keine «*fishing expedition*» vorliegt.

Auch in Bezug auf den Automatischen Informationsaustausch (AIA) hat ein Meinungsumschwung stattgefunden. Noch im Jahr 2009 lehnte der Bun-

⁸⁷ Allerdings hat das Bundesgericht in einem anderen Kontext (Befugnis eines Schiedsgerichts einen Vertrag, der im Zusammenhang mit Bestechungen steht, zu überprüfen) ohne Weiteres angenommen, dass Bestechungszahlungen dem internationalen *ordre public* widersprechen, BGE 119 II 380 E. 4b.

⁸⁸ VISCHER, Zürcher Kommentar IPRG, N 26 zu Art. 19 IPRG; auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, N 675 befürworten die Anwendbarkeit von Art. 19 OR auf Bestimmungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei.

⁸⁹ Siehe eingangs zitierte Standardformulierung des Bundesgerichts, letztmals in Urteil des Bundesgerichts 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5.

⁹⁰ Der Bundesrat beschloss am 13. März 2009, den OSZE Standard bei Amtshilfe in Steuersachen zu übernehmen. Dies gilt für alle zukünftig abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) und für neu verhandelte bestehende DBA. Vgl. auch die diesbezügliche Medienmitteilung, abrufbar unter <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00467/index.html?lang=de&msg-id=25863>>.

⁹¹ Ausgenommen war das DBA-USA-09, welches die Identifikation auch auf andere Weise als durch Angabe des Namens vorsah.

desrat den AIA «entschieden» ab.⁹² Mitte 2013 war der Bundesrat «bereit, im Rahmen der OECD aktiv an der Entwicklung eines globalen Standards für den AIA [...] mitzuwirken»⁹³ und in der Schweiz einzuführen. 2014 trat die Schweiz der Erklärung der OSZE über den automatischen Informationsaustausch in Steuersachen bei. Der erste Austausch von Kundeninformationen unter dem AIA ist für 2018 geplant.

Neben diesen Entwicklungen sowie den in Abschnitt I erwähnten weiteren Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen (FATCA, GAFI-Gesetz, FINIG) zeugen vor allem die Steuerstrafverfahren in Ländern wie Deutschland⁹⁴, Italien, Frankreich und den USA sowie die korrelierenden Amnestieprogramme dieser Länder⁹⁵ von einem Kulturwandel in Bezug auf die ethische Auffassung von Steuerdelikten und entsprechenden Beihilfehandlungen. Eine Subsumtion von Beihilfehandlungen zu Steuerdelikten unter die Sittenwidrigkeit ist daher unseres Erachtens vertretbar.

Unproblematisch erscheint in diesem Zusammenhang der Bundesgerichtsentscheid, gemäss dem die Sittenwidrigkeit *in der Regel* zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beurteilt wird bzw. die Sittenwidrigkeit bei Vertragsabschluss bereits vorliegen muss, da der Vertrag andernfalls wegen des Rückwirkungsverbots grundsätzlich Gültigkeit hat. Zwar ist bei Barauszahlungen bei Verdacht auf Steuerdelikte das *tatsächliche* Strafbarkeitsrisiko eine jüngere Erscheinung. Es ist aber letztlich unbeachtlich, ob einige oder gar alle der oben genannten Vorschriften bereits *zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses* bestanden oder nicht. Ebenso ist unbeachtlich, ob diese zwar formell bestanden aber erst seit Kurzem Grundlage für (strafrechtliche) Verfahren gegen Banken und ihre Mitarbeiter bilden. Der relevante Zeitpunkt zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit ist vielmehr der Moment der Pflichtent-

⁹² Pressemitteilung des EFD vom 13. März 2009, abrufbar unter <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00467/index.html?lang=de&msgid=25863>>.

⁹³ Zitiert im Erläuternden Bericht des Bundesrats zur multilateralen Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten und zu einem Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen vom 14. Januar 2015.

⁹⁴ Gemäss Statistik des deutschen Bundesministeriums der Finanzen wurden im Jahr 2012 15'984 Strafverfahren eingeleitet und insgesamt 1'937 Jahre Freiheitsstrafe verhängt.

⁹⁵ Gemäss NZZ vom 22. Mai 2014 (abrufbar unter <<http://www.nzz.ch/wirtschaft/frankreich-verfolgt-steuersuender-1.18307923>>) sind beim französischen Fiskus seit Juni 2013 mehr als 23'000 Selbstanzeigen von Steuersündern mit Auslandskonten eingegangen.

stehung. Denn erst die konkrete Pflicht zur Barauszahlung begründet oder erhöht ein Strafbarkeitsrisiko, nicht aber bereits die abstrakte Pflicht zur Rückzahlung des Kundenguthabens. Wie oben dargestellt, besteht diese Pflicht erst mit Erheben des Anspruchs durch den Bankkunden (mithin dem Insistieren auf Barauszahlung), nicht aber bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses oder der Einzahlung von Geld auf ein Konto.

Insgesamt ist unseres Erachtens das Argument der Teilnichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit grundsätzlich geeignet, eine Barauszahlung bei Verdacht auf Steuerdelikte zu verweigern, sofern für die betroffenen Mitarbeiter oder die Bank ein Strafbarkeitsrisiko besteht. Der Kontovertrag könnte diesfalls durch Überweisung der geforderten Summe (statt Barauszahlung) rechtsgültig erfüllt werden.

c) Richterliche Anpassung des Vertrages auf Grund veränderter Umstände – *clausula rebus sic stantibus*

aa) Übersicht *clausula rebus sic stantibus*

Unter dem Stichwort *clausula rebus sic stantibus* wird die Anpassung eines Vertrages auf Grund eines seit Vertragsschluss veränderten Verhältnisses verstanden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung steht die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* unter den folgenden drei Voraussetzungen: Erstens muss nach Vertragsschluss eine Veränderung der Verhältnisse eingetreten sein. Zweitens muss diese unvorhersehbar und unvermeidbar gewesen sein und drittens zu einer gravierenden Äquivalenzstörung von Leistung und Gegenleistung im Verhältnis zueinander geführt haben.⁹⁶

(1) Tatsächliche Veränderung der Verhältnisse

Unter veränderten Verhältnissen sind Umstände zu verstehen, die einen Einfluss auf die zu erbringenden Vertragsleistungen haben.⁹⁷ Beispiel für diese «vertragsfremden Rahmenbedingungen» sind in etwa Beschaffungskosten, Transportmöglichkeiten, der Geldwert und insbes. bei Fremdwährung der Umrechnungskurs.⁹⁸ Die Verhältnisse müssen sich gemessen zu der Lage bei Vertragsschluss geändert haben.

⁹⁶ BGE 127 III 300 E. 5b, m.w.H.

⁹⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, N 1281.

⁹⁸ BUCHER, OR AT, S. 395.

(2) Unvorhersehbarkeit der Veränderung

Ob eine Veränderung voraussehbar war oder nicht, beurteilt sich aus dem Blickwinkel der Partei, die sich auf die Änderung der Verhältnisse beruft.⁹⁹ Die Unvorhersehbarkeit einer Veränderung bedeutet nicht, dass diese undenkbar gewesen sein muss.¹⁰⁰ Hingegen ist die Vorhersehbarkeit zu bejahen, wenn die sich auf die *clausula rebus sic stantibus* berufende Partei nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge vernünftigerweise mit der Änderung zu rechnen hatte. Massgeblich ist dabei, ob die Wahrscheinlichkeit der Veränderung bei Vertragsschluss so gross war, dass eine vernünftige Partei dies beim Vertragsabschluss an sich oder bei dessen Ausgestaltung berücksichtigt hätte.¹⁰¹ Dabei genügt es für eine richterliche Vertragsanpassung auch, wenn zwar die Veränderung voraussehbar war, nicht aber deren Umfang, Art, Grösse oder Auswirkung auf das Vertragsverhältnis.¹⁰² Letztlich erfordert die Unvorhersehbarkeit eine wertende Beurteilung durch den Richter.¹⁰³

(3) Gravierende Äquivalenzstörung

Unter einer gravierenden Äquivalenzstörung wird ein grobes Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung verstanden; es muss hingegen nicht der wirtschaftliche Ruin einer Partei im Raum stehen oder eine wucherische Ausbeute vorliegen.¹⁰⁴ Vielmehr kommt eine Vertragsanpassung dann in Betracht, wenn die Veränderung der Verhältnisse das Beharren der Partei auf ihrem Anspruch als missbräuchlich erscheinen lässt; die Erfüllung des Vertrages muss seitens einer Partei unzumutbar geworden sein.¹⁰⁵

bb) Anwendbarkeit im vorliegenden Fall

Wie bereits oben geschildert, hat sich die *tatsächliche* strafrechtliche Verfolgung von Verstössen der Finanzdienstleister und deren Angestellten insbesondere gegen ausländische Steuerstraf- und Geldwäschereinormen in den letzten Jahren stark gewandelt. Es ist mithin eine im Vergleich zu früheren Jahren *tatsächliche* Veränderung der Verhältnisse in Bezug auf bereits im

⁹⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, N 1299.

¹⁰⁰ KOLLER, Handbuch OR AT, § 29 N 45.

¹⁰¹ HARTMANN, Zürcher Kommentar, N 764 zu Art. 18 OR; Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2010 vom 22. November 2010 E. 3.1.

¹⁰² BGE 127 III 300 E. 5b/aa.

¹⁰³ WIEGAND, Basler Kommentar OR I, N 101 zu Art. 18 OR.

¹⁰⁴ HARTMANN, Zürcher Kommentar, N 777 ff. zu Art. 18 OR; WIEGAND, Basler Kommentar OR I, N 104 zu Art. 18 OR.

¹⁰⁵ WIEGAND, Basler Kommentar OR I, N 95 zu Art. 18 OR.

Vorfeld bestehende rechtliche Normen zu beobachten. Dass diese Normen bereits bei Vertragsabschluss bestanden, ändert an dieser Feststellung nichts.

Die Vorhersehbarkeit der Veränderung der Verhältnisse dürfte sich im Laufe der Jahre gewandelt haben. Waren die heute beobachteten strafrechtlichen Verfolgungen von Banken und ihren Mitarbeitern um die Jahrtausendwende wohl unvorhersehbar, so dürften sie es seit einigen Jahren durchaus sein.

Um eine Vertragsanpassung unter dem Stichwort *clausula rebus sic stantibus* zu rechtfertigen, muss eine massgebliche Äquivalenzstörung zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegen. Bezogen auf den Anspruch auf Barauszahlung muss dessen Gewährung durch die nachträglich veränderten Verhältnisse unzumutbar geworden sein. Diese Unzumutbarkeit ist nach der hier vertretenen Meinung grundsätzlich immer dann anzunehmen, wenn sich die Bank oder einer ihrer Mitarbeiter durch die Gewährung der Barauszahlung einem relevanten Strafbarkeitsrisiko aussetzt. Drohen im konkreten Fall sogar Gefängnisstrafen, ist eine Unzumutbarkeit klar zu bejahen. Das Argument, der allenfalls von Beginn an bestehende (ausländische) Rechtsverstoss lasse die tatsächlichen Veränderungen zumutbar erscheinen, überzeugt in dieser allgemeinen Form nicht. In vielen Fällen wird die natürliche Person, die (möglicherweise sogar in Kenntnis des Rechtsverstosses) den Vertrag mit dem Bankkunden abgeschlossen hat, nicht diejenige sein, welche (möglicherweise Jahre später) die Rechtsrisiken trägt.

Mit Hinsicht auf die im Tessin ergangenen Urteile ist darauf hinzuweisen, dass die Bank im Streitfall die Äquivalenzstörung substantiieren muss. Dies bedeutet unserer Auffassung nach den Nachweis, dass unter einer bestimmten ausländischen (steuer-)strafrechtlichen Bestimmung die Barauszahlung im konkreten Fall tatbestandserfüllend sein könnte.

Sind die Voraussetzungen der Anwendbarkeit der *clausula rebus sic stantibus* erfüllt, kann der Vertrag an bestehende Verhältnisse angepasst und die Barauszahlungsabrede vernünftigerweise durch die Überweisung ersetzt werden.

Nach der hier vertretenen Auffassung könnte die *clausula rebus sic stantibus* ein geeignetes Korrektiv sein, um nicht zu einer Auszahlung von Bargeld bei Verdacht auf Steuerdelikte verpflichtet zu sein. Im Einzelfall dürfte ihre Anwendung allerdings mit einiger Unsicherheit behaftet sein, nicht zuletzt wegen der zunehmenden Vorhersehbarkeit der strafrechtlichen Konsequenzen durch die Banken, welche eine Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* unter Umständen verunmöglicht.

3. Korrektive im internationalen Verhältnis

a) Berücksichtigung zwingenden ausländischen Rechts gestützt auf Art. 19 IPRG

aa) Übersicht Anwendbarkeit Art. 19 IPRG

Eine allfällige Nichtigkeit der Pflicht zur Barauszahlung kommt auch auf Grund der Verletzung zwingender ausländischer Normen im Rahmen von Art. 19 IPRG in Betracht. Art. 19 IPRG ermöglicht im internationalen Verhältnis die Berücksichtigung zwingenden ausländischen Rechts anstelle des anderweitig anwendbaren schweizerischen Rechts.¹⁰⁶ Seine Voraussetzungen sind: Erstens das Vorliegen einer massgeblichen ausländischen Norm mit zwingendem internationalen Anwendungswillen. Zweitens ein enger Sachverhaltsbezug des massgeblichen ausländischen Rechts zum in Frage stehenden Sachverhalt. Drittens nach schweizerischer Auffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen unter Berücksichtigung des Zwecks der Norm.¹⁰⁷

(1) Vorliegen einer massgeblichen internationalen Norm mit zwingendem Anwendungswillen

Bei Vertragsverhältnissen, die Schweizer Recht unterstehen, hat das Bundesgericht bisher einen Verstoss gegen ausländisches Recht unter die inländische Generalklausel der Sittenwidrigkeit subsumiert und erachtete das Geschäft aus diesem Grund als ungültig.¹⁰⁸ Bejaht hat das Bundesgericht die Anwendbarkeit von Art. 19 IPRG zum Beispiel in Bezug auf des EU-Wettbewerbsrecht.¹⁰⁹ Hingegen hat die Rechtsprechung bezüglich indischer Kulturgüterschutzbestimmungen¹¹⁰ und der zwingenden Anwendung des

¹⁰⁶ Anstelle vieler: MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Basler Kommentar IPRG, N 1 zu Art. 19 IPRG.

¹⁰⁷ BGE 138 III 489 E. 4.1; vgl. auch den Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 IPRG.

¹⁰⁸ VISCHER, Zürcher Kommentar IPRG, N 12 zu Art. 19 IPRG plädiert diesfalls für eine extensive Auslegung von Art. 19/20 OR und möchte insbes. die Unzumutbarkeit der Unmöglichkeit gleichsetzen; FURRER/GIRSBERGER/SIEHR, SPR-IPRG, N 885, bestätigen, dass die Eingriffsnorm noch nie zum Zuge gekommen sei.

¹⁰⁹ Urteil des Bundesgerichts 4C.32/2001 vom 7. Mai 2001 E. 2a und E. 4; vgl. ebenfalls die Vorinstanz, Entscheid des Obergerichts Thurgau Akten-Nr. ZBO.1999.52 vom 20. Januar 2000, sic! 2001, S. 669; auch das Handelsgericht Zürich hat das europäische Wettbewerbsrecht in seinem Entscheid vom 21. Juni 2004, ZR 104/2005, S. 97 ff., E. 3.4, als zwingend anwendbar erachtet.

¹¹⁰ BGE 131 III 418 E. 2.4.4.1. Das Bundesgericht verneinte die Berücksichtigung indischen öffentlichen Rechts zur Beurteilung eines Anspruchs auf Herausgabe des Eigentums

brasilianischen Erbvertragsverbots auf einen dem schweizerischen Recht unterstehenden Erbvertrag eine Anwendbarkeit von Art. 19 IPRG verneint.¹¹¹

Die Lehre will unter Art. 19 IPRG Normen zum Kulturgüterschutz oder zum Schutz der Naturschätze, Konsumentenschutz, Mieter- und Arbeitnehmerschutz, Kartell- und Devisenvorschriften, Produkthaftpflicht und sogar die Anwendung der AGB-Kontrolle über die Grenzen des dritten Staates hinaus subsumieren.¹¹² Die Botschaft nannte als Beispiele im Vertragsbereich Ein- und Ausfuhrverbote, Währungsvorschriften sowie kartellrechtliche Bestimmungen.¹¹³

(2) Der enge Bezug zum Drittland

Gemäss Bundesgericht ist die Frage des engen Bezugs nach Massgabe der *lex fori* zu überprüfen. Der Bezug muss nah genug sein, um die Anwendung der ausländischen Norm zu rechtfertigen.¹¹⁴ Diese Voraussetzung könne namentlich gestützt auf einen inländischen Erfüllungsort, den Wohnsitz einer Partei oder den Ort einer gelegenen Sache bejaht werden.¹¹⁵ Die Lehre führt zusätzlich auch an, dass auch die Frage der faktischen Durchsetzung entscheidend sein sollte.¹¹⁶

mit Verweis auf den englischen Fall *Attorney General of New Zealand v. Ortiz* (Herausgabe von Maorifiguren), in dem die Durchsetzung ausländischen öffentlichen Rechts durch einen anderen Staat verneint wurde. Dies bedeutet aber nicht, dass öffentlichrechtliche Bestimmungen im Rahmen von Art. 19 IPRG unbeachtlich sind.

¹¹¹ BGE 138 III 489.

¹¹² Unterschiedliche Beispiele bei: FURRER/GIRSBERGER/SIEHR, SPR-IPRG, N 881; MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Basler Kommentar IPRG, N 24a zu Art. 19 IPRG; SCHWANDER, IPRG AT, N 548; VISCHER, Zürcher Kommentar IPRG, N 8 zu Art. 19 IPRG.

¹¹³ Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht vom 10. November 1982, BBl 1983 I, 263, S. 314.

¹¹⁴ BGE 136 III 392. Dieser Entscheid betraf die Anwendung von panamaischen Regeln zur Entschädigung bei Kündigung seitens des Arbeitgebers auf einem schweizerischen Recht unterstehenden Arbeitsvertrag von Mitarbeitern eines Hochseeschiffs. Ob unter diesen Umständen ein enger Bezug vorliegt, hat das Bundesgericht letztlich offengelassen.

¹¹⁵ BGE 136 III 392 E. 2.3.2.

¹¹⁶ MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Basler Kommentar IPRG, N 17 zu Art. 19 IPRG.

(3) Nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen

Ob eine bestimmte ausländische Norm konkret zu berücksichtigen ist, hängt davon ab, ob «nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei es gebieten» (Art. 19 Abs. 1 IPRG).

Art. 19 IPRG schützt die redlichen Interessen von (beiden) Parteien und dies vor allem im Kontext des Interesses der Allgemeinheit und soll darüber hinaus auch schützenswerte Interessen von Drittstaaten berücksichtigen.¹¹⁷

Art. 19 IPRG soll namentlich unter anderem verhindern, dass die Parteien durch eine überlegte Rechtswahl Bestimmungen umgehen, die schützenswert sind.¹¹⁸ Insbesondere das Risiko der strafrechtlichen Belangbarkeit einer Bank und ihrer Mitarbeiter kann ein im Rahmen von Art. 19 IPRG schützenswertes Interesse darstellen.¹¹⁹

bb) Anwendbarkeit im vorliegenden Fall

Damit ausländische Verbote von Beihilfehandlungen zu Steuerdelikten oder ausländische Geldwäschereivorschriften unter Art. 19 IPRG berücksichtigt werden können, müssen diese einen *international zwingenden Anwendungswillen* aufweisen. Dieser Anwendungswille ist evident, wenn ausländische Steuer- und Strafbehörden die steuer- und strafrechtlichen Bestimmungen

¹¹⁷ Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 21. Juni 2004, ZR 104/2005, S. 97 ff., E. 3.6.1; dies begründend SCHRAMM/BUHR, CHK-IPRG, N 10 zu Art. 19 IPRG.

¹¹⁸ SCHWANDER, IPRG AT, N 547; Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 21. Juni 2004, ZR 104/2005, S. 97 ff., E. 3.6.1.

¹¹⁹ BGE 130 III 620 bzw. Vorinstanz. Dem Entscheid lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem ein amerikanischer Konkursverwalter Auskunft über ein Konto in der Schweiz erhalten wollte. Dem Auskunftsbegehren lag der Konkurs des Ehemannes in den Vereinigten Staaten zu Grunde. Am fraglichen Schweizer Bankkonto waren zwar beide Eheleute wirtschaftlich berechtigt; im Rahmen eines *post nuptial agreement* hatten diese jedoch vereinbart, dass dem Ehemann alle US-amerikanischen Vermögenswerte zustünden, der Ehefrau hingegen alle ausseramerikanischen Vermögenswerte. Die Bank lehnte die Auskunftserteilung gestützt auf das Bankkundengeheimnis ab, weigerte sich aber zugleich, der Ehefrau des Konkursiten den Kontosaldo herauszugeben. Die Vorinstanz stellte zwar fest, dass nicht streitig sei, dass die Bank grundsätzlich das Kontoguthaben an die Ehefrau auszahlen müsse, schützte die Weigerung der Bank gestützt auf Art. 19 IPRG. Das überwiegende Interesse der Bank wurde mit dem Risiko der doppelten Zahlung und der strafrechtlichen Verfolgung der Bank begründet. Daraufhin nahm das Gericht eine Vertragsanpassung vor, in dem die Zahlungspflicht der Beklagten unter Aufrechterhaltung der Zinspflicht bis auf weiteres gestundet sei. Das Bundesgericht verneinte zwar anschliessend die Anwendbarkeit von Art. 19 IPRG; dies aber nur, weil die Bestimmungen über den ausländischen Konkurs (Art. 166 ff. IPRG) vorgingen.

ihres Landes auf konkrete in der Schweiz erfolgte Handlungen (Barauszahlungen) tatsächlich anwenden. Es ist mithin der zwingende Anwendungswille der ausländischen Normen, dessentwegen sich Schweizer Banken strafrechtlichen Risiken bei Barauszahlungen aussetzen können.

Zusätzlich zum zwingenden Anwendungswillen muss ein *enger Bezug zum Drittland* vorliegen. Dieser liegt unseres Erachtens vor, wenn Schweizer Banken Beihilfehandlungen für Kunden begehen, die aus diesem Drittland stammen und dort steuerpflichtig sind.

Ausländische Steuerstraf- und Geldwäschereिनormen sind schliesslich dann konkret zu berücksichtigen, wenn *schützenswerte und öffentlich überwiegende Interessen* es gebieten. In Anlehnung an die Rechtsprechung, gemäss der das Risiko der strafrechtlichen Belangbarkeit einer Bank und ihrer Mitarbeiter ein im Rahmen von Art. 19 IPRG schützenswertes Interesse darstellen kann¹²⁰, ist im vorliegenden Fall von einem schützenswerten Interesse der Bank und ihrer Mitarbeiter auszugehen. Ebenso sind mit Verweis auf die Rechtsprechung, welche das Interesse an der Geltung *verwaltungs(straf)rechtlicher* Normen wie dem Wettbewerbsrecht bejaht, die Interessen des Drittstaates an der Durchsetzung seines *Steuerstrafrechts und der Geldwäschereigesetzgebung* ebenfalls als schutzwürdig zu qualifizieren. Dass eine Anwendung von Art. 19 IPRG im Einzelfall dazu führen kann, dass ausländisches Recht auch gegen die subjektiven Interessen einer Partei (hier des Bankkunden) angewandt wird, ist in Kauf zu nehmen.¹²¹

b) Rechtsfolgen bei Anwendbarkeit von Art. 19 IPRG

Art. 19 IPRG schreibt dem Gericht lediglich vor, dass die fremde Norm berücksichtigt werden kann. Sie muss aber nicht direkt angewendet werden, und auch die von ihr vorgeschriebene Rechtsfolge muss nicht übernommen werden.¹²² Somit steht sowohl das «*ob*» als auch das «*wie*» der Anwendung von Art. 19 IPRG im Ermessen des Richters. Gemäss Lehre besteht dabei im Wesentlichen die Wahlmöglichkeit zwischen drei Alternativen: Die direkte

¹²⁰ BGE 130 III 620 bzw. Vorinstanz.

¹²¹ Ähnlich auch MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Basler Kommentar IPRG, N 21 zu Art. 19 IPRG. In der Lehre wird teilweise die Auffassung vertreten, dass die Interessen der Parteien gänzlich unberücksichtigt bleiben können, wenn man die betreffende Norm zum internationalen *ordre public* zählt (MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Basler Kommentar IPRG, N 21 zu Art. 19 IPRG; SCHRAMM/BUHR, CHK-IPRG, N 10 zu Art. 19 IPRG; VISCHER, Zürcher Kommentar IPRG, N 26 zu Art. 19 IPRG).

¹²² FURRER/GIRSBERGER/SIEHR, SPR-IPRG, N 882 ff.; VISCHER, Zürcher Kommentar IPRG, N 39 zu Art. 19 IPRG.

Anwendung der Rechtsfolge, welche die herangezogene Eingriffsnorm mit sich bringt; die Anwendung der Rechtsfolge der *lex causae* oder aber die Schaffung materiellen Richterrechts.¹²³ Dabei kommt die Anpassung eines Vertrages aber auch seine Auflösung *ex nunc* in Frage.¹²⁴ Die Entscheidung sollte danach getroffen werden, was das sachgerechteste Ergebnis im konkreten Fall darstellt. Angewandt auf das Beispiel einer Barauszahlung ist die Situation ähnlich gelagert wie in BGE 130 III 620, in dem die Vorinstanz eine richterliche Vertragsanpassung vornahm. Denn auch bei einer Anfrage auf Barauszahlung ist grundsätzlich völlig unbestritten, dass dem Kunden ein Anspruch auf sein Kontoguthaben zusteht. Lediglich die Art der Erfüllung dieses Anspruchs ist strittig und bereitet Probleme. Die Annahme der Nichtigkeit (ob *ex tunc* oder *ex nunc*) des gesamten Vertragsverhältnisses bietet sich aus diesem Grund nicht an. Vielmehr böte sich eine Vertragsanpassung an, die vorsieht, dass die Bank im Einzelfall eine Forderung mittels Überweisung der geforderten Summe oder gekreuztem Check (statt Barauszahlung) rechtsgültig erfüllen kann oder Barauszahlungen nur möglich sind, wenn plausible Gründe dargetan werden oder die Steuerkonformität nachgewiesen wird.

V. Schlussteil

Der zivilrechtliche Anspruch eines Bankkunden auf die Auszahlung von Bargeld kann insbesondere bezüglich ausländischer Bankkontoinhaber erhebliche Rechtsrisiken für Banken schaffen. Dies ändert zwar nichts am grundsätzlichen Bestehen dieses Anspruchs, aber es bedarf einer Lösung zwischen den konfligierenden Interessen des Kunden und der Bank. Der vorliegende Beitrag prüft diesbezüglich Korrektive der Schweizer Rechtsordnung. Fest steht bei jedem Korrektiv, dass die Auflösung des Normenkonflikts ein Werturteil bedingt. Es bleibt abzuwarten, inwiefern die Tessiner Rechtsprechung fortgeführt und vertieft wird. Denn auch wenn sich die Thematik im Zusammenhang mit US-Steuerverfahren und der Einführung des AIA entschärfen wird, verpflichtet Art. 6a revGwG die Banken zur Auflösung der Geschäftsbeziehung, wenn Bankkunden ihre Steuerkonformität nicht nachweisen können und die Bereinigung der steuerlichen Situation für diese keine «unzumutbaren Nachteile» zur Folge hätte. Das Thema bleibt damit für einige Zeit aktuell.

¹²³ SCHRAMM/BUHR, CHK-IPRG, N 14 zu Art. 19 IPRG.

¹²⁴ SCHRAMM/BUHR, CHK-IPRG, N 14 zu Art. 19 IPRG.

Literaturverzeichnis

- BEHNISCH URS R., Bemerkungen zum Steuerhinterziehungs- und Steuerbetrugsverfahren, in: *Der Schweizer Treuhänder* 1-2/1992, S. 41-46.
- BEURET ARNAUD, Das schweizerische Geldwäschereibekämpfungsdispositiv und seine Neuerungen, Die Tätigkeiten der Meldestelle für Geldwäscherei MROS, in: *Jusletter* vom 23. Februar 2015.
- BILLOTTE-TONGUE IMOGEN, *Aspects juridiques du virement bancaire: Implications des développements informatiques*, (Diss. Genf), Zürich 1992.
- BUCHER EUGEN, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Aufl., Zürich 1988.
- CASSANI URSULA, Art. 305^{bis} CP, in: Martin Schubarth (Hrsg.), *Commentaire du droit pénal suisse, Code pénal suisse, Partie spéciale, Vol. 9: Crimes ou délits contre l'administration de la Justice, Art. 303-311 CP*, Bern 1996.
- EMMENEGGER SUSAN, Geldschuld und bargeldloser Zahlungsverkehr, in: Peter V. Kunz u.a. (Hrsg.), *Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014*, Bern 2014, S. 3-15.
- ENGEL PIERRE, *Traité des obligations en droit suisse – Dispositions générales du CO*, 2. Aufl., Bern 1997.
- FISCHER THOMAS, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Beck'sche Kurzkommentare*, 60. Aufl., München 2013.
- FLATTEN THOMAS, *Zur Strafbarkeit von Bankangestellten bei der Geldwäsche*, (Diss. Heidelberg), Frankfurt a.M. 1996.
- FORSTER MARC, Art. 25 StGB, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht I, Art. 1-110 StGB und Jugendstrafgesetz*, 3. Aufl., Basel 2013.
- FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/SIEHR KURT, *Schweizerisches Privatrecht, Bd. XI/1, Internationales Privatrecht, Allgemeiner Teil*, Basel 2008.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2 Bände, 10. Aufl., Zürich 2014.
- GIOVANOLI MARIO, Bargeld, Buchgeld, Zentralbankgeld: Einheit oder Vielfalt im Geldbegriff?, in: Bruno Gehrig/Ivo Schwander (Hrsg.), *Banken und Bankrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner*, Zürich 1993, S. 87-124.
- HESS MARTIN, Bargeldlose Überweisung mit Hilfe von Interbankzahlungssystemen – Vertrauenshaftung im Zahlungsverkehrsrecht?, in: *recht* 4/1996, S. 144-155.
- HONSELL HEINRICH, Art. 2 ZGB, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, 5. Aufl., Basel 2014.
- HUGUENIN CLAIRE, Art. 19/20 OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 5. Aufl., Basel 2011.

- HÜRLIMANN ROLAND, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, (Diss. Freiburg), Freiburg 1984.
- JÄGER MARKUS, § 370 Abgabenordnung, in: Franz Klein (Hrsg.), Kommentar Abgabenordnung einschliesslich Steuerstrafrecht, 11. Aufl., München 2012.
- JÄGGI PETER/GAUCH PETER/HARTMANN STEPHAN, Art. 18 OR, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 18 OR: Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, 4. Aufl., Zürich 2015.
- KLEINER BEAT, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Giro- und Kontokorrentvertrag, 2. Aufl., (Diss. Zürich), Zürich 1964.
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Aufl., Bern 2009.
- KRAMER ERNST A., Art. 19/20 OR, in: Arthur Meyer-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Inhalt des Vertrages, Band VI/1/2/1a, Art. 19-22 OR, Bern 1991.
- KUNZ MICHAEL, Umsetzung der GAFI Empfehlungen 2012, Die Geldwäschereiprävention verlässt den Finanzsektor, in: Jusletter vom 23. Februar 2015.
- LOCHER PETER, Kommentar zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, III. Teil, Art. 102-222 DBG, Basel 2015.
- MÄCHLER-ERNE MONICA/WOLF-METTIER SUSANNE, Art. 19 IPRG, in: Anton K. Schnyder u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013.
- MATTEOTTI RENÉ/BOURQUIN GABRIEL/MANY SELINA, Steuerrisiken mit Offshore-Strukturen für Banken und ihre Mitarbeiter, in: ASA 82 Nr. 11/12 2013/2014, S. 669-710.
- MATTEOTTI RENÉ/MANY SELINA Erhöhung der Strafrisiken für Banken und ihre Mitarbeiter infolge Einführung der Steuergeldwäscherei; in: Jusletter vom 23. Februar 2015.
- MILLAUER STEPHANIE, Sonderanknüpfung fremder zwingender Normen im Bereich von Schuldverträgen (Art. 19 IPRG und Art. 7 Abs. 1 EVÜ), (Diss. St. Gallen), St. Gallen 2001.
- NEUHAUSER STEPHAN, §§ 185-262 StGB, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 4, 2. Aufl., München 2012.
- NOBEL PETER, Devisenschuld: Realschuld oder Innominatunschuld?, in: Peter Forstmoser u.a. (Hrsg.), Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zürich 1988, S. 285-300.
- OESTERHELT STEFAN, Beihilfe zur Steuerhinterziehung im In- und Ausland, Verhältnis zwischen Betrug i.S.v. Art. 146 StGB und Steuerstrafrecht, in: Der Schweizer Treuhänder 12/2009, S. 955-960.
- PIETH MARK, Art. 305^{bis} StGB, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013.
- RICHNER FELIX/FREI WALTER/KAUFMANN STEFAN/MEUTER HANS ULRICH, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. Aufl., Zürich 2013.

- SCHILD TRAPPE GRACE, Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen der Gehilfenschaft, (Diss. Bern), Bern 1995.
- SCHRAMM DOROTHEE/BUHR AXEL, Art. 19 IPRG, in: Andreas Furrer u.a. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Zürich 2012.
- SCHRANER MARIUS, Art. 68-96 OR, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, V/1/e, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR, 3. Aufl., Zürich 2000.
- SCHWANDER IVO, Einführung in das internationale Privatrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 3. Aufl., St. Gallen 2000.
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012.
- SIEBER ROMAN, Art. 175, 177 DBG, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I/2b, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, 2. Aufl., Basel 2008.
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Basel 2011.
- THOUVENIN FLORENT, Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, in: Jusletter vom 29. Oktober 2012.
- TRECHSEL STEFAN, Art. 305^{bis} STGB, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich 2013.
- VISCHER FRANK, Art. 19, 147 IPRG, in: Daniel Girsberger u.a. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 2. Aufl., Zürich 2004.
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Rechtliche Aspekte der direkten Zahlung mit elektronischer Überweisung (EFTPOS), (Diss. Zürich), Zürich 1988.
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, 3. Aufl., Zürich 1974.
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, 3. Aufl., Zürich 1979.
- WEBER ROLF H., Art. 84 OR, in: Hausheer Heinz (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Erfüllung der Obligation, Band VI/1/4, Art. 68-96 OR, 2. Aufl., Bern 2005.
- Probleme bei der bargeldlosen Erfüllung von Geldschulden, in: SJZ 78/1982, S. 137-145.
- WIDMER ESTHER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG, Unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken, (Diss. Bern), Zürich 2015.
- WIEGAND WOLFGANG, Art. 18 OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011.

Materialien

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 31. Mai 2015.

FINMA, Häufig gestellte Fragen (FAQ), Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft vom 19. Juni 2012, abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/faq/#Order=1>>.

- Positionspapier der FINMA zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft («Positionspapier Rechtsrisiken») vom 22. Oktober 2010, abrufbar unter <<https://www.finma.ch/de/dokumentation/finmapublikationen/diskussionspapiere/>>.

SNB, Der Notenumlauf (Tabelle), abrufbar unter: <http://www.snb.ch/de/iabout/cash/id/cash_circulation>.

SNB, Fragen und Antworten zu den Banknoten, Nimmt der Bargeldbedarf ab, weil immer mehr bargeldlos mit Debit-, Kredit-, Cash-Karten usw. bezahlt wird?, abrufbar unter: <http://www.snb.ch/de/ifor/public/qas/id/qas_noten#t6>.

Rules of Conduct

Daniel M. Sibears, Washington*

Table of Contents

I.	Introduction.....	179
II.	Overview of FINRA.....	180
III.	Key business conduct areas.....	181
	1. Member regulation.....	182
	2. Enforcement.....	184
	3. Office of Fraud Detection and Market Intelligence.....	185
IV.	Market regulation.....	185
V.	Conclusion.....	185

I. Introduction

Thank you Susan for that kind welcome and introduction. It's a pleasure to be with you today to share a few thoughts about the organization I represent – the Financial Industry Regulatory Authority, or FINRA. We are particularly pleased to be here given that we understand Switzerland is considering the possibility of having an organization like ours to oversee the asset management industry here. I hope my comments prove to be helpful as you consider this important issue.

It is timely that we are talking about Rules of Conduct. Now that we are more than seven years removed from the financial crisis and we have completed a significant portion of the repair work, our focus at FINRA is concentrated on how intermediaries interact with their clients – or business conduct

* Executive Vice President, Regulatory Operations, Offices of Shared Services, Financial Industry Regulatory Authority (FINRA), Washington. The text reproduces a presentation from March 6th 2015 with slight changes and additions.

as we call it. In the next few minutes, I would like to accomplish three primary things:

- first, to provide a general overview of FINRA because in the world of securities regulation, we are a bit of an unusual entity;
- second, discuss some of the key business conduct areas we oversee, including our Member Regulation and Enforcement programs, as well as our Office of Fraud Detection and Market Surveillance; and
- third, tell you a little bit about our market surveillance responsibilities.

II. Overview of FINRA

As some of you may know, FINRA is an independent self-regulatory organization, an SRO, established under the US federal securities laws. In this role, we are the front-line regulator in the oversight of securities firms conducting business with the public. Some numbers may help provide some scale of the scope of our responsibilities – we supervise more than 4'000 securities firms, nearly 161'000 branch offices and 637'000 registered securities persons. We are a staff of more than 3'500, working in 17 cities across the US, with an annual budget of more than 900 million US dollars. We are governed by a Board of Governors – 24 in total – of which 13 are independent, 10 are from the securities industry, plus our Chief Executive Officer, Richard Ketchum.

In the US, when we talk about SROs, we mean something very specific – a non-governmental organization that has certain powers. To be clear, we are not talking about an industry trade association. SRO powers include creating and enforcing rules and regulations to prohibit fraudulent and manipulative practices. SROs must have the infrastructure to monitor market and business conduct, and have a disciplinary mechanism to enforce rules. At FINRA, our inspection and enforcement authority extend beyond our own rules to certain federal securities laws promulgated by the US Congress. Our central mission is to protect investors and ensure market integrity through rules that promote high standards of commercial honor and just and equitable principles of trade. FINRA's regulatory authority complements that of the US Securities and Exchange Commission, which oversees the work of FINRA and holds us to account. The SEC does this in a number of ways:

- It approves our rules;
- It performs on-site and off-site inspections of our regulatory programs;
- It decides any appeals of our disciplinary sanctions;

- It sanctions FINRA if we fail to carry out our obligations; and
- It enforces our rules if we are not adequately doing so.

Now that I have told you a little bit about who we are, I think it's important to tell you what FINRA is not. It is not a government agency or, as I mentioned, a trade association that advocates or lobbies on behalf of securities firms. We have plenty of organizations in the US that do this. We are authorized by law, but we are not funded by tax dollars. We work in partnership with the SEC and other government agencies to carry out our mission but they do not direct our day-to-day activities. Our role is purely regulatory in nature. Our view is that when it comes to how we interact with the securities industry, input may be appropriate so that we are informed by industry views, but influence is not.

One of the key reasons we have an elaborate SRO structure in the US is due to history. Securities exchanges pre-date the SEC and carried out supervisory responsibilities before the SEC was established. The Stock Market Crash in 1929 significantly altered the regulatory landscape, leading our Congress to introduce major legislation in the 1930s that reinforced the need for market surveillance and regulation. One of the pieces of legislation, known as the Maloney Act, is the law that created the basis for FINRA's predecessor, NASD – or the National Association of Securities Dealers – which was founded over 75 years ago. FINRA came into being in 2007 when NASD and the New York Stock Exchange merged key regulatory functions. NASD, and now FINRA, was originally created to oversee the broker-dealer community, but over time, we assumed a greater role, including conducting the market surveillance for 99% of the listed equities markets in the US, 100% of the unlisted equities market and about 60% of the options trading. Let me now turn to some of our key substantive responsibilities.

III. Key business conduct areas

As the front-line SRO for the securities industry in the US, FINRA has a number of key responsibilities.

- We qualify and register securities firms and their associated persons. This includes administering qualifications tests for individuals seeking to enter the industry or perform certain functions, and ensuring that firms meet specified qualifications standards.

- We write rules to govern the business and market behaviors of firms and their staffs.
- We inspect and enforce compliance with those rules and, we discipline those that fail to comply.
- We bring transparency to markets through reporting obligations and the dissemination of market information. We perform extensive surveillance of the equities, fixed income and options markets.
- We develop and sponsor educational programs for industry professionals.
- We invest in and run an Investor Education Foundation to bring financial literacy to individual investors.
- And, finally, we operate the largest securities dispute resolution forum in the US.

1. Member regulation

Because today's theme relates to conduct rules, I'd like to spend some time discussing how we oversee the business conduct, or sales practices, of the firms we regulate. This is the largest function at FINRA, consisting of more than 1'000 employees – almost 1/3 of our organization. As I mentioned, FINRA registers firms and their associated persons. This is the initial gatekeeper role that we undertake. We do this through our Membership Application Program. Firms file an application with FINRA and during this process we look for *two key items*: First, that the firm has the expertise, experience and infrastructure to comply with relevant federal securities laws and FINRA rules, and can operate in a manner to protect investors. And second, that the firm implements reasonable financial, operational and supervisory systems, while maintaining required capital requirements.

FINRA can approve, deny, or restrict an application for new membership. Once approved, if a firm wishes to make a significant change its business or ownership, it must follow a process similar to that of a new member so that we are confident that the firm can perform its required duties while protecting investors and ensuring market integrity. FINRA also processes membership applications for other SROs such as NASDAQ and the NYSE.

Once firms are doing business, they are subject to a rigorous surveillance and examination program. In this regard, each of the firms we regulate has a designated Coordinator that conducts off-site monitoring of firm activities. This surveillance staff ensures that each broker-dealer is assessed at least

once every four years. Given the diverse nature of the firms FINRA regulates, we have steadily transformed our business conduct program to a risk-based approach – meaning that each firm and registered person is assessed based on the greatest risks posed to investors and the securities markets. Our resources are then applied rigorously to the entities, individuals and areas that are of gravest concern. To give you some idea of the scope of our program, we conduct between 1’300-2’000 routine examinations per year. The one to four year cycle assigned to a particular firm is driven by the referenced risk assessment process.

We are very transparent about our regulatory programs. For the past 10 years, for example, we have published an annual letter that outlines our regulatory and inspection priorities for the coming year. In addition to our routine examinations that I already mentioned, and which are executed by our Sales Practice team, we also conduct a number of other types of inspections:

- Financial inspections cover a firm’s financial and operational condition and are carried out by our Risk Oversight & Operational Regulation group. This group focuses their resources on the largest firms that FINRA regulates, as well as clearing and carrying firms.
- Options inspections are handled by FINRA where it is the Designated Options Examining Authority.
- Municipal securities inspections are typically part of a Sales Practice examination but focus on a completely different set of rules promulgated by another US SRO, the Municipal Securities Rulemaking Board.
- New Firm inspections are dictated by federal laws and require that FINRA conduct an inspection of every new firm within the first six months of its commencement of operations.
- Cause inspections are event driven and thereby focus on specific issues normally surfaced through customer complaints, whistleblowers, terminations of individuals for cause, and specific reportable events.

To put this all in perspective, let me give you a few numbers for this past year:

- We conducted 1’335 cycle or routine inspections and 942 branch office inspections;
- We devoted nearly 572’000 staff hours to the inspection program; and

- We completed more than 3'500 cause inspections of which 444 were referred to our Enforcement Department for investigation and possible disciplinary action.

2. Enforcement

As you can surmise, the numerous referrals for potential disciplinary action means that FINRA's enforcement work is a critical component of our regulatory programs. That staff is about 275 strong and their role is to investigate and initiate formal disciplinary actions against firms and individuals for violations of securities laws and FINRA rules. Their objective is to stop the bad actors as quickly as possible and send a message that deters others who may consider engaging in similar misconduct. Our enforcement cases are sourced predominately from our routine examinations, but they also grow out of customer complaints, anonymous tips and external referrals. Where evidence of violations exists, FINRA will either enter into settlement negotiations with the respondents or file a complaint that initiates a disciplinary action. FINRA's Office of Hearing Officers is responsible for empanelling the triers of fact – composed of two industry members and a FINRA hearing officer. Matters that are not settled are argued before this Hearing Panel and respondents are afforded full due process. Hearing Panel decisions can be appealed, first internally, and subsequently to the SEC and then to the federal courts. Importantly, we have the ability to impose fines, restitution, suspensions and expulsions. Restitution is for harmed customers. For 2014, for example, we instituted 1'397 disciplinary actions against securities representatives and firms, barred more than 480 individuals, suspended 705 brokers, levied US\$ 133 million in fines and ordered over US\$ 32 million in restitution to harmed investors.

In our effort to be transparent about our sanctions, FINRA publishes its disciplinary actions as well as a document captioned «Sanction Guidelines». The Sanction Guidelines, available on our website, outline the range and severity of sanctions that are applicable to specific types of violations. Since the guidelines are used by the hearing panels, and by the staff when negotiating settlements, they ensure fairness and consistency.

People often ask us what we do with our fine money – sanctions paid by firms and individuals are only used for capital expenditures and regulatory projects, not operating expenses or compensation for FINRA staff.

3. Office of Fraud Detection and Market Intelligence

Another key component of our business conduct programs is the Office of Fraud Detection and Market Intelligence – which we refer to as OFDMI. We created this office in October 2009 to enable an expedited response to allegations of fraud and the escalation of such matters to senior level reviews. The group has three primary areas – the Office of the Whistleblower, Insider Trading, and Fraud Surveillance. During 2014, OFDMI referred more than 700 matters involving potential fraudulent conduct to the SEC and other federal or state enforcement agencies. We make these referrals mainly because we detect wrongdoing by parties that are outside of FINRA’s jurisdiction. These 700 matters included 300 insider trading referrals and more than 395 fraud referrals. OFDMI relies on advanced systems using artificial intelligence to identify possible instances of insider trading and other forms of fraud, and skilled analysts investigate and evaluate matters.

IV. Market regulation

I’d like to shift gears and spend a moment on another function within FINRA – our Market Regulation Department. With respect to market regulation in the US, FINRA regulates the OTC markets by statutory mandate, and Exchange markets (NYSE, BATS, and NASDAQ) by contract. In taking on this responsibility, FINRA has the broadest view on US markets of any regulator. We look for activities like market manipulation, wash sales, marking the close, and spoofing – and violations of best execution, short sale rules, fair pricing requirements and customer order protection rules. Again, scale is important here and through the use of advanced surveillance tools, Market Regulation reviews and analyzes more than 30 billion quote, order, and trade events daily. This covers 43’000 issues traded per day (listed, unlisted, fixed income, and options) and we use about 275 surveillance patterns. We do all of this work with about 500 people.

V. Conclusion

There is much more to say about FINRA and the work we do, but I hope that I have been able to give you a snapshot of our organization, its role within the US regulatory structure, and our responsibilities. I look forward to this afternoon’s panel discussion. Thank you for your kind attention.

Überwachung und Durchsetzung von Verhaltensregeln in Österreich

Dr. Birgit Puck, LL.M., Wien*

Inhaltsverzeichnis

I.	Die österreichische Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA).....	188
II.	Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 (WAG 2007).....	188
	1. Rechtsgrundlagen.....	188
	2. Wertpapierdienstleistungen.....	189
	3. Beaufsichtigte Rechtsträger.....	190
	4. Befugnisse der FMA.....	191
	5. Instanzenzug.....	192
III.	Vorgehensweise.....	193
IV.	Anforderungen an die Compliance-Funktion.....	193
	1. Judikatur Compliance-Funktion – Einrichtung.....	194
	2. Judikatur Compliance-Funktion – Ausstattung.....	195
	3. Judikatur Compliance-Funktion – Aufgaben.....	195
	4. Judikatur Mitarbeitergeschäfte – Meldepflicht.....	196
	5. Judikatur Mitarbeitergeschäfte – Relevante Person.....	196
V.	Anforderungen an den Umgang mit Interessenskonflikten, insbesondere die Trennung von Kunden- und Eigenhandel.....	198
	1. Judikatur Trennung Kunden- und Eigenhandel.....	198
VI.	Anforderungen an Eignung und Angemessenheit von Wertpapierdienstleistungen.....	201
	1. Judikatur Angemessenheit und Eignung.....	202
IV.	Resümee.....	203

* Dr. Birgit Puck, LL.M. ist Leiterin der Abteilung Verfahren und Recht der Finanzmarktaufsichtsbehörde, Wien.

Literaturverzeichnis.....	203
Materialien.....	203

I. Die österreichische Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA)

Die FMA ist durch Verfassungsbestimmung gemäß § 1 Abs 1 FMABG zur Durchführung der Bankenaufsicht, der Versicherungsaufsicht, der Wertpapieraufsicht und der Pensionskassenaufsicht als Anstalt öffentlichen Rechts mit eigener Rechtsperson eingerichtet und seit 1.4.2002 operativ tätig. Die FMA ist in Ausübung ihres Amtes an keine Weisungen gebunden.

Zum 31.12.2014 beschäftigte die FMA 354,72 Vollzeitäquivalente und verfügte über ein Budget für das Jahr 2014 von 56,4 Mio €. Die FMA finanziert sich hauptsächlich durch Kostenbeiträge der Beaufsichtigten. Abzüglich eines Pauschalbeitrags des Bundes von 3,5 Mio € sowie Gebühren und Erträgen von 6,7 Mio € verteilten sich die Aufsichtskosten von 46,2 Mio € für 2014 zu 49% auf den Rechnungskreis Bankenaufsicht, zu 21% auf den Rechnungskreis Versicherungsaufsicht, zu 28% auf den Rechnungskreis Wertpapieraufsicht und zu 2% auf den Rechnungskreis Pensionskassenaufsicht.

II. Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 (WAG 2007)

1. Rechtsgrundlagen

Aus Anlass des geplanten Schweizer Bundesgesetzes über Finanzdienstleistungen (FIDLEG)¹ habe ich aus der österreichischen Praxis die Verhaltensregeln des Wertpapieraufsichtsgesetzes 2007 (WAG 2007)² und deren Durchsetzung gewählt.

Das WAG 2007 ist, wie die meisten Gesetze im Finanzmarktbereich in Österreich, europäisch geprägt. Es ist seit 1.11.2007 in Kraft und setzt die Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente (Markets in Financial Instruments Directive, MiFID) um. Derzeit wird in Österreich bereits an der

¹ Vernehmlassungsvorlage vom 26.4.2014.

² BGBl. I Nr. 60/2007 idF BGBl. I Nr. 34/2015, abrufbar unter: www.ris.bka.gv.at/Bundesrecht/Bundesrecht konsolidiert.

Umsetzung der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente (Market in Financial Instruments Directive II, MiFID II) sowie an der Einbettung der Verordnung (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente (Market in Financial Instruments Regulation, MiFIR) in das österreichische Recht gearbeitet.

Konkretisiert werden diese Rechtsgrundlagen durch europäische Regelungen, wie z.B. die „Leitlinien der European Securities and Markets Authority (ESMA) vom 25.6.2012 zur Compliance Funktion“³, durch Verordnungen der FMA, wie z.B. die „Interessenkonflikte- und Information für den Kunden-Verordnung“⁴, durch Rundschreiben der FMA, z.B. das „Rundschreiben betreffend die organisatorischen Anforderungen des Wertpapieraufsichtsgesetzes 2007 im Hinblick auf Compliance, Risikomanagement und interne Revision“⁵ und durch die verwaltungsgerichtliche Judikatur⁶.

2. Wertpapierdienstleistungen

Nach § 1 Z 2 WAG 2007 werden als Wertpapierdienstleistungen und Anlagentätigkeiten folgende Tätigkeiten definiert, sofern sie sich auf Finanzinstrumente beziehen:

- Die Annahme und Übermittlung von Aufträgen
- Die Ausführung von Aufträgen
- Der Handel für eigene Rechnung
- Die Portfolioverwaltung auf diskretionärer Basis
- Die Anlageberatung
- Die Übernahme der Emission oder Platzierung mit fester Übernahmeverpflichtung
- Die Platzierung ohne feste Übernahmeverpflichtung
- Der Betrieb eines multilateralen Handelssystems (MTF)

³ Dokument ESMA/2012/388, www.esma.europa.eu/system/files/2012-388.

⁴ BGBl. II Nr. 216/2007 idF BGBl. II Nr. 272/2011, abrufbar unter: www.ris.bka.gv.at/Bundesrecht/Bundesrecht_konsolidiert.

⁵ Abrufbar unter: www.fma.gv.at/Rechtliche_Grundlagen/Wohlverhaltensregeln_und_Compliance/Rundschreiben&Sonstiges.

⁶ Abrufbar unter: www.ris.bka.gv.at/Bundesrecht/Judikatur.

Zu den Finanzinstrumenten zählen nach der Definition des § 1 Z 6 WAG 2007:

- Übertragbare Wertpapiere
- Geldmarktinstrumente
- Anteile an Organismen für gemeinsame Anlagen (OGAW)
- Anteile an Alternativen Investmentfonds (AIF) offenen Typs
- Derivatkontrakte in Bezug auf Wertpapiere, Währungen, Zinssätze, Zinserträge und finanzielle Indices
- Derivatkontrakte in Bezug auf Waren
- Derivative Instrumente zum Transfer von Kreditrisiken
- Finanzielle Differenzgeschäfte
- Derivatkontrakte in Bezug auf Klimavariablen, Frachtsätze, Emissionsberechtigungen, Inflationsraten, offizielle Wirtschaftsstatistiken und andere Derivatkontrakte nach der Verordnung (EG) Nr. 1287/2006.

§ 3 Abs 2 WAG 2007 regelt, dass für die gewerbliche Erbringung der Wertpapierdienstleistung der Anlageberatung in Bezug auf Finanzinstrumente, der Portfolioverwaltung auf Einzelkundenbasis mit Ermessensspielraum im Rahmen der Vollmacht eines Kunden, sofern das Portfolio zumindest ein Finanzinstrument enthält, sowie die Annahme und Übermittlung von Aufträgen in Bezug auf Finanzinstrumente und das Betreiben eines multilateralen Handelssystem eine Konzession der FMA nach WAG 2007 erforderlich ist.

Festzuhalten ist, dass die Erbringung einiger in § 1 Z 2 WAG 2007 enthaltener Dienstleistungen sogar eine Konzession nach § 1 Bankwesengesetz (BWG) erfordert, wie z.B. der Handel für eigene oder fremde Rechnung (§ 1 Abs 1 Z 7 BWG) oder die Teilnahme an der Emission Dritter (§ 1 Abs 1 Z 11 BWG).

3. Beaufsichtigte Rechtsträger

Zum 31.12.2014 waren 696 Kreditinstitute auf Grund ihrer Legalkonzession nach § 1 Abs 3 BWG zur Erbringung der Wertpapierdienstleistungen nach § 3 Abs 2 Z 1 bis 3 WAG 2007 berechtigt (das sind die Anlageberatung, die diskretionäre Portfolioverwaltung und die Annahme und Übermittlung von Aufträgen in Bezug auf Finanzinstrumente). Beaufsichtigt wurden weiters 74 EU-passfähige Wertpapierfirmen, welche nach § 3 WAG 2007 für die

Erbringung einer oder mehrerer Wertpapierdienstleistungen konzessioniert sind. Es gab 65 (nur in Österreich tätige) Wertpapierdienstleistungsunternehmen, welche die Wertpapierdienstleistung der Anlageberatung und/oder die Annahme und Übermittlung von Aufträgen, eingeschränkt auf übertragbare Wertpapiere, Anteile an Kapitalanlagefonds und Immobilienfonds erbringen durften (§ 3 Abs 1 WAG 2007). Darüber hinaus waren 11 Kapitalanlagegesellschaften mit Zusatzkonzession nach § 5 Abs 2 Z 3, 4 lit a Investmentfondsgesetz 2011 (InvFG 2011) für Portfolioverwaltung und Anlageberatung tätig, 2 Alternative Investmentfonds Manager, welche über eine Zusatzkonzession nach § 4 Abs 4 Z 2 Alternative Investment Fonds Manager Gesetz (AIFMG), nämlich über die Portfolioverwaltung, Anlageberatung und Annahme und Übermittlung von Aufträgen verfügten, sowie 4 Versicherungen, welche die Legalkonzession nach § 3 Abs 3 Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) für die Vermittlung von Investmentfonds tatsächlich ausübten, zu beaufsichtigen.

4. Befugnisse der FMA

Der FMA stehen nach § 91 Abs 3 WAG 2007 umfangreiche Befugnisse zu. Sie darf Einsicht in Bücher, Schriftstücke und Datenträger der Beaufsichtigten nehmen, Auskünfte der Unternehmen und ihrer Organe anfordern, die Durchführung von Vor-Ort-Prüfungen durch eigene Prüfer, Abschlussprüfer oder sonstige Sachverständige anordnen und die Aufzeichnungen über Telefongespräche verlangen.

Stellt die FMA eine Gesetzesverletzung fest, geht es zu allererst darum, zu erreichen, dass diese Gesetzesverletzung abgestellt wird. Dabei leitet die FMA die sogenannten Maßnahmeverfahren nach § 92 Abs 8 WAG 2007 iVm § 70 Abs 4 BWG ein, bei denen die Herstellung des rechtmäßigen Zustandes im Vordergrund steht. Dementsprechend kann die FMA unter Androhung einer Zwangsstrafe die Herstellung des rechtmäßigen Zustands binnen einer angemessenen Frist auftragen. Im Wiederholungs- oder Fortsetzungsfall kann die FMA den Geschäftsleitern die Geschäftsführung ganz oder teilweise untersagen und in letzter Konsequenz die Konzession entziehen.

In der Praxis sehen wir häufig die Konstellation, dass das beaufsichtigte Institut den rechtmäßigen Zustand nach Beanstandung durch die FMA sehr schnell herstellt. Das heißt, es bedarf oft nicht einmal eines förmlichen Verwaltungsverfahrens, welches mit Bescheid (das wäre in der Schweiz eine „Verfügung“) abgeschlossen wird.

Wenn die Gesetzesverletzung mit Verwaltungsstrafe (das wäre in der Schweiz eine „Busse“) bedroht ist, führt diese in der Regel zur Prüfung der Einleitung eines Verwaltungsstrafverfahrens. Im Gegensatz zur FINMA hat die FMA Verwaltungsstrafkompetenz, oder wie man in der Schweiz sagen würde, sie darf „Bussen“ aussprechen.

Mit der Verwaltungsstrafe wird der schuldhafte Verstoß gegen die Verhaltensnorm für die Vergangenheit bestraft. Es soll für die Unternehmen kein Wettbewerbsvorteil sein, wenn sie sich nicht an die gesetzlichen Verhaltensnormen halten und solange zuwarten, bis die FMA z.B. im Rahmen einer Vor-Ort-Prüfung Verstöße gegen das Gesetz feststellt und deren Beseitigung fordert. Aus diesem Grund ist die Verwaltungsstrafkompetenz für die FMA gerade in der Wertpapieraufsicht und allgemein bei der Durchsetzung von Verhaltensnormen eine wichtige Aufsichtsbefugnis.

Der Strafraum für Verstöße gegen Verhaltensnormen des WAG 2007 liegt derzeit bei bis zu 100.000 € pro Verstoß; bei mehreren Verstößen werden die Strafen kumuliert. Noch gibt es im Bereich des WAG 2007 kein Unternehmens-Verwaltungsstrafrecht. Für Verstöße von Unternehmen sind momentan ausschließlich die natürlichen Personen, welche die Unternehmen satzungsmäßig vertreten, z.B. die Vorstände oder Geschäftsführer (§ 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG) oder bestimmte verwaltungsstrafrechtliche Beauftragte (§ 9 Abs 2 VStG) verantwortlich. Dies wird sich mit Umsetzung des Art 70 Abs 6 lit f und g der MiFID II ändern; dann muss auch in das WAG 2007 die Strafbarkeit der juristischen Person eingeführt und der Strafraum an die europäischen Vorgaben angepasst werden. Das sind bei juristischen Personen maximale Geldbußen von mindestens 5 Mio € oder bis zu 10% des jährlichen Gesamtumsatzes und bei natürlichen Personen maximale Geldbußen von mindestens 5 Mio €.

5. Instanzenzug

Seit 1.1.2014 ist der Instanzenzug in Österreich dreigliedrig: Über eine Beschwerde gegen eine Entscheidung der FMA entscheidet das Bundesverwaltungsgericht (BVwG). Die Beschwerde ist binnen 4 Wochen zu erheben.

Gegen die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts kann bei Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung Revision an den Verwaltungsgerichtshof (VwGH) erhoben werden. Die Revision ist binnen 6 Wochen zu erheben. Bei einer behaupteten Verfassungswidrigkeit kann auch der Verfassungsgerichtshof (VfGH) angerufen werden.

III. Vorgehensweise

Die Wertpapieraufsicht ist eine Verhaltensaufsicht. Dementsprechend steht die Aufsicht vor der Aufgabe, die vielfältigen Verhaltensnormen bestmöglich zu überwachen und deren Einhaltung durchzusetzen.

Im Fokus der Aufsicht steht dabei die Überwachung von Organisationsvorschriften für Schlüsselfunktionen. Dazu gehören im WAG 2007 die Funktionen Compliance, Risikomanagement und Interne Revision.

Dahinter steht der Gedanke, dass, wenn diese Funktionen gut funktionieren, sie einen positiven Hebel für die Einhaltung der Aufsichtsnormen darstellen. Aus diesem Ansatz ergibt sich auch bei der Überwachung anderer Verhaltensnormen, wie z.B. den Wohlverhaltensregeln, notwendigerweise eine Schwerpunktsetzung auf Systemverletzungen. Schließlich werden auch schwerwiegende Einzelverletzungen geahndet.

Die Vor-Ort-Präsenz ist ein wichtiges Tool der FMA zur Kontrolle der Einhaltung der Verhaltensregeln. 2014 fanden im Bereich des WAG 2007 insgesamt 66 Vor-Ort-Präsenzen (Vor-Ort-Prüfungen und Company Visits) sowie 113 Managementgespräche statt. Aus den vielfältigen Wahrnehmungen der Aufsicht wurden 2014 in Summe 66 Verwaltungsstrafverfahren im Bereich des WAG 2007 abgeschlossen.

Dabei zeigt die Praxis, dass die nach einer Prüfung der FMA beanstandeten Themen schnell bereinigt und der gesetzmäßige Zustand hergestellt wird. Der „Fehler“ wird von der FMA in Evidenz gehalten. Bei einem Follow up (Vor-Ort-Prüfung, Company Visit, Managementgespräch), welches im darauf folgenden Jahr stattfindet, überzeugt sich die Aufsicht, dass die Bereinigung auch tatsächlich erfolgt ist.

Dies soll anhand einiger Beispiele aus der Judikatur veranschaulicht werden.

IV. Anforderungen an die Compliance-Funktion

Die Regelungen zur Compliance-Funktion finden sich in § 18 WAG 2007. Die Geschäftsleitung hat eine unabhängige Compliance-Funktion dauerhaft einzurichten und einen Compliance-Beauftragten zu benennen. Der Compliance-Beauftragte muss auf Basis einer Risikoanalyse für das Unternehmen angemessene Leitlinien und Verfahren zur Sicherstellung der Einhaltung der Verpflichtungen aus dem WAG 2007 entwickeln. Diese soll er laufend überprüfen und Maßnahmen zur Behebung von Mängeln ergreifen.

Eine wichtige Kontrolltätigkeit des Compliance-Beauftragten umfasst die Überprüfung der persönlichen Geschäfte der Mitarbeiter. Auch die Beratung und Unterstützung der mit Wertpapierdienstleistungen beschäftigten Personen gehört zu seinen Aufgaben.

Durch eine funktionierende Compliance-Funktion soll präventiv die Aufdeckung von Risiken der Nichteinhaltung des WAG 2007 erreicht und sollen allfällige Verstöße rasch erkannt und behoben werden. Der Compliance-Beauftragte trägt damit aktiv zur Erkennung und Verhinderung von Verstößen gegen das WAG 2007 bei.

Organisatorisch muss der Compliance-Beauftragte direkt an den Gesamtvorstand berichten. Diese besondere Stellung ist im Organigramm bzw. der Compliance-Richtlinie des Unternehmens zu verankern. Der Compliance-Beauftragte darf zur Vermeidung von Interessenskonflikten nicht in operative Tätigkeiten eingebunden sein. Ob eine Mischverwendung mit anderen nicht operativen Tätigkeiten zulässig ist, hängt in Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes von Art und Umfang des Geschäftsfeldes des Unternehmens ab⁷.

Der Compliance-Beauftragte hat über entsprechende rechtliche Fachkenntnisse zu verfügen und muss darüber hinaus in der Lage sein, die compliance-relevanten Gefahrenbereiche der einzelnen Wertpapierabteilungen zu erkennen. Er soll sich laufend weiterbilden.

1. Judikatur Compliance-Funktion – Einrichtung

Bei einer Wertpapierfirma nahm ein auch geringfügig im Vertrieb tätiger Mitarbeiter gleichzeitig die Funktion als Compliance-Beauftragter wahr. Das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) sah darin einen unzulässigen Interessenskonflikt. Auch die Kontrolle der Kundenakten des Compliance-Beauftragten durch einen Geschäftsleiter änderte nach Ansicht des BVwG nichts daran, dass die gewählte Mischverwendung gesetzlich nicht erwünscht und auch unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht zulässig war⁸.

⁷ Rundschreiben der FMA betreffend die organisatorischen Anforderungen des Wertpapieraufsichtsgesetzes 2007 im Hinblick auf Compliance, Risikomanagement und interne Revision S. 8, abrufbar unter: [www.fma.gv.at/Rechtliche Grundlagen/Wohlverhaltensregeln und Compliance/Rundschreiben & Sonstiges](http://www.fma.gv.at/Rechtliche_Grundlagen/Wohlverhaltensregeln_und_Compliance/Rundschreiben_&_Sonstiges).

⁸ BVwG vom 24.7.2014, W204 2000376.

2. Judikatur Compliance-Funktion – Ausstattung

Im Rahmen einer Vor-Ort-Prüfung wurde festgestellt, dass der Compliance-Beauftragte einer Bank nicht über die mit dieser Funktion verbundenen notwendigen zeitlichen und personellen Ressourcen für diese Tätigkeit verfügte. Neben der Compliance-Verantwortlichkeit hatte er seinen Arbeitsschwerpunkt in der Erstellung des Budgets und im Controlling und konnte lediglich zwei Arbeitsstunden pro Arbeitstag für Compliance-Aufgaben aufwenden.

In seiner Entscheidung führte der Unabhängige Verwaltungssenat Wien (UVS Wien)⁹ aus, dass die Bank nach § 18 Abs 4 Z 1 WAG 2007 für die Compliance-Funktion keine ausreichenden Ressourcen vorgehalten hat, weil lediglich zwei Arbeitsstunden pro Arbeitstag für Compliance zur Verfügung stünden und dies auch bei Berücksichtigung der Größe der Bank (in etwa 40 Mitarbeiter) nicht ausreichte¹⁰.

3. Judikatur Compliance-Funktion – Aufgaben

Im Zuge einer Vor-Ort-Prüfung konnte eine Wertpapierfirma der FMA kein auf die Tätigkeit der Wertpapierfirma abgestimmtes Compliance-Handbuch und keinen Compliance-Bericht vorlegen. Nach der Rechtsansicht des UVS Wien liegt der Sinn des § 18 Abs 2 WAG 2007, wonach der Rechtsträger angemessene Grundsätze und Verfahren festzulegen und laufend einzuhalten hat, gerade darin, ein den Anforderungen des Rechtsträgers angepasstes Compliance-Handbuch zu erstellen. Das Compliance-Handbuch hat die Unternehmensstruktur, die Anzahl und Kompetenzen der Mitarbeiter sowie den Umfang der Konzession des Rechtsträgers zu berücksichtigen und muss sämtliche potentielle Risiken einer Gesetzesverletzung abdecken. Diesen Anspruch erfüllten weder der im Unternehmen angewendete Standard Compliance Code¹¹ noch eine Arbeitsanweisung, welche ausschließlich auf Mitarbeitergeschäfte abstellte¹².

⁹ Der UVS Wien war bis 31.12.2013 das für Berufungen gegen Verwaltungsstrafbescheide der FMA zuständige Tribunal. Seit 1.1.2014 entscheidet das Bundesverwaltungsgericht über Beschwerden gegen alle Bescheide der FMA.

¹⁰ UVS Wien vom 12.3.2013, UVS-06/FM/40/4027/2012.

¹¹ Der Standard Compliance Code („Grundsätze ordnungsgemäßer Compliance vom 28.12.2007“) ist ein Selbstregulierungswerk, das von der Wirtschaftskammer Österreich in Abstimmung mit der FMA entwickelt wurde und Mindestregelungen darstellt,

4. Judikatur Mitarbeitergeschäfte – Meldepflicht

In einer Bank gab es für Mitarbeiter in Vertraulichkeitsbereichen, die Depots bei einer Fremdbank führten, hinsichtlich persönlicher Geschäfte keine Meldeverpflichtungen gemäß § 24 Abs 2 Z 2 erster Satz WAG 2007, sofern diese Geschäfte unter der Bagatellgrenze von € 5.000,- lagen. Noch existierten geeignete andere Verfahren zur unverzüglichen Feststellung dieser persönlichen Geschäfte. Der UVS Wien sprach aus, dass ein Rechtsträger unverzüglich über jedes persönliche Geschäft einer relevanten Person zu unterrichten sei und diese Verpflichtung keinerlei Einschränkung hinsichtlich einer betragsmäßigen Grenze enthalte. Andere Verfahren nach § 24 Abs 2 Z 2 zweiter Satz WAG 2007 wären nur dann geeignet, wenn sie eine sofortige Unterrichtung des Rechtsträgers über jedes persönliche Geschäft sicherstellten¹³.

In einer anderen Bank war eine Meldung von Mitarbeitergeschäften mit einem Volumen unter € 3.000,- nicht vorgesehen. Bei Geschäften unter dieser Grenze erfolgte bloß eine stichprobenweise Kontrolle durch den Compliance-Officer, der ohne vorangehende Ankündigung in die Mitarbeiterkonten Einsicht nehmen und Geschäfte jeglicher Größenordnung kontrollieren konnte. Unter Hinweis auf die unverzügliche Meldepflicht in Bezug auf jedes Geschäft sprach der UVS Wien zudem aus, dass die stichprobenweise Kontrolle von Mitarbeitergeschäften kein Verfahren darstellte, das eine lückenlose Meldepflicht zu ersetzen vermochte¹⁴.

5. Judikatur Mitarbeitergeschäfte – Relevante Person

In einer Bank hatte der Compliance-Beauftragte mit den Mitarbeitern in Vertraulichkeitsbereichen eine monatliche Aufstellung und Übermittlung aller in diesem Monat vorgenommenen Wertpapiertransaktionen vereinbart. Diese Vereinbarung widersprach einer internen Dienstanweisung, die eine unverzügliche Meldung dieser Transaktionen vorsah. Darüber hinaus erfolgte kein Abgleich von persönlichen Geschäften mit Großorders aus Kunden- und Eigengeschäften.

abrufbar unter: [www.fma.gv.at/Rechtliche Grundlagen/Wohlverhaltensregeln & Compliance/ Standard Compliance Code der österreichischen Kreditwirtschaft](http://www.fma.gv.at/Rechtliche_Grundlagen/Wohlverhaltensregeln_&Compliance/Standard_Compliance_Code_der_österreichischen_Kreditwirtschaft).

¹² UVS Wien vom 8.10.2012, UVS-06/FM/47/7158/2012.

¹³ UVS Wien vom 14.4.2011, UVS-06/FM/47/11679/2010.

¹⁴ UVS Wien vom 5.11.2013, UVS-06/FM/46/17424/2012.

Das BVwG sprach zunächst aus, dass eine Person, die mit dem Handel von Wertpapieren für einen Rechtsträger betraut ist oder eine Person, die enge Kundenkontakte pflegt, eine „relevante Person“ iSd § 24 WAG 2007 sei und wies darauf hin, dass die unverzügliche Unterrichtung des Rechtsträgers über Transaktionen dieses Personenkreises „unumstößlich“ sei. Eine lediglich monatlich zusammengefasste Meldung sei jedenfalls nicht unverzüglich.

Hinsichtlich des Abgleichs von persönlichen Geschäften von relevanten Personen mit Großorders stellte das BVwG fest, dass es in der Bank keine Definition von Großorders gab und die Mitarbeiter zwar zur Meldung verpflichtet waren, jedoch keine Meldungen erstatteten. Dementsprechend lagen nach Ansicht des BVwG keine angemessenen Vorkehrungen nach § 24 Abs 2 WAG 2007 vor¹⁵.

In einer Bank bestand für Mitarbeiter außerhalb von Vertraulichkeitsbereichen keine Meldepflicht für persönliche Geschäfte, und es waren keine anderen Verfahren zur unverzüglichen Feststellung dieser Geschäfte implementiert. Vertriebsmitarbeiter waren zudem im Tatzeitraum keinem Vertraulichkeitsbereich zugeordnet. Das BVwG sprach aus, dass „relevante Personen“ iSd § 24 Abs 1 WAG 2007 jedenfalls die Mitarbeiter des Vertriebs seien. In der Sache stellte das BVwG fest, dass es in der Bank eine Verpflichtung aller Mitarbeiter zur unverzüglichen Meldung von persönlichen Geschäften gab, wodurch auch die Verpflichtung zur Implementierung eines Systems zur unverzüglichen Unterrichtung für relevante Personen erfüllt wurde. Die Straferkenntnisse wurden daher behoben¹⁶.

Auch die Frage, ob die Regelungen über die Schaffung angemessener Vorkehrungen zur Verhinderung unzulässiger Mitarbeitergeschäfte (§ 24 Abs 1 und Abs 2 Z 2 WAG 2007) verfassungskonform sind, wurde an den Verfassungsgerichtshof (VfGH) herangetragen. Behauptet wurde, dass § 24 Abs 1 und Abs 2 Z 2 WAG 2007 die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf Gleichheit, die Unversehrtheit des Eigentums bzw. das Bestimmtheitsgebot nach Art 18 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) verletzen. Der VfGH zog die Bestimmungen jedoch nicht in Prüfung, sondern lehnte die Behandlung der Beschwerden unter Berufung auf seine ständige

¹⁵ BVwG vom 22.12.2014, W204 2000423; diesen letzten Vorwurf hob der VfGH in seiner Entscheidung vom 27.3.2015, Ra 2015/02/0025 aus formalen Gründen auf.

¹⁶ BVwG vom 11.08.2014, W210 2000417.

Rechtsprechung mangels hinreichender Aussicht auf Erfolg nach Art 144 Abs 2 B-VG ab¹⁷.

V. Anforderungen an den Umgang mit Interessenskonflikten, insbesondere die Trennung von Kunden- und Eigenhandel

Nach §§ 34, 35 WAG 2007 ist der Rechtsträger verpflichtet, für Interessenskonflikte zwischen ihm selbst, relevanten Personen, vertraglich gebundenen Vermittlern und Kunden einerseits sowie zwischen Kunden untereinander andererseits Vorkehrungen zu treffen und diese laufend anzuwenden. Dabei hat der Rechtsträger

- den Interessenskonflikt zu erkennen; d.h. Leitlinien für den Umgang mit potentiellen Interessenskonflikten zu erstellen.
- den Interessenskonflikt zu vermeiden; d.h. Verfahren und organisatorische Maßnahmen zur Vermeidung von Interessenskonflikten zu etablieren.
- den Interessenskonflikt offenzulegen; d.h. die Kunden informieren, wenn die vorher genannten Maßnahmen nicht ausreichen.

Bezogen auf den speziellen Interessenskonfliktfall Kunden- und Eigenhandel bedeutet das:

- Dieser Interessenskonfliktfall muss in den Leitlinien zum Interessenskonfliktmanagement behandelt und vom Compliance-Beauftragten in der Praxis kontrolliert werden.
- Es muss eine personelle Trennung zwischen Kunden- und Eigenhandel geben, denn nur so können potentielle Interessenskonflikte vermieden werden.
- Eine organisatorische und räumliche Trennung ist durchzuführen, wenn diese in Anbetracht des Geschäftsumfangs und in Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes notwendig ist.

1. Judikatur Trennung Kunden- und Eigenhandel

Bei einer Bank wurden entgegen der internen Leitlinie der Bank sowohl Kunden- als auch Eigenhandelstätigkeiten von Mitarbeitern der für den

¹⁷ VfGH vom 6.6.2013, B129/2013.

Kundenhandel zuständigen Gruppe vorgenommen. Darüber hinaus gab es keine räumliche Trennung der für Nostroveranlagung und Orderdurchführung zuständigen Gruppe von der für den Kundenhandel zuständigen Gruppe. Trotz Einschränkung der Berufung auf die Strafhöhe sprach der UVS Wien aus, dass die strikte Trennung (in separaten Vertraulichkeitsbereichen) von Kunden- und Eigenhandel Kernpunkt des WAG 2007 sei¹⁸.

Bei einer Bank waren die Stellen „Kundenhandel“ sowie „Market Making und Eigenhandel“ (MME) sowohl personell als auch räumlich nicht getrennt. Der einzige Mitarbeiter der Stelle MME nahm nämlich interimistisch auch die Position des Kundenhändlers wahr. Darüber hinaus übte ein geschäftsführender Direktor der Bank neben seiner Verantwortlichkeit für die Stelle „Kundenhandel“ interimistisch Eigenhandelstätigkeiten aus und war zudem im Bereich des „Private Banking“ in den Vertrieb an Kunden der Bank eingebunden.

Der UVS Wien sprach aus, dass durch die Konzentration der Vertraulichkeitsbereiche „Eigenhandel“ und „Kundenhandel“ bei einer Person Interessenskonflikte nicht hinreichend vermieden werden könnten¹⁹.

Bei einer Bank waren die beiden zum Bereich „Treasury“ gehörenden Abteilungen „Treasury Sales“ (Kundenhandel) und „Bankbuchsteuerung“ (Eigenhandel) zwar als eigene Vertraulichkeitsbereiche eingerichtet, saßen aber in einem gemeinsamen Großraumbüro. Darüber hinaus verwendeten alle Mitarbeiter des Bereichs „Treasury“ das System „Orderrouting“ und hatten dadurch Einsicht in alle Wertpapierorders der einzelnen Abteilungen.

Der UVS Wien sprach aus, dass durch die Nutzung eines gemeinsamen EDV-Systems, wodurch jeder Mitarbeiter der für Eigenhandel zuständigen Unterabteilung Maßnahmen aller Mitarbeiter der für Kundenhandel zuständigen Unterabteilung einsehen konnte, sowie durch die Unterbringung der Mitarbeiter dieser Unterabteilungen in ein- und demselben Großraumbüro die Anforderungen des § 35 WAG 2007 nicht einmal ansatzweise umgesetzt wurden. Der VwGH bestätigte die Rechtsansicht des UVS Wien. Er strich insbesondere hervor, dass ein gemeinsames EDV-System, das jedem Mitarbeiter ermöglicht, Maßnahmen aller anderen Mitarbeiter einzusehen, massiv

¹⁸ UVS Wien vom 24.10.2011, UVS-06/FM/40/4230/2011.

¹⁹ UVS Wien vom 12.3.2013, UVS-06/FM/40/4027/2012.

gegen die auf Basis von § 35 WAG 2007 erlassenen Leitlinien zur Schaffung und Trennung von Vertraulichkeitsbereichen verstoßen hätte²⁰.

In einem anderen Fall ging es um die Frage der Anwendung der von einer Bank aufgestellten Leitlinie „Interessenkonflikt-Policy“ zur personellen und organisatorischen Trennung von Kunden- und Eigenhandel.

Der UVS Wien und der VfGH kamen zum Schluss, dass angesichts des festgestellten Umfangs der Handelsaktivitäten der Bank in rund einem halben Jahr mit 781 Wertpapieraufträgen im Eigenhandel und 559 Wertpapieraufträgen im Kundenhandel und den dazu getätigten Umsätzen eine personelle und organisatorische Trennung eine angemessene und notwendige Maßnahme zur Verhinderung von Interessenskonflikten sei und diese auch so in der „Interessenkonflikt-Policy“ vorgesehen war, aber in der Bank nicht gelebt wurde²¹.

Bei einer anderen Bank ging es um die Umsetzung der Trennung von Kunden- und Eigenhandel. Obwohl die Trennung von Kunden- und Eigenhandel in der Leitlinie-Interessenskonflikte vorgesehen war und eigene Organisationseinheiten mit Zuständigkeit für jeweils Kundenhandel und Eigenhandel bestanden, wurden von ein- und denselben Personen, nämlich den Mitarbeitern der Abteilung Capital Market Trading, neben dem Eigenhandel auch Aufträge im Kundenhandel im Wege des XETRA-Systems an der Börse platziert. Wenn Mitarbeiter, die Tätigkeiten im Bereich des Eigenhandels ausführen, auch im Bereich des Kundenhandels tätig werden und umgekehrt, liege keine persönliche Trennung vor. Nur durch eine persönliche Trennung könne das Entstehen von Interessenskonflikten in einer Person ausgeschlossen werden²².

Auch die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 35 Abs 1, 2 und 3 WAG 2007 über den Umgang mit Interessenskonflikten wurde beim VfGH angeregt. Der VfGH eröffnete ein Gesetzprüfungsverfahren und

²⁰ UVS Wien vom 11.12.2013, UVS-06/FMV/46/9269/2013; VfGH vom 23.5.2014, Zl. Ro 2014/02/0040.

²¹ UVS Wien vom 16.12.2013, UVS-06/FM/29/4879/2012; VfGH vom 14.2.2014, Ro 2014/02/0054.

²² UVS vom 28.10.2011, UVS-06/FM/29/7367/2010; die Entscheidung des VfGH über die Revision steht noch aus.

urteilte, dass die Bestimmungen nicht dem Bestimmtheitsgebot des Art 18 B-VG und des Art 7 EMRK widersprechen.

Der VfGH führte in seinem Erkenntnis auf Seite 38 wie folgt aus: „Die Bestimmungen richten sich an eine Personengruppe, von der angenommen werden kann, dass sie nicht nur weiß, was unter dem Begriff des Interessenkonflikts zu verstehen ist und unter welchen Umständen Interessenkonflikte einerseits zwischen dem Rechtsträger und den Kunden des Rechtsträgers sowie andererseits zwischen den Kunden untereinander auftreten können; die betroffenen Personen wissen auch, welche Verfahren und Maßnahmen zu ergreifen sind, die typischerweise geeignet sind, Interessenkonflikte erfolgsversprechend zu vermeiden.

Davon ausgehend kann der betroffenen Personengruppe auch unterstellt werden, dass sie bei der Festlegung und laufenden Anwendung der von § 35 Abs 1 WAG 2007 geforderten Leitlinien beurteilen kann, welche (geeigneten) Verfahren und Maßnahmen der "Größe und Organisation" des Rechtsträgers sowie "der Art, des Umfangs und der Komplexität seiner Geschäfte" angemessen sind. Der Gesetzgeber hat in den Bestimmungen des § 35 Abs 1 WAG 2007 (in Übereinstimmung mit Art 13 und Art 18 der Richtlinie 2004/39/EG und Art 22 der Richtlinie 2006/73/EG) diese Beurteilung der Angemessenheit bewusst den betroffenen Rechtsträgern überlassen. Im Übrigen ergibt sich [...] schon aus den allgemeinen Bedingungen der Strafbarkeit, dass solche Verfahren und Maßnahmen nur im Rahmen des Zumutbaren gefordert werden können“²³.

VI. Anforderungen an Eignung und Angemessenheit von Wertpapierdienstleistungen

Die Einholung von Informationen über Kenntnisse und Erfahrungen, finanzielle Verhältnisse und Anlageziele des Kunden hängt nach § 43 ff WAG 2007 von der Art der Dienstleistung ab. Die höchsten Anforderungen gibt es für die Dienstleistungen der Anlageberatung und der Portfolioverwaltung; niedriger sind diese bei der Dienstleistung der Annahme und Übermittlung von Aufträgen, am niedrigsten beim Execution Only Geschäft.

Im Rahmen der Eignungsprüfung nach § 44 WAG 2007 muss der Rechtsträger anhand der Informationen des Kunden über seine Kenntnisse und Erfahrungen im Anlagebereich in Bezug auf den speziellen Typ des Pro-

²³ VfGH vom 28.6.2013, G10/2013.

duktes oder der Dienstleistung die finanziellen Verhältnisse und Anlageziele des Kunden bei Erbringung der Dienstleistung der Anlageberatung oder der Portfolioverwaltung prüfen, um festzustellen, ob ein Produkt für den Kunden geeignet ist. (Entspricht es den Anlagezielen des Kunden? Sind etwaige Risiken für den Kunden tragbar? Kann der Kunde die mit dem Produkt einhergehenden Risiken verstehen?)

Bei der Erbringung der Dienstleistung der Annahme und Übermittlung von Aufträgen muss der Rechtsträger im Rahmen der Angemessenheitsprüfung nach § 45 Abs 1 WAG 2007 feststellen, ob der Kunde aufgrund seiner Kenntnisse und Erfahrungen die Risiken im Zusammenhang mit der Art der angebotenen Produkte oder Dienstleistungen versteht. (Kann der Kunde die mit dem Produkt einhergehenden Risiken verstehen?) Andernfalls muss er den Kunden nach § 45 Abs 2 WAG 2007 warnen.

Keine Informationseinholung bzw. Bewertung der Kundeninformationen nach § 45 Abs 1 WAG 2007 ist bei Execution Only erforderlich, wenn folgende Voraussetzungen nach § 46 WAG 2007 vorliegen: Es handelt sich nicht um ein komplexes Produkt; die Dienstleistung wird auf Veranlassung des Kunden erbracht; der Kunde ist darüber aufgeklärt, dass der Rechtsträger keine Angemessenheitsprüfung durchführt; der Rechtsträger kommt seinen Verpflichtungen zur Vermeidung von Interessenskonflikten nach.

1. Judikatur Angemessenheit und Eignung

Eine Bank verwendete zur Einholung der Informationen hinsichtlich Kenntnissen und Erfahrungen des Kunden im Anlagebereich ein standardisiertes Formular. Dieses „Risikoprofil“ musste vom Kunden elektronisch über die Homepage des Unternehmens ausgefüllt werden. Die darin enthaltenen Fragen zu Kenntnissen und Erfahrungen des Kunden im Anlagebereich waren „Dummy-Fragen“, d.h. sie hatten informativen Charakter und wurden bei der Auswertung zur Einstufung in eine bestimmte Risikoklasse nicht berücksichtigt.

Der UVS Wien urteilte, dass keine ausreichende Angemessenheitsprüfung nach § 45 WAG 2007 vorlag, weil die abgefragten Informationen keine Auswirkung darauf hatten, mit welchen Finanzinstrumenten der Kunde über das Online-Portal handeln konnte²⁴.

²⁴ UVS vom 7.5.2013, UVS-06/FM/47/13024/2012; die Entscheidung des VwGH über die Revision steht noch aus.

In einem anderen Fall wurde bei der iPhoneApp einer Bank vor Entgegennahme von Wertpapierorders der gesetzlich zwingende Warnhinweis nicht angezeigt, dass das gewünschte Produkt nicht den bekannt gegebenen Informationen über Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden entspricht. Eine Verletzung der Anforderungen des § 45 WAG 2007 wurde sowohl vom UVS Wien als auch vom VwGH als erwiesen angenommen²⁵.

IV. Resümee

Die Aufsichtstätigkeit der FMA hat auch im Bereich des WAG 2007 die Bedeutung von Verhaltensregeln in das Bewusstsein der Geschäftsleiter gerückt. Compliance ist Chefsache geworden. Dies geht einher mit den Entwicklungen auf europäischer Ebene, wo Verhaltensregeln und die Regulierung von Schlüsselfunktionen in allen Aufsichtsbereichen unter dem Stichwort „good governance“ eine immer größer werdende Bedeutung erlangen.

Literaturverzeichnis

BRANDL ERNST/SARIA GERHARD (Hrsg), Kommentar zum Wertpapieraufsichtsgesetz 2007, Manz, 15. Lieferung, Wien 2015.

GRUBER MICHAEL/RASCHAUER NICOLAS (Hrsg), Wertpapieraufsichtsgesetz, Band 1 – Kommentar, LexisNexis ARD ORAC, Wien 2010.

Materialien

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 30.04.2015.

Bundesrecht Österreich, abrufbar unter: www.ris.bka.gv.at/Bundesrecht/Bundesrecht_konsolidiert.

ESMA Guidelines, abrufbar unter: www.esma.europa.eu/documents.

Judikatur österreichischer Gerichte, abrufbar unter: www.ris.bka.gv.at/Bundesrecht/Judikatur.

Rundschreiben der FMA und sonstige Materialien zum Thema Wohlverhaltensregeln und Compliance, abrufbar unter: www.fma.gv.at/Rechtliche_Grundlagen/Wohlverhaltensregeln_und_Compliance.

²⁵ UVS vom 7.5.2013, UVS-06/FM/47/13024/2012; VwGH vom 30.1.2015, Ra 2014/02/0116.

UK Financial Conduct Authority

Jamie Symington, London*

Table of Contents

I.	Background of the FCA	206
1.	FSA to FCA	206
2.	Prudential Regulation Authority	206
II.	FCA structure	206
1.	Authorisations	208
a.	Firm Authorisation	208
b.	Individual Authorisation	209
c.	New Senior Managers Regime	209
2.	Supervision Division	211
3.	Enforcement	213
a.	Identification of issues	213
b.	Whistle-blower's and complaints	214
c.	Formal Suspicious Activity and Suspicious Trading Reports	214
d.	How do we decide which cases to pursue?	214
e.	Enforcement Outcomes	217
III.	Example Case	218
IV.	The Future	219

* Director of Investigations, Enforcement and Financial Crime Division, Financial Conduct Authority (FCA), London. The text reproduces a presentation from 6 March 2015 with slight changes and additions.

I. Background of the FCA

1. FSA to FCA

The FSA came into existence in 1997 and gained specific statutory powers in 2001. It brought together at that time the functions of 8 different predecessor regulators, some of which were government bodies, some of which were self-regulating non-government institutions. The intention behind the FSA's creation was the creation a single regulator for all financial and prudential supervision. In 2013, due to perceived regulatory failure of the banks during the financial crisis of 2007-2008, the UK government decided to restructure the UK system for financial regulation – splitting the prudential and conduct oversight responsibilities between two new organisations. From 1 April 2013 the Financial Services Authority, was replaced by the Financial Conduct Authority and the Prudential Regulation Authority.

2. Prudential Regulation Authority

The PRA¹ is part of the Bank of England, and is responsible for the prudential regulation and supervision of: Banks, Building societies, credit unions, insurers and Major investment firms.

The PRA has three statutory objectives: To promote the safety and soundness of its regulated firms; and specifically for insurers, to contribute to the securing of an appropriate degree of protection for policyholders; and secondary to facilitate effective competition. There are also statutory requirements – Threshold Conditions – that firms must meet. These include firms maintaining appropriate capital and liquidity, and having suitable management. The PRA's approach to supervision does not seek to operate a «zero-failure» regime. Rather, the PRA seeks to ensure that a financial firm which fails does so in a way that avoids significant disruption to the supply of critical financial services.

II. FCA structure

The Financial Conduct Authority is a financial regulator that operates independently of the United Kingdom government. The FCA regulates financial

¹ This section taken directly from <<http://www.bankofengland.co.uk/pr/Pages/about/default.aspx>>.

firms that provide services to consumers or clients. It is responsible for maintaining the integrity of the UK's financial markets. Its focus is on the regulation of **conduct** by both retail and wholesale financial services firms.

It is structured as statutory company and is funded entirely by the firms that it regulates through charging firms fees to carry out their financial activities. How much they pay is calculated by reference to what type of business they are and the activities they carry out. The FCA is accountable to the UK Treasury – which is responsible for the UK's financial system – and Parliament. However, it operates as an independent body and does not receive any funding from Government.² The FCA regulates a wide range of financial businesses including:

- Stockbrokers;
- Fund managers (including hedge-funds);
- Foreign Exchange, derivatives dealers and trading platforms;
- Corporate finance and private equity houses;
- Financial advisers and arrangers;
- Banks (i.e. deposit takers);
- Insurers; and
- more recently Consumer Credit firms, including pay-day lenders & pawnbrokers.

The FCA has an overarching strategic objective, set by statute, to *ensure that the relevant markets function well*. It also has three operational objectives, these are:

1. Securing an appropriate degree of protection for consumers;
2. Protecting and enhancing the integrity of the UK financial system; and
3. Promoting effective competition in the interests of consumers.³

The FCA was only recently (1 April 2015) given the third objective – to promote effective **competition in the interests of consumers** in the markets we regulate. This duty, to promote effective competition, applies equally when we are addressing our consumer protection or market integrity objectives. What the competition duty means is that we must look to achieve our desired outcomes using solutions that promote competition regardless of which objective we are pursuing. As a matter of policy we will normally

² See <<http://www.fca.org.uk/about>>.

³ Financial Services Act 2012 Part 2, Section 1B (3), see <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/21/part/2/enacted>>.

choose the most pro-competitive measure open to us provided that is compatible with our duties as a whole.⁴ These objectives inform how the FCA prioritises particular issues and risks in addition to what action is taken in response.

The FCA has approximately 3'250 staff:⁵ Of these 433 are in the Enforcement Division, 1390 are in the various departments that make up the Supervision Division and 328 are in Authorisations. I'm now going to briefly outline the three key FCA areas in relation to the regulation of firms and individuals in the UK.

1. Authorisations

Firms and individuals can only conduct regulated financial service activities in the UK if they are authorised by the FCA to do so. The activities that require authorisation are set out in regulation⁶ and include such things as:

- accepting deposits;
- dealing, managing and advising on investments;
- arranging home finance activities;
- operating a multilateral trading facility; and
- advising on home finance activities.

The FCA has a dedicated Authorisations area that is responsible for vetting and approving applications from those seeking to undertake regulated activities – acting as the gatekeepers into the regulated financial industry.

a. Firm Authorisation

When firms apply for authorisation,⁷ or want to vary their permissions, they are assessed against the FCA's *threshold conditions*, which are the minimum standards all new entrants into the UK financial services market must meet. These include whether the firm:⁸

⁴ FCA, *The FCA's approach to advancing its objectives*, July 2013, p. 36, available at: <<http://www.fca.org.uk/static/documents/fca-approach-advancing-objectives.pdf>>.

⁵ As of 17 February 2015.

⁶ For the applicable regulations see: <<http://www.fca.org.uk/firms/about-authorisation/do-i-need-to-be-authorised>>.

⁷ FCA, (Fn. 4), p. 15 ff.

⁸ *Financial Conduct Authority Handbook, High Level Standards, The threshold conditions (COND 2)*, available at: <<http://fshandbook.info/FS/html/FCA/COND/2>>.

- Is capable of being effectively supervised by the FCA;
- Has the appropriate resource in relation to the regulated activities it seeks to undertake;
- Can satisfy the FCA's *fit and proper* requirement – having regard to all the circumstances; and
- Has a suitable business model in relation to the regulated activities it seeks to undertake.

The FCA's approach to assessing firms against these threshold conditions is focused on assessing the risk a new application poses to our statutory objectives. We will not authorise firms whose products and services pose a risk to consumers. In practical terms, Firms seeking authorisation must submit an application form to the FCA; specific to the type of activity they wish to undertake. This will then be assessed by an Authorisation's case officer, who may make further enquiries where necessary. For complex or unusual businesses the FCA will often ask the firm to attend a pre-application meeting to discuss their application before a decision is made.

b. Individual Authorisation

An «approved person»⁹ is an individual who has been approved by the FCA to perform one or more *controlled functions* on behalf of an authorised firm. The *controlled functions* include significant influence functions (SIFs), such as those carried out by a chief executive or director, in addition to customer facing functions. It is important that anyone performing SIFs or customer functions promotes a culture in firms that aims to deliver fair customer outcomes. Only individuals with the appropriate skills, capabilities and outlook will be approved by the FCA to hold these positions. The FCA works with firms to ensure they clearly define what approved persons are accountable for – the FCA sees individual accountability as key to reinforcing how we expect individuals and firms to act. If problems arise, accountability helps us to take appropriate action against approved persons.

c. New Senior Managers Regime

Going forward, we will soon be implementing a new regime for the authorisation of individuals. In June 2013 the UK Parliamentary Commission on Banking Standards published a Report – entitled *Changing banking for good* –

⁹ FCA (Fn. 4), p. 15 ff.

outlining the significant reform it felt was required to improve standards across the UK banking industry. The report was in response, in part, to the misconduct scandals such as LIBOR that had generated significant public anger towards to financial industry.

One of the recommendations from this report was the creation of a new *Senior Persons Regime* to replace the current system of authorisations for deposit-taking institutions (i.e. banks). The key features of this new regime will include the following:

- Senior Persons will, as before, require approval by the FCA and the PRA before taking up a new post.
- Senior Persons will be required to formally accept a written *Statement of Responsibilities* which sets out their role. This will ensure that a named individual is accountable for each key risk in their businesses, and will help the FCA hold these individuals to account in the event of failure.

The new regime would only include the most senior individuals within deposit-taking institutions – with the existing Approved Persons Regime to continue to apply to all non-deposit-taking entities.¹⁰ In addition to the Senior Persons Regime there will also be a *Licensing regime* based on a set of Individual Standards Rules which will apply to much wider population of employees than are covered by the current Approved Persons Regime. The key features of this licencing regime will be:

- A set of Individual Standards Rules which would apply not just to Senior Persons but to a wider population of employees.
- The availability of the FCA’s full range of enforcement powers against a broader range of bank employees.
- No requirement for pre-approval by the FCA or PRA for individuals solely covered by the Individual Standards Rules; with the Banks required to take more responsibility for the vetting and conduct of a wider range of their staff.¹¹

¹⁰ Individuals holding posts that oversee both deposit-taking and non-deposit-taking institutions within a banking group may be subject to both the new Senior Persons Regime and the existing Approved Persons Regime. There may also be people who perform the same role in different institutions, but are subject to different regimes depending on the permissions of their employer.

¹¹ Financial Conduct Authority, *The FCA’s response to the Parliamentary Commission on Banking Standards*, October 2013, p. 6, available at: <<http://www.fca.org.uk/static/documents/pcbs-response.pdf>>.

2. Supervision Division

The FCA regulates over 76'000 firms. This is made up of approximately:

- 23'000 firms solely regulated (for both prudential and conduct issues) by the FCA. These are firms that are deemed to be of limited systemic importance and include: personal investment firms, investment management firms and mortgage or insurance intermediaries;
- 2'000 firms purely for conduct of business issues. These firms, deemed to be systemically important, are prudentially regulated by the PRA and conduct regulated by the FCA. They include banks, building societies, credit unions and general and life insurers;
- 1'000 firms regulated under other legislation. These are electronic money institutions and payment institutions; and
- Post-1 April 2014 over 50'000 firms that offer consumer credit, loans or debt services.¹²

The FCA's Supervision division has four sub-divisions and three main specialist departments. The sub-divisions are: Retail banking, wholesale banking & investment management, mortgages & consumer lending and long-term savings & pensions. The specialist departments are: General Insurance & Protection, Event Supervision and Prudential supervision & specialists.

FCA Supervisors are required to regularly assess firm conduct. We vary the intensity and frequency of the assessment based on the firm's nature and size and the associated risk the firm poses to the FCA's objectives. Firms are categorised depending on the size and impact of the relevant firm. Those firms with the largest number of retail customers and wholesale firms with the most significant market presence have the highest level of regulatory interaction:¹³ This includes:

- A business model and strategy analysis every two years;
- Regular meetings between FCA supervisors, senior management, Board members, key control functions and external auditors;
- Regular reviews of management information;
- An annual strategy meeting between FCA senior management and the firms CEO and executives;

¹² See <<http://www.fca.org.uk/firms/firm-types/consumer-credit>>.

¹³ Financial Conduct Authority, *The FCA's Approach to Supervision for C1 groups*, March 2014, *passim*, available at: <<http://www.fca.org.uk/static/documents/corporate/approach-to-supervision-c1-guide.pdf>>.

- One or two *deep dive* assessments during each annual assessment cycle;
- An annual firm evaluation, explained in a letter to the firm and presentation to the Board; and
- Participation in thematic reviews and market studies.

At the other end of the spectrum are firms with a small number of customers and limited market presence. They are supervised with a sector-based approach, with significantly less frequent firm-specific engagement. These firms can expect the following regulatory interaction:¹⁴

- Ongoing supervision by sectoral analysis and thematic reviews.
- Regular baseline monitoring of regulatory returns.
- Four-yearly assessment via a phone or face-to-face interview, an online assessment, or a combination of these.
- Further firm-specific work where risks are identified.

Supervision works with firms on an ongoing basis to ensure compliance with our rules and to address and mitigate both crystallised and perceived risk. Supervisors use a range of tools to uncover, prioritise and address these risks.

- *Risk Ranking Tools* where issues are captured in a central database that then applies an algorithm to rank the relative risk of a particular issue or sector. This ranking is then used to assist in the prioritisation of matters.
- *Mystery shopping* to measure customer service processes. This involves FCA staff acting as potential customers to assess the customer service of firms. When we have completed a mystery shopping exercise we feed back the findings to the relevant industry including examples of good and poor practice.
- *Skilled Persons Reports* s166 of FSMA allows the FCA to require an authorised firm to appoint, and fully cooperate with, a third-party «skilled person» to produce a report into any relevant matter. These reports can, and often do, lead to formal enforcement investigation if the findings suggest wrongdoing.

¹⁴ Financial Conduct Authority, *The FCA's Approach to Supervision for C4 firms*, March 2014, *passim*, available at: <<http://www.fca.org.uk/static/documents/corporate/approach-to-supervision-c4-guide.pdf>>.

- There are also thematic, specialist and project-based Supervision teams that engage with different firms depending on their particular focus at any one time.

3. Enforcement

The job of enforcement is to help the FCA change industry behaviour by making it clear that there are real and meaningful consequences for those firms or individuals who do not play by the rules. We use a wide range of Enforcement powers – criminal, civil and regulatory – to protect consumers and market integrity and we take action against firms or individuals that do not meet our standards.

a. Identification of issues

Enforcement cases are identified through a number of channels including:

- Supervisory visits to firms – either as part of regular Supervision program or as part of a thematic review;
- Information self-reported by firms: UK regulated firms are required to deal with the FCA in an open and cooperative way, and must disclose anything relating to the firm «of which the FCA would reasonably expect notice»;¹⁵
- S166 Skilled Persons reports;
- Transaction monitoring;
- Whistle-blowers;
- Consumer and/or public complaints;
- Media reports; and
- Formal Suspicious Activity and Suspicious Trading Reports.

Issues, where they arise, are generally escalated through Supervision. After this, supervisors and Enforcement staff will consider the issue jointly before a decision is made on whether to formally *refer* the matter to Enforcement for investigation.

¹⁵ Financial Conduct Authority Handbook, High Level Standards, The Principles (PRIN 2.1), available at: <<http://fshandbook.info/FS/html/FCA/PRIN/2/1>>.

b. Whistle-blower's and complaints

The FCA has a dedicated team that deals with whistleblowing information with a specific email address and telephone line for workers who want to report concerns relating to their employer. The Whistleblowing team acts to protect the identity of whistle-blowers and ensure whistle-blowers are dealt with following strict procedures.

The Whistleblowing team has recently been expanded and deals with an increasingly large number of contacts – from 276 contacts in 2009 to 1'376 in 2014.¹⁶ Not all whistleblowing contacts or public complaints lead to investigations and each complaint is first assessed by the relevant Supervisor to determine whether further enquiry is warranted.

c. Formal Suspicious Activity and Suspicious Trading Reports

In relation to Market Abuse cases, these are most often generated through Suspicious Activity Reports and Suspicious Trading Reports. These reports are submitted by firms – who are required to do so under our rules.¹⁷ The FCA currently receives approximately 1'500 such reports each year. These are triaged within our Market Conduct area and, as a result of these reports, a number of enquiries are opened within Market Conduct. These supervisory enquiries result in approximately 20 enforcement investigations each year – although I note that these investigations vary considerably in size and scope.

d. How do we decide which cases to pursue?

We attempt to ensure that Enforcement outcomes support the objectives of the FCA as a whole and deliver messages that support our priorities and goals. Our enforcement approach is focused on achieving **cultural change** by ensuring firms put consumers at the heart of their businesses. This has led to the development of three overarching Enforcement priorities:

¹⁶ Financial Conduct Authority, How we handle disclosures from whistleblowers, February 2015, p. 2, available at: <<https://www.fca.org.uk/static/documents/how-we-handle-disclosures-from-whistleblowers.pdf>>.

¹⁷ STR regime has been operational since 2003, with STRs being mandated by Article 6(9) of the Directive 2003/6/EC – transposed into the Financial Conduct Authority Handbook, Regulatory Processes, SUP 15.10, Reporting suspicious transactions (market abuse), available at: <<http://fshandbook.info/FS/html/FCA/SUP/15/10>>.

- Ensuring firms *do as they say they will* and are honest and upfront with the FCA;
- Taking strong action against repeat-offenders and/or firms that are consistently under-performing; and
- Taking action against senior individuals at firms where misconduct has occurred.

Under these overarching Enforcement priorities we have a number of more specific joint-priorities with particular Supervision areas. For example, in relation to one of the areas for which I am responsible, Wholesale banking and investment management, our agreed priorities are addressing:

- Conflicts of interest in investment banks – making sure firms control the conflicts of interest that can exist between their obligations to clients and sales and the trading positions they take;
- Controls over flows of information in investment banks – making sure firms ensure that the confidential information they receive in one part of the business is not used by another part in an abusive way;
- Market abuse controls;
- Trader controls around benchmarks; and
- Ensuring that asset managers are acting as good agents and taking proper account of investor interests.

Cases that meet one or more of these priorities will be more likely to be enforced against. However, I would note that particularly egregious conduct will be considered for referral regardless of whether it meets a specific priority. One of our current key priorities is making boards and senior people at firms accountable for misconduct. There is great determination at the FCA to make clear to those at the top of firms that, by their accepting their jobs, and the significant financial rewards that come with them, they take on personal accountability – both for the decisions they make and for the culture they create within the businesses they lead. «Our focus across all elements of our business is on ensuring individuals understand and take responsibility for their actions.»¹⁸

The Enforcement division has two *Vetting* teams, one for Retail and one for Wholesale, whose role is to determine which cases are referred for en-

¹⁸ MCDERMOTT TRACEY, *Learning the lessons of the past as an industry*, speech delivered at the FCA's Enforcement Conference in London, published 2 December 2014, available at: <<http://www.fca.org.uk/news/learning-the-lessons-of-the-past-as-an-industry>>.

enforcement action. These teams are responsible for looking at the case pipeline strategically and recommending cases for referral that support the organisation's strategic priorities. The teams also provide the first level of challenge and assessment for potential Enforcement cases. The decision making on particular cases involves stakeholders from across the organisation and takes into account:

- The statutory test for referral – «circumstances to suggest» misconduct;¹⁹
- Supervisory priorities and strategy – both at that individual firm level and at an industry wide level;
- Resourcing considerations;
- The messaging and deterrence value of the particular case; and
- Avenues for action by other agencies (e.g. Serious Fraud Office or Local Police).

Certain situations allow for a choice of regulatory response. For example, where we find cases of Market Abuse (s118) the FCA has both criminal and regulatory powers. In general, regulatory cases are faster and less resource intensive. However, criminal cases have obviously greater deterrent effect. A decision on which response is most appropriate in these situations will include consideration of:

- The seriousness of the misconduct;
- The resourcing implications;
- The timeframe for any public outcome; and
- The number of similar cases in the referral pipeline or already enforced against.

The Enforcement Process can be very broadly broken up into three stages: The *referral stage* where the parameters of an investigation/case are decided – the Vetting teams have a key role to play here. The *Enforcement investigation* itself and often, but not always, an investigation will ultimately lead to an *outcome*. Once a referral has been made, the Enforcement investigation team will commence a formal investigation – appointing investigators under statute. Opening an Enforcement investigation, and appointing investigators, allows us to use additional statutory powers. The most important of these is the power to:

- Compel third-parties to produce documents;

¹⁹ Section 168 Financial Services and Markets Act 2000, available at: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/section/168>>.

- Compel third-parties to attend for interview; and
- Execute search warrants on criminal cases where appropriate.

This ability to compel documents and interviews applies to anyone with relevant information – not just those within the regulated financial industry.

e. Enforcement Outcomes

Where we find poor practice, we use our enforcement powers to deter firms and individuals from wrongdoing – making it clear that there are real and meaningful consequences for misconduct. The FCA has a range of penalties available. These include:

- Withdrawing or restricting a firm's authorisation;
- Prohibiting individuals from carrying on regulated activities;
- Suspending firms or individuals from undertaking regulated activities;
- Fining firms or individuals who breach our rules or commit market abuse;
- Applying to the Court for injunctions and restitution orders and
- Bringing criminal prosecutions to tackle financial crime, such as insider dealing or unauthorised business.

One of the key trends of recent years has been a very significant increase in the level of fines imposed by the FCA.²⁰ This trend reflects a deliberate strategy to impose more meaningful fines with greater deterrent effect. The FCA wants to ensure that fines change conduct and culture and are not just seen as part of the cost of doing business.

To give you an idea of what outcomes are achieved, between April 2013 and April 2014 (The UK Financial Year) Enforcement obtained the following outcomes:

- 39 fines totalling £1.47bn: 26 firms (£1.4bn) and 13 individuals (£2.9m);
- 25 prohibitions;
- 2 insider dealing convictions and 2 UBD convictions;
- 1'248 whistle-blower cases – 34% more whistle-blower cases than 2013;
- 11 confiscation orders totalling over £5.7m; and
- 33 early interventions.

²⁰ For an overview see: <<http://www.fca.org.uk/firms/being-regulated/enforcement/fines>>.

III. Example Case

I thought it may be useful to run through an example of a case where FINMA and the FCA worked quite closely together – to demonstrate how cases are dealt with within the FCA.

On 14 September 2011 UBS became aware that substantial unauthorised trading had been carried out in the London Branch of UBS's Investment Bank. In response, UBS informed the FSA and FINMA and took urgent action to close out the relevant positions. As a result, UBS incurred losses of US \$ 2.3 billion. On that same day the rogue trader, Kweku Adoboli, was arrested by City of London Police.

On 22 September 2011, following consultation, the FSA and FINMA requested that UBS appoint KPMG to conduct an independent investigation into the circumstances surrounding the unauthorised trading. The resulting review found that Adoboli's loss making positions were concealed by the use of fictitious off-setting trades which gave the false appearance of being profitable. KPMG identified significant control breakdowns at UBS. In summary KPMG found that:

- Front office supervision was inadequate with unclear lines of responsibility for desk supervision and reported desk limit breaches not adequately acted upon by line management;
- The level of cooperation and coordination between front and back office was inadequate- leading to a lack of sufficient enquiry and clarity of accountability between functions; and
- The back office functions demonstrated a lack of capability to effectively identify, challenge and escalate significant and sustained control issues.

In addition to the KPMG report the FCA:

- Reviewed transcripts of interviews undertaken by KPMG;
- Reviewed UBS disciplinary material in relation to a number of employees; and
- Together with FINMA conducted interviews of Mr Adoboli's direct line management along with senior management of the London Branch of the Investment bank.

As a result of this investigation the FCA and FINMA publicly settled with UBS on 26 November 2012, with the FCA fining UBS £29.7m for *significant control breakdowns* – the then third-largest fine in the FCA's history. FINMA, not having the power to fine firms, appointed an independent investigator

to make sure that UBS put corrective measures in place and implemented them fully going forward. Kweku Adoboli was separately convicted of two counts of fraud by abuse of position and sentenced to seven years imprisonment.

IV. The Future

To close I wanted to give you a brief overview of where UK financial regulation is heading and the changes that are in motion. As discussed previously the UK Parliamentary Commission on Banking Standards published a Report outlining the significant reform it felt was required to improve standards across the UK banking industry. This report made a number of Key recommendations including:²¹

- A new Senior Persons Regime and Licencing Regime;
- A new criminal offence for Senior Persons of reckless misconduct in the management of a bank, carrying a custodial sentence;
- A new remuneration code to better align risks taken and rewards received by those working in the regulated financial services industry – with more remuneration to be deferred and for longer; and
- A new power for the FCA to cancel all outstanding deferred remuneration, along with unvested pension rights and loss of office or change of control payments, for senior bank employees in the event of their banks needing taxpayer support.

The FCA is currently in the process of implementing these changes which have the potential to significantly change the way we operate.

²¹ The full report is available at: <<http://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/joint-select/professional-standards-in-the-banking-industry/news/changing-banking-for-good-report/>>.