

Susan Emmenegger / Thirza Döbeli / Mirjam Fritschi

Sind Bankverträge über unversteuerte Vermögenswerte gültig?

Das Geschäft mit unversteuerten Vermögenswerten ist für Schweizer Banken zum Risikofaktor geworden. Sie reagieren deshalb zunehmend mit Transferbeschränkungen auf den Fall, dass vom Kunden kein Steuerkonformitätsnachweis beigebracht wird. Die Zulässigkeit einer solchen Massnahme hängt mit der Frage zusammen, ob Bankverträge über unversteuerte Vermögenswerte gültig sind. Der Beitrag widmet sich dieser Gültigkeitsfrage und möchte im gleichen Zug einen Beitrag zur Dogmatik von Art. 20 OR leisten.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Obligationenrecht; Bankrecht; Steuerrecht; Einziehung, Geldwäscherei, mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften und Melderecht, (Straf-)Bestimmungen des Geldwäschereigesetzes (GwG), Kriminelle Organisation

Zitiervorschlag: Susan Emmenegger / Thirza Döbeli / Mirjam Fritschi, Sind Bankverträge über unversteuerte Vermögenswerte gültig?, in: Jusletter 31. August 2015

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 - A. Kontext
 - B. Gang der Untersuchung
 - C. Beurteilungszeitpunkt
- II. Widerrechtlichkeit
 - A. Begriff
 - B. Wissen der Bank um den Steuerstatus
 - C. Mögliche Konstellationen
 - 1. Geldwäscherei
 - 1.1. Strafbares Handeln der Bank
 - 1.2. Beurteilung der Widerrechtlichkeit
 - 1.3. Fazit: Widerrechtlichkeit
 - 2. Steuerbetrug
 - 2.1. Strafbares Handeln der Bank
 - 2.2. Beurteilung der Widerrechtlichkeit
 - 2.3. Fazit: Keine Widerrechtlichkeit
 - 3. Steuerhinterziehung
 - 3.1. Strafbares Handeln der Bank
 - 3.2. Beurteilung der Widerrechtlichkeit
 - 3.3. Fazit: Keine Widerrechtlichkeit
 - 4. Gewährsverletzung
 - D. Rechtsfolgen bei feststehender Widerrechtlichkeit
 - 1. Geldwäscherei: Nichtigkeit
 - 2. Steuerstrafrecht: Keine Nichtigkeit
 - 3. Gewährsverletzung: Keine Nichtigkeit
 - E. Fazit
- III. Sittenwidrigkeit
 - A. Begriff
 - 1. Standardformel für Binnensachverhalte
 - 2. Standardformel bei Verletzung ausländischen Rechts
 - B. Wissen der Bank um den Steuerstatus
 - C. Mögliche Konstellationen bei inländischen Steuerdelikten
 - 1. Steuerdelikt als einziger Vertragszweck
 - 2. Weitere Konstellationen aufgrund eines Wertewandels?
 - 3. Fazit: Sittenwidrigkeit nur bei einzigem Vertragszweck
 - D. Mögliche Konstellationen bei ausländischen Steuerdelikten
 - 1. Steuerdelikt als einziger Vertragszweck
 - 2. Weitere Konstellationen aufgrund eines Wertewandels?
 - 3. Weitere Konstellationen aufgrund einer inländischen Widerrechtlichkeit?
 - 4. Fazit: Sittenwidrigkeit nur bei einzigem Vertragszweck
 - E. Die Bedeutung von Art. 19 IPRG
 - 1. Voraussetzungen
 - 2. Beschränkte Relevanz bei der Gültigkeitsfrage
 - F. Fazit
- IV. Ergebnis

I. Einleitung

A. Kontext

[Rz 1] Die durch die Finanzkrise ins Rollen gebrachten internationalen Entwicklungen im Bereich der Bekämpfung von Geldwäscherei und Steuerkriminalität haben die Vertragsbeziehungen

zwischen den Schweizer Banken und ihren ausländischen Kunden grundlegend verändert. Die Annahme und Verwaltung von unversteuerten Vermögenswerten beinhalten heute ernstzunehmende Risiken. Entsprechend sind viele Banken dazu übergegangen, von Kunden aus gewissen Ländern einen Steuerkonformitätsnachweis zu verlangen und bei Fehlen desselben den Transfer von Vermögenswerten in unterschiedlichem Masse zu beschränken.¹ Auch gegenüber inländischen Kunden verlangen die Banken vermehrt den Nachweis der Steuerkonformität,² wobei sich diesbezüglich die Tendenz (noch) nicht in Transferbeschränkungen niederschlägt.

[Rz 2] Im Kontext solcher bankseitiger Transferbeschränkungen stellt sich in einem ersten Schritt die Frage, ob der Bankkunde einen vertraglichen Anspruch auf die weisungskonforme Ausführung seiner Aufträge hat. Das wiederum setzt voraus, dass Bankverträge³ über unversteuerte Vermögenswerte gültig abgeschlossen werden können. Der vorliegende Beitrag ist dieser Frage gewidmet; er will gleichzeitig einen Beitrag zur Dogmatik von Art. 20 des Obligationenrechts (OR) leisten.

B. Gang der Untersuchung

[Rz 3] Die Frage nach der Gültigkeit von Bankverträgen über unversteuerte Vermögenswerte betrifft sowohl inländische als auch grenzüberschreitende Sachverhalte. Der vorliegende Beitrag geht – vereinfachend – von folgendem Begriffsverständnis aus: Inländische- oder Binnensachverhalte liegen vor, wenn der Kunde in der Schweiz steuerpflichtig ist. Grenzüberschreitende Sachverhalte sind solche, bei denen der Kunde im Ausland steuerpflichtig ist. Im Regelfall fällt die Steuerpflicht mit dem Wohnsitz des Bankkunden zusammen. Eine gewichtige Ausnahme besteht mit Blick auf die USA und ihrem Prinzip der weltweiten Besteuerung von US Persons. Ein Bankvertrag mit einer US Person fällt in diesem Beitrag auch bei Vorliegen eines Wohnsitzes in der Schweiz unter die grenzüberschreitenden Sachverhalte.

[Rz 4] Sowohl auf Binnenverträge als auch auf grenzüberschreitende Bankverträge ist grundsätzlich schweizerisches Recht anwendbar.⁴ Deren Gültigkeit beurteilt sich daher in beiden Fällen nach schweizerischem Obligationenrecht, namentlich nach Art. 20 OR.⁵ Nach dieser Norm sind Verträge mit unmöglichem, widerrechtlichem oder sittenwidrigem Inhalt nichtig. Ein Verstoss gegen die schweizerische Rechtsordnung ist einerseits unter dem Titel der Widerrechtlichkeit (dazu II.) und andererseits unter dem Titel der Sittenwidrigkeit zu prüfen, ein solcher gegen ausländisches Recht dagegen unter dem Titel der Sittenwidrigkeit, wobei in diesen Fällen auch Art. 19 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) zu beachten ist (dazu III.).

¹ So blockierten anfangs Jahr Tessiner Banken im Hinblick auf die verschärfte Geldwäschereigesetzgebung in Italien (Inkrafttreten des Gesetzes 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.» [abrufbar unter: www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2014/12/17/14G00197/sg; alle Internetquellen zuletzt besucht am 3. Juli 2015] am 1. Januar 2015) die Konten all jener italienischer Kunden, von denen keine Erklärung hinsichtlich der ordnungsgemässen Besteuerung der Guthaben vorlag. «Che succede con i conti italiani» titelte die Tessiner Tagesschau am 3. Februar 2015.

² Z.B. verfolgt die Basler Kantonalbank mit einer konsequenten Weissgeldstrategie (abrufbar unter: <http://gb.bkb.ch/strategie/weissgeldstrategie/>) das Ziel, bis Ende 2015 nur noch steuerkonforme Kunden im Inland und Ausland zu bedienen.

³ Verstanden als Oberbegriff für die verschiedenen Verträge, welche ein Bankkunde mit seiner Bank abschliesst, wie etwa Bankkontovertrag, Depotvertrag und/oder Vermögensverwaltungsvertrag.

⁴ Art. 116 IPRG (Rechtswahl) bzw. Art. 117 Abs. 2 i.V.m. Art. 117 Abs. 3 lit. b oder c IPRG (engster sachlicher Zusammenhang).

⁵ Zu Art. 19 IPRG siehe hinten III./E.

C. Beurteilungszeitpunkt

[Rz 5] Sowohl für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit als auch der Sittenwidrigkeit wird auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt.⁶ Somit haben allfällige Widerrechtlichkeits- und Sittenwidrigkeitsgründe hinsichtlich der Bankverträge über unversteuerte Vermögenswerte bereits bei Vertragsschluss vorzuliegen.

[Rz 6] Tritt nach Vertragsschluss eine Widerrechtlichkeit oder Sittenwidrigkeit ein, so liegt kein Inhaltmangel im Sinne von Art. 20 OR vor; ein solcher Vertrag ist vielmehr unter inhaltlichen Gesichtspunkten gültig zustande gekommen. Einzig seine Erfüllung wird aufgrund der neuen Rahmenbedingungen verhindert. Diese Konstellation wird – je nach Einzelfall – unter dem Titel der nachträglichen Leistungsunmöglichkeit (Art. 97, 119 OR) oder unter dem Gesichtspunkt der Vertragsanpassung gemäss der *clausula rebus sic stantibus* abgehandelt. Die nachträglich eingetretene Widerrechtlichkeit oder Sittenwidrigkeit der Erfüllungshandlung eines gültig abgeschlossenen Bankvertrags bildet nicht Gegenstand der vorliegenden Ausführungen; diese Fragen werden an anderer Stelle vertieft behandelt.⁷

II. Widerrechtlichkeit

[Rz 7] Ein Vertrag ist widerrechtlich i.S.v. Art. 20 OR, wenn er gegen schweizerische Rechtsnormen verstösst. Im Kontext von Bankverträgen über unversteuerte Vermögenswerte steht als Verbotsnorm zunächst Art. 305^{bis} revStGB (Geldwäscherei) in der Tatbestandsvariante der qualifizierten Steuervergehen im Vordergrund.⁸ Sodann ist ein Verstoss gegen die Steuerstrafbestimmungen⁹ denkbar. Auf die einschlägigen Normen des geltenden Rechts¹⁰ (Steuerbetrug gemäss Art. 186 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer [DBG] bzw. Beihilfe nach den allgemeinen Regeln sowie Steuerhinterziehung und Beihilfe dazu gemäss Art. 175 Abs. 1 DBG i.V.m. Art. 177 Abs. 1 DBG) ist daher nachfolgend im Einzelnen einzugehen.

[Rz 8] Verstösse gegen die genannten Rechtsnormen können einerseits «einzig» vom Kunden und andererseits sowohl vom Kunden als auch von der Bank begangen werden. Was allfällige Verstösse seitens der Bank anbelangt, ist bereits hier anzumerken, dass diese in erster Linie nicht von der Bank selbst, sondern von deren Mitarbeitenden begangen werden. Ob die Bank (als juristische Person) dafür anstelle oder zusätzlich zum jeweiligen Mitarbeitenden strafrechtlich verantwortlich

⁶ Siehe nur CLAIRE HUGUENIN, Art. 19–21 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2011, N 16 und 35 zu Art. 19/20 OR, m.w.N.

⁷ Siehe dazu SUSAN EMMENEGGER/RAHEL GOOD, Der Einfluss ausländischer (Steuer-)Regulierung auf die Bank/Kunden-Beziehung: Welche Rechte haben Abschleicher?, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Verhaltensregeln, Basel 2015, IV./2. sowie V.

⁸ Siehe dazu hinten II./C./1.

⁹ Der Beitrag fokussiert auf die Fiskaldelikte bei den Einkommens- und Gewinnsteuern gemäss DBG. Nicht thematisiert werden daher weitere Delikte, insbesondere solche im Bereich der indirekten Steuern (z.B. Art. 14 VStrR).

¹⁰ Das Steuerstrafrecht befindet sich derzeit in Revision, siehe den Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Vereinheitlichung des Steuerstrafrechts vom Frühjahr 2013, den Erläuternden Bericht vom 29. Mai 2013 sowie den Vernehmlassungsergebnisbericht vom Mai 2014, alle abrufbar unter: www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2013.html#EFD. Die Botschaft soll per Ende 2015 vorliegen, siehe Medienmitteilung des Bundesrates vom 2. Juli 2014, abrufbar unter: www.efd.admin.ch/00468/index.html?lang=de&msgid=53655. Der vorliegende Beitrag bespricht das geltende Recht. Auf Änderungsvorschläge der Revisionsvorlage wird punktuell an geeigneter Stelle hingewiesen.

gemacht werden kann, ist vom Vorliegen weiterer Voraussetzungen abhängig. Diese ergeben sich bezüglich Geldwäscherei aus Art. 102 Abs. 2 des Strafgesetzbuches (StGB), betreffend Steuerbetrug aus Art. 102 Abs. 1 StGB und hinsichtlich Steuerhinterziehung aus Art. 181 Abs. 2 DBG.¹¹ Nachdem der vorliegende Beitrag einer zivilrechtlichen Perspektive folgt und der Fokus daher auf dem Vertragsverhältnis zwischen der Bank (als juristische Person) und ihrem Kunden liegt, wird im Folgenden vereinfachend auch dann von «Handeln der Bank» gesprochen, wenn ein strafbares Verhalten seitens eines Bankmitarbeitenden in Frage steht. Denn aus zivilrechtlicher Sicht wird dessen Verhalten der Bank zugerechnet und wirkt sich damit unmittelbar auf den Vertrag aus. Gleiches gilt in Bezug auf den Terminus «Wissen der Bank».

A. Begriff

[Rz 9] Nach Art. 20 OR ist ein Vertrag, der einen widerrechtlichen *Inhalt* hat, nichtig. Der Begriff des widerrechtlichen *Vertragsinhalts* i.S.v. Art. 20 OR ist nach der Standardformel des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre in einem weiten Sinn zu verstehen. Die Standardformel besagt, dass ein Vertrag dann widerrechtlich i.S.v. Art. 20 OR ist, 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.¹² Zum Vertragsinhalt gehören nebst dem Vertragsgegenstand folglich auch der Vertragsabschluss und der Vertragszweck. Mit dem *Gegenstand* des Vertrags ist die vereinbarte Leistung oder die Modalität ihrer Erbringung gemeint.¹³ Der *Abschluss* des Vertrags ist dann widerrechtlich, wenn nicht die Leistung an sich, sondern die Verpflichtung darüber betroffen ist.¹⁴ Bezüglich des widerrechtlichen Vertragszwecks wird gemeinhin vom *gemeinsamen mittelbaren Zweck* gesprochen.¹⁵ Für das Vorliegen eines solchen genügt beidseitig gewolltes Handeln auch nur einer Partei gegen eine zwingende Norm.¹⁶ Demgegenüber bewirkt ein *individuelles Motiv* für sich allein nicht die Rechtswidrigkeit der Vereinbarung.¹⁷

¹¹ Art. 181 Abs. 2 DBG soll im Rahmen der geplanten Steuerstrafrechtsrevision aufgehoben werden, siehe hierzu VE-BG über die Vereinheitlichung des Steuerstrafrechts vom Frühjahr 2013 sowie Vernehmlassungsergebnisbericht vom Mai 2014, S. 39 f. (Fn. 10). Eine Strafbarkeit der Bank wegen Gehilfenschaft zu einer Steuerhinterziehung soll daher zukünftig wegfallen. Strafbar bleibt aber weiterhin der Bankmitarbeiter, weshalb sich diesbezüglich hinsichtlich der Gültigkeit der Bankverträge über unversteuerte Vermögen in zivilrechtlicher Hinsicht im Vergleich zur heutigen Situation nichts ändert.

¹² 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.; BGE 119 II 222 E. 2 S. 224; BGE 114 II 279 E. 2a S. 280 f. Für die Doktrin siehe etwa PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2 Bände, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Bd. I, Rz. 638 ff.; CLAIRE HUGUENIN, BSK OR I (Fn. 6), N 19 ff. zu Art. 19/20 OR.

¹³ CLAIRE HUGUENIN, BSK OR I (Fn. 6), N 17 zu Art. 19/20 OR, m.w.N.

¹⁴ So z.B. das Versprechen, einen Erbvertrag abzuschliessen (BGE 108 II 405 E. 2b S. 408 f. = Pra 1983, Nr. 86 S. 235 [235 f.]).

¹⁵ Widerrechtlich ist etwa ein Darlehen, das der Finanzierung eines Betäubungsmittelgeschäfts dient, siehe BGE 112 IV 47 E. 4 S. 47 f.

¹⁶ BGE 80 II 327 E. 3a S. 331.

¹⁷ BGE 61 II 281 E. 3 S. 286 f.; BGE 42 II 485 E. 3 S. 492. So liegt keine Widerrechtlichkeit des Kaufvertrags vor, wenn der Käufer beabsichtigt, mit dem erworbenen Gegenstand ein Delikt zu begehen, siehe CLAIRE HUGUENIN, BSK OR I (Fn. 6), N 17 zu Art. 19/20 OR, m.w.N.

B. Wissen der Bank um den Steuerstatus

[Rz 10] Bei Bankverträgen über unversteuerte Vermögenswerte steht das Vorliegen eines widerrechtlichen Vertragsgegenstands und/oder eines widerrechtlichen gemeinsamen Vertragszwecks zur Diskussion. Beides ist nur dann möglich, wenn die Bank die fehlende Steuerkonformität der Vermögenswerte bzw. die vom Kunden angestrebte Steuerdelinquenz kennt oder kennen muss. Erst dann kann sie nämlich eine Vereinbarung unter Einbezug dieser Tatsache abschliessen bzw. mit dem Kunden diesbezüglich einen gemeinsamen Zweck anstreben. Folglich genügt es nicht, wenn einzig der Kunde einen Verbotsverstoss begeht. Als Mindestvoraussetzung für das Vorliegen von zivilrechtlicher Widerrechtlichkeit bedarf es vielmehr auch des Wissens bzw. der Erkennbarkeit seitens der Bank.

[Rz 11] Der Fall, dass die Bank weiss oder wissen muss, dass es sich um unversteuerte Vermögenswerte handelt bzw. dass der Kunde mittels des Bankvertrags ein Fiskal- oder Geldwäschereidelikt begehen möchte, dürfte in der Praxis jedenfalls bei Binnenverträgen die Ausnahme bilden. Bei Bankverträgen über Vermögenswerte ausländischer Kunden wird der genannte Fall demgegenüber zumindest häufiger, wenn auch längst nicht immer, vorliegen. Findet keine Kommunikation seitens des Kunden statt und sind keine Indizien auf einen deliktischen Hintergrund erkennbar, so liegt einzig ein individuelles Motiv des Kunden vor.

[Rz 12] Zusammenfassend kann daher bereits an dieser Stelle festgehalten werden, dass es sich beim Grossteil der über unversteuerte Vermögenswerte abgeschlossenen Bankverträge aufgrund des mangelnden Wissens seitens der Bank um gültige Verträge handelt.

C. Mögliche Konstellationen

[Rz 13] Nachdem festgestellt wurde, dass Bankverträge über unversteuerte Vermögenswerte im Regelfall gültig sind, bleibt als Frage, in welchen Konstellationen eine Widerrechtlichkeit bestehen könnte. Wie bereits erörtert, liegt die zivilrechtliche Mindesthürde im Wissen bzw. in der Erkennbarkeit des nichtkonformen Steuerstatus der Vermögenswerte seitens der Bank. Das Wissen bzw. die Erkennbarkeit ist gleichzeitig auch die Voraussetzung für eine Strafbarkeit der Bank im Zusammenhang mit den einschlägigen Verbotsnormen. Es liegt daher nahe, für die Frage nach der zivilrechtlichen Widerrechtlichkeit von Verträgen über unversteuerte Vermögenswerte zu untersuchen, in welchen Fällen sich die Bank strafbar macht. Zwar sind beide Teilrechtsordnungen autonom, doch kann davon ausgegangen werden, dass in diesem Bereich eine relevante Schnittmenge besteht. Deshalb bildet die Strafbarkeit der Bank einen geeigneten Ausgangspunkt, um die Widerrechtlichkeit von Bankverträgen über unversteuerte Vermögenswerte zu untersuchen.

1. Geldwäscherei

1.1. Strafbares Handeln der Bank

[Rz 14] Im Rahmen der Umsetzung der revidierten GAFI-Empfehlungen hat der schweizerische Gesetzgeber seine Geldwäschereibestimmung revidiert.¹⁸ Neu gelten gemäss Art. 305^{bis} Ziff. 1

¹⁸ Die GAFI-Empfehlungen wurden 2012 teilrevidiert, siehe Botschaft Umsetzung GAFI-Empfehlungen BBl 2014 605, 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.

revStGB qualifizierte Steuervergehen als Vortaten zur Geldwäscherei. Diese können sowohl im Inland als auch im Ausland begangen werden.¹⁹ Als qualifiziertes Steuervergehen gilt insbesondere der Steuerbetrug nach Art. 186 DBG, wenn die hinterzogenen Steuern pro Steuerperiode mehr als 300'000 Franken betragen.²⁰ Art. 186 Abs. 1 DBG selbst setzt zudem eine Urkundenfälschung voraus.²¹ Täter der Geldwäscherei kann jedermann sein, so auch die Bank bzw. deren Mitarbeitende.²² Tatobjekt sind die Vermögenswerte, welche aus dem qualifizierten Steuervergehen «herrühren»²³. [Rz 15] Die Tathandlung wird vom Gesetz abstrakt als Vereitelung der Einziehung, der Herkunftsermittlung oder der Auffindung von Vermögenswerten umschrieben. In der Hauptsache geht es dabei um die Einziehungsvereitelung.²⁴ Alles was zur Vereitelung typischerweise geeignet ist, ist verboten.²⁵ Die Praxis hat zu dieser Generalklausel verschiedene Tathandlungsgruppen entwickelt.²⁶ Vorliegend relevant sind die im Bankenkontext ergangenen Entscheide. Für Binnensachverhalte gilt dabei Folgendes: Wird Geld, welches aus einer Vortat herrührt, auf ein Bankkonto einbezahlt, so ist dies noch keine Geldwäschereihandlung, solange keine zusätzlichen «Kaschierungshandlungen» vorgenommen werden.²⁷ Werden einschlägige Vermögenswerte jedoch in irgendeiner Form angelegt und nicht einzig auf ein Konto einbezahlt, liegt eine Geldwäschereihandlung vor.²⁸ Hinsichtlich grenzüberschreitender Sachverhalte lässt sich festhalten, dass internationale Geldtransfers per se typische Geldwäschereihandlungen darstellen.²⁹ Für beide Sachverhaltsvarianten gilt, dass die Täuschung über die Identität des wirtschaftlich Berechtigten (z.B. mittels eines unwahren Formulars A) eine Tathandlung i.S.v. Art. 305^{bis} StGB bildet.³⁰

[Rz 16] In Konkretisierung³¹ von Art. 305^{bis} revStGB hält Art. 7 der revidierten Geldwäschereiver-

¹⁹ Vorausgesetzt ist gemäss Art. 305^{bis}Ziff. 3 revStGB – nebst der hiesigen – die Strafbarkeit am Begehungs-ort (sog. Prinzip der abstrakten beidseitigen Strafbarkeit, welches auch hier gilt, siehe Botschaft Umsetzung GAFI-Empfehlungen BBl 2014 605, S. 669 und Votum von Frau Bundesrätin Widmer-Schlumpf an der Sitzung des Ständerats vom 12. März 2014, Amtl. Bull. SR 2014, S. 172).

²⁰ Art. 305^{bis}Ziff. 1^{bis} revStGB. Der Steuerbetrug hat folglich eine Steuerhinterziehung zu bewirken, siehe etwa URSULA CASSANI, L' extension du système de lutte contre le blanchiment d' argent aux infractions fiscales: Much Ado About (Almost) Nothing, SZW 2015, S. 78 (81).

²¹ Siehe bereits den Wortlaut der Bestimmung, ferner hinten II./C./2./2.1.

²² STEFAN TRECHSEL/HEIDI AFFOLTER-ELJSTEN, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2012, N 6 zu Art. 305^{bis} StGB, m.w.N.

²³ Zur Problematik des «Herrührens» bei Steuerdelikten siehe anstelle vieler etwa FRANCESCO NAEF/MICHELE CLERICI, Steuerstraftaten als Vortaten der Geldwäscherei: Der Weg in la Terreur, in: Jusletter vom 7. April 2014, Rz. 13 ff.; URSULA CASSANI, L' infraction fiscale comme crime sous-jacent au blanchiment d' argent: considérations de lege ferenda, SZW 2013, S. 12 (22).

²⁴ STEFAN TRECHSEL/HEIDI AFFOLTER-ELJSTEN, Praxiskommentar (Fn. 22), N 16 zu Art. 305^{bis} StGB, m.w.N.

²⁵ JÜRIG-BEAT ACKERMANN, Geldwäschereistrafrecht, in: Jürg-Beat Ackermann/Günter Heine (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Bern 2013, § 15 N 49 f.

²⁶ Zu den Tathandlungsgruppen generell siehe anstelle vieler ACKERMANN, Geldwäschereistrafrecht (Fn. 25), § 15 N 49 ff.; CHRISTOPH SUTER/CÉDRIC REMUND, Infractions fiscales, blanchiment et intermédiaires financiers, Questions choisies de la pratique pour la mise en œuvre de la révision législative «GAFI 2012», GesKR 2015, S. 54 (58). Zu möglichen Handlungskonstellationen im Bankenbereich siehe CARLO LOMBARDINI, Banques et blanchiment d' argent, 2. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2013, N 281 ff.

²⁷ BGE 127 IV 20 E. 3 S. 25 f.; BGE 124 IV 274 E. 4a S. 278.

²⁸ BGE 119 IV 242 E. 1e S. 247.

²⁹ BGE 127 IV 20 E. 2b/cc S. 24 und 3b S. 26 und BGE 136 IV 188 E. 6.1 S. 190 f. = Pra 2011, Nr. 79 S. 558 (562); JÜRIG-BEAT ACKERMANN (Fn. 25), Geldwäschereistrafrecht, § 15 N 55.

³⁰ JÜRIG-BEAT ACKERMANN (Fn. 25), Geldwäschereistrafrecht, § 15 N 52.

³¹ Siehe zur Konkretisierungsfunktion DAVE ZOLLINGER, in: Daniel Thelesklaf/Ralph Wyss/Dave Zollinger/Mark van Thiel (Hrsg.), GwG Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2009, N 1 f. zu Art. 4 GwV-FINMA 1 (Vorgänger des heutigen Art. 7 GwV-FINMA), welcher sich hierzu teilweise kritisch äussert und darauf hinweist, dass ein grosser Teil der Lehre die blosser «Entgegennahme» entsprechender Vermögenswerte für sich alleine nicht als

ordnung-FINMA (revGwV-FINMA)³² in Bezug auf die Tathandlung fest, dass der Finanzintermediär keine entsprechenden Vermögenswerte annehmen darf. Diese Bestimmung geht so weit ersichtlich zurück auf ein Rundschreiben der damaligen Eidgenössischen Bankenkommission EBK (heute: FINMA) vom 18. Dezember 1991,³³ welches diesbezüglich unter anderem vorsah, dass sich Organe oder Angestellte der Finanzintermediäre der Geldwäscherei strafbar machen, wenn sie Vermögenswerte entgegennehmen, aufbewahren, anlegen oder übertragen helfen, von denen sie wissen oder annehmen müssen, dass sie aus einem Verbrechen³⁴ herrühren.³⁵

[Rz 17] Für Banken gilt hinsichtlich der Steuergeldwäscherei also, dass sie sich beispielsweise dann strafbar machen können, wenn sie aus einem qualifizierten Steuerdelikt herrührende Vermögenswerte für ihre Kunden anlegen oder verwalten.³⁶ Ferner wenn sie auf Anweisung eines Kunden eine Transaktion über die Landesgrenze hinaus tätigen, oder eine unwahre Bescheinigung über die wirtschaftliche Berechtigung bzw. über andere Merkmale der unversteuerten Vermögenswerte ausstellen. Schliesslich können sich Banken nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch durch Unterlassen strafbar machen,³⁷ so z.B. wenn Indizien dafür vorliegen, dass die verwalteten Vermögenswerte aus einem qualifizierten Steuervergehen herrühren und die Bank in Verletzung ihrer Sorgfaltspflichten darauf verzichtet, weitere Abklärungen vorzunehmen, oder bei begründetem Verdacht auf ein qualifiziertes Steuervergehen eine Meldung an die Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) unterlässt.

[Rz 18] Zu erinnern ist bezüglich sämtlicher strafbarer Verhaltensweisen der Bank erneut daran, dass die Bank von der fehlenden Steuerkonformität der Vermögenswerte wissen oder diese für sie erkennbar sein muss.³⁸

1.2. Beurteilung der Widerrechtlichkeit

[Rz 19] Nachdem festgestellt wurde, in welchen Fällen sich die Bank allenfalls gemäss Art. 305^{bis} Ziff. 1 revStGB strafbar machen kann, soll nun für diese Fallkonstellationen untersucht werden, ob insofern eine zivilrechtliche Widerrechtlichkeit der betroffenen Bankverträge vorliegt.

[Rz 20] Die Bank kann sich vertraglich zu Zweierlei verpflichten: Entweder verpflichtet sie sich gegenüber dem Kunden zu einer typischen Verschleierungshandlung. So kann beispielsweise mittels Bankvertrag explizit das Nutzen von Offshore-Strukturen zur Verschleierung des wirtschaftlichen Berechtigten vereinbart werden. Erschöpft sich die versprochene Dienstleistung in der Verschleierungshandlung, dann liegt zivilrechtlich ein widerrechtlicher Vertragsgegenstand vor, weil über die Identität des wirtschaftlichen Berechtigten von Gesetzes wegen nicht getäuscht werden darf, bzw.

Geldwäschereihandlung taxiert.

³² Im Zuge der Umsetzung der GAFI-Empfehlungen wurde auch die GwV-FINMA revidiert. Siehe zum Verordnungstext vom 3. Juni 2015 AS 2015 2083–2120.

³³ Rundschreiben der EBK: Richtlinien zur Bekämpfung und Verhinderung der Geldwäscherei vom 18. Dezember 1991, EBK-RS 91/3, Geldwäscherei. Auf Anfrage bei der FINMA erhältlich.

³⁴ Damals einzige Vortatenvariante hinsichtlich Geldwäscherei.

³⁵ EBK-RS 91/3, 3. Leitlinien, N 5.

³⁶ Seitens der Bank handelt es sich dabei um ein aktives Tun, siehe STEFAN TRECHSEL/HEIDI AFFOLTER-ELJSTEN, Praxiskommentar (Fn. 22), N 20 zu Art. 305^{bis} StGB.

³⁷ BGE 136 IV 188 (leading-case) = Pra 2011, Nr. 79 und BGE 138 IV 1 = Pra 2012, Nr. 81.

³⁸ Geldwäscherei ist ein Vorsatzdelikt, wobei Eventualvorsatz ausreicht. Siehe zum erforderlichen Wissensstand das Urteil des Bundesgerichts 6B_627/2012 vom 13. Juli 2013 E. 1.2.

die Identifikation stets den tatsächlichen Verhältnissen entsprechend vorzunehmen ist.

[Rz 21] Andererseits können Bank und Kunde aber auch eine bankübliche Dienstleistung, wie etwa die Anlage oder das Verwalten der Vermögenswerte, vereinbaren, wobei für beide Parteien feststeht, dass damit das Waschen von Vermögenswerten bezweckt wird. Steht das Erbringen einer banküblichen Dienstleistung im Vordergrund, so beschlägt die Widerrechtlichkeit nicht den Gegenstand des Vertrages – das Erbringen von banküblichen Dienstleistungen an sich wird vom Gesetz nicht verboten – sondern vielmehr den damit verfolgten gemeinsamen mittelbaren Zweck.

[Rz 22] In Bezug auf die Widerrechtlichkeit des gemeinsamen mittelbaren Zwecks lässt sich festhalten, dass in der Regel nur der Kunde ein persönliches Interesse an der Geldwäscherei hat. Die Bank dürfte hingegen meist eventualvorsätzlich handeln, die Einziehungsvereitelung also in Kauf nehmen bzw. sich damit abfinden, sie jedoch nicht im eigentlichen Sinne (direktvorsätzlich) wollen. Ihr unmittelbares Interesse wird vielmehr regelmässig den Verdienstmöglichkeiten gelten, welche sich aufgrund des Bankvertrages für sie ergeben. Doch reichen diese Voraussetzungen für das Vorliegen eines gemeinsamen mittelbaren Zwecks aus. Denn es besteht die Vermutung, dass die – für die Bank mindestens erkennbare – Absicht des Kunden, mittels des Bankvertrags Geld zu waschen, den Hauptzweck des Bankvertrages bildet. So dürfte nämlich der Kunde nebst an der «blossen» Anlage seiner Vermögenswerte und den dadurch erhofften Erträgen vor allem daran interessiert sein, dass die hinterzogenen Beträge nicht auffindbar und damit einziehbar sind. Die Bank teilt diese Zweckwidmung, wenn sie entsprechende vertragliche Verpflichtungen eingeht.³⁹ Dass die Bank durch den Abschluss des entsprechenden Bankvertrages die Geldwäscherei zu ihrem eigenen, vermuteten Hauptzweck macht, unterstellt ihr bereits der Art. 305^{bis} revStGB selbst, welcher die Tathandlungen – wie gesehen – derart weit umfasst, dass sich die Bank als Täterin und nicht etwa «nur» als Gehilfin strafbar macht.

1.3. Fazit: Widerrechtlichkeit

[Rz 23] Weiss oder muss die Bank annehmen, dass einem Bankvertrag zugrundeliegende Vermögenswerte aus einem qualifizierten Steuervergehen herrühren und dass der Bankvertrag dem Waschen dieser Vermögenswerte dienen soll, macht sie sich strafbar, wenn sie eine entsprechende Verpflichtung eingeht. Erschöpft sich ihre vertragliche Pflicht in einer Verschleierungshandlung, liegt zivilrechtlich ein widerrechtlicher Vertragsgegenstand vor. Steht demgegenüber das Erbringen einer banküblichen Dienstleistung im Vordergrund, beschlägt die Widerrechtlichkeit den damit verfolgten gemeinsamen mittelbaren Zweck. Die Struktur von Art. 305^{bis} revStGB, der in diesen Fällen eine (volle) Täterschaft der Bank annimmt, bewirkt im Zivilrecht die Vermutung, dass die Geldwäscherei den *Hauptzweck* des Bankvertrages bildet. In beiden Fällen sind die entsprechenden Bankverträge über unversteuerte Vermögenswerte widerrechtlich. Eine andere Frage ist, ob die Widerrechtlichkeit die Rechtsfolge der Nichtigkeit nach sich zieht. Darauf wird später eingegangen.

³⁹ Siehe allgemein ROLAND HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR (Diss. Freiburg), Freiburg 1984, N 110 mit Verweis auf N 91.

2. Steuerbetrug

2.1. Strafbares Handeln der Bank

[Rz 24] Ein Steuerbetrug gemäss Art. 186 DBG⁴⁰ begeht, wer zum Zwecke einer Steuerhinterziehung gefälschte, verfälschte oder inhaltlich unwahre Urkunden⁴¹ zur Täuschung der Steuerbehörden gebraucht. Der Gebrauch zur Täuschung besteht darin, dass die Urkunde den Veranlagungs-, Steuerjustiz- oder Erlassbehörden als Beweismittel eingereicht wird.⁴² In subjektiver Hinsicht setzt der Steuerbetrug Vorsatz (Eventualvorsatz ausreichend) und die Absicht, Steuern zu hinterziehen, voraus.⁴³

[Rz 25] Täter ist jede natürliche Person, welche die unechte oder unwahre Urkunde zum Zweck der Steuerhinterziehung gebraucht. In Frage kommen die steuerpflichtige Person selbst sowie ihr (gesetzlicher oder vertraglicher) Vertreter.⁴⁴ Mittäterschaft ist grundsätzlich möglich.⁴⁵ Ebenso Gehilfenschaft, die nicht voraussetzt, dass der Gehilfe selber in «Steuerhinterziehungsabsicht» handelt.⁴⁶ In objektiver Hinsicht setzt die Gehilfenschaft eine Förderung der Tat voraus. Der Gehilfe fördert eine Tat, wenn er sie durch einen untergeordneten Tatbeitrag unterstützt bzw. wenn er die Ausführung der Haupttat durch irgendwelche Vorkehren oder durch psychische Hilfe erleichtert. In subjektiver Hinsicht ist für den Gehilfen Eventualvorsatz sowohl bezüglich der Haupttat als auch des eigenen Tatbeitrags ausreichend.⁴⁷

[Rz 26] Ein Bankmitarbeiter könnte sich rein theoretisch als (Mit-)Täter des Steuerbetrugs strafbar machen. Praktisch dürfte dieser Fall jedoch nie eintreten, da es stets der Bankkunde sein wird, welcher den Steuerbehörden unechte oder unwahre Urkunden einreicht, nicht jedoch stellvertretend dessen Bankberater. Denkbar ist demgegenüber, dass die Bank bzw. der Bankmitarbeiter eine Beihilfehandlung begeht. Eine solche ist beim Steuerbetrug nur möglich, wenn dem Kunden auf dessen speziellen Wunsch hin Bescheinigungen ausgestellt werden, welche nicht den Tatsachen entsprechen.⁴⁸ Für Banken bzw. deren Mitarbeitende gilt hinsichtlich des Steuerbetrugs also, dass sie sich als Gehilfen strafbar machen können, wenn sie auf Kundenwunsch hin tatsachenwidrige

⁴⁰ Zukünftig soll der Tatbestand des Steuerbetrugs in Art. 177 revDBG geregelt werden und eine Ausweitung auf Arglistfälle sowie eine Qualifizierung erfahren, siehe VE-BG über die Vereinheitlichung des Steuerstrafrechts vom Frühjahr 2013 sowie Vernehmlassungsergebnisbericht vom Mai 2014, S. 21 ff. (Fn. 10).

⁴¹ Über die Aufzählung in Art. 186 Abs. 1 DBG hinaus kommen alle Urkunden i.S.v. Art. 110 Abs. 4 StGB in Betracht, siehe PETER LOCHER, Kommentar zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, III. Teil, Art. 102–222 DBG, Basel 2015, N 7 f. zu Art. 186 DBG.

⁴² PETER LOCHER, Kommentar DBG (Fn. 41), N 6 zu Art. 186 DBG.

⁴³ PETER LOCHER, Kommentar DBG (Fn. 41), N 17 zu Art. 186 DBG, m.w.N. auf die Praxis.

⁴⁴ PETER LOCHER, Kommentar DBG (Fn. 41), N 19 zu Art. 186 DBG.

⁴⁵ Der Steuerbetrug gemäss Art. 186 DBG stellt kein Sonderdelikt dar, sondern gehört zu den gemeinen Delikten, siehe ANDREAS DONATSCH, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2b: Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) – Art. 83–222, 2. Aufl., Basel 2008, N 8 zu Art. 186 DBG.

⁴⁶ LOCHER, Kommentar DBG (Fn. 41), N 21 zu Art. 186 DBG, m.w.N. auf die Praxis. Die Gehilfenschaft zum Steuerbetrug bestimmt sich gestützt auf Art. 333 StGB nach Massgabe von Art. 25 StGB, siehe DONATSCH, DBG-Kommentar (Fn. 45), N 8 zu Art. 186 DBG sowie THOMAS FUHRER, Die strafrechtliche Mitverantwortung von Bankangestellten für Steuerdelikte der Bankkunden, in: Isabelle Augsburg-Bucheli/Bertrand Perrin (Hrsg.), Les enjeux juridiques du secret bancaire, ILCE volume 5, Paris/Genf/Zürich/Basel 2011, S. 198.

⁴⁷ THOMAS FUHRER, Mitverantwortung (Fn. 46), S. 194 f.; RENÉ MATTEOTTI/GABRIEL BOURQUIN/SELINA MANY, Steuerrisiken mit Offshore-Strukturen für Banken und ihre Mitarbeiter, ASA 82, S. 682.

⁴⁸ Darin liegt gleichzeitig eine verbotene aktive Beihilfe zur Steuerhinterziehung im Sinne von Art. 8 der VSB 08, bzw. per 1. Januar 2016 im Sinne von Kapitel 7 der VSB 16. Siehe zum Ganzen: FUHRER, Mitverantwortung (Fn. 46), S. 199.

Bescheinigungen ausstellen. Stellt der Bankmitarbeiter einen solchen Beleg aus, liegt seinerseits regelmässig Vorsatz vor. Dem Bankmitarbeiter wird in solchen Fällen ausserdem bewusst sein, dass der Kunde mit den entsprechenden Belegen eine Steuerhinterziehung begehen möchte, da dessen Wunsch gar keinen anderen Sinn haben kann.⁴⁹

2.2. Beurteilung der Widerrechtlichkeit

[Rz 27] Die Bank kann sich also der Beihilfe zum Steuerbetrug strafbar machen, wenn sie – bei Erkennbarkeit der Steuerhinterziehungsabsicht des Kunden – falsche Bescheinigungen zur Täuschung der Steuerbehörden ausstellt. Es ist daher zu klären, ob die zugrundeliegenden Bankverträge in diesem Fall zivilrechtlich widerrechtlich sind.

[Rz 28] Verpflichtet sich die Bank vertraglich, eine solche Beihilfehandlung zu begehen und entsprechende Belege auszustellen, liegt insofern unstreitig eine widerrechtliche Verpflichtung vor. Fraglich ist jedoch, ob damit die Widerrechtlichkeit des ganzen Bankvertrags indiziert wird.

[Rz 29] Dies ist zu verneinen. So ist einerseits mit Blick auf den Vertragsgegenstand zu vermuten, dass nicht etwa die Verpflichtung zur Ausstellung eines unwahren Belegs sondern vielmehr das Erbringen der banküblichen Dienstleistungen Hauptbestandteil des Bankvertrages bildet. Die Abrede, einen unwahren Beleg auszustellen, dürfte sich im Regelfall einzig als Nebenschauplatz im ganzen Vertragsgefüge zwischen Bank und Kunde präsentieren. Gleiches ergibt sich hinsichtlich des gemeinsamen mittelbaren Zwecks. Klar ist zwar, dass das vom Kunden gewünschte Ausstellen eines unwahren Belegs durch die Bank den Steuerbetrug bzw. schlussendlich die Steuerhinterziehung bezweckt.⁵⁰ Es ist jedoch zu vermuten, dass der im Vordergrund stehende Zweck des Bankvertrags weiterhin in der Erbringung der vereinbarten banküblichen Dienstleistungen liegt. Mit anderen Worten ist davon auszugehen, dass die Bank und der Kunde den Vertrag nicht in erster Linie deshalb abschliessen, weil der Kunde einen Steuerbetrug begehen bzw. Steuern hinterziehen möchte, sondern vor allem deshalb, weil er die üblichen Dienstleistungen der Bank in Anspruch nehmen möchte.

[Rz 30] In diesem Punkt ist der Steuerbetrug von der Geldwäscherei abzugrenzen. Bei Letzterer führt bereits die Inkaufnahme des mittelbaren Vertragszwecks zu einer Täterschaft der Bank.⁵¹ Darin liegt eine Wertung des Strafgesetzgebers, der zivilrechtlich insoweit zu berücksichtigen ist, als darin ein Hauptzweck des Vertrages zu sehen ist. Beim Steuerbetrug bleibt es demgegenüber strafrechtlich gesehen bei der Gehilfenschaft. Insofern kann hier die Vermutung greifen, dass seitens der Bank der Hauptzweck des Bankvertrags weiterhin in der Erbringung der banküblichen Dienstleistung liegt.

⁴⁹ THOMAS FUHRER, Mitverantwortung (Fn. 46), S. 199.

⁵⁰ Der Steuerbetrug ist ein reines Tätigkeitsdelikt, siehe URS R. BEHNISCH, Steuerstrafrecht, in: Wirtschaftsstrafrecht (Fn. 25), § 25 N 68. Zur Steuerhinterziehung besteht unter geltendem Recht echte Konkurrenz, vgl. Art. 186 Abs. 2 DBG (zukünftig soll allerdings unechte Idealkonkurrenz bestehen, siehe VE-BG über die Vereinheitlichung des Steuerstrafrechts vom Frühjahr 2013 sowie Vernehmlassungsergebnisbericht vom Mai 2014, S. 21 ff. [Fn. 10]). Mit dem «Fälschen» von Bescheinigungen wird der Kunde gerade auf diese Steuerhinterziehung abzielen.

⁵¹ Siehe vorne II./C./1./1.3.

2.3. Fazit: Keine Widerrechtlichkeit

[Rz 31] Bittet ein Kunde um Ausstellung einer unwahren Bescheinigung, muss die Bank davon ausgehen, dass eine solche Bescheinigung einzig der Begehung eines Steuerbetrugs bzw. einer Steuerhinterziehung dienen kann.⁵² Stellt eine Bank eine solche aus, macht sie sich strafbar. Die diesbezügliche Verpflichtung ist widerrechtlich. Diese Tatsache führt jedoch nicht zur Widerrechtlichkeit des zugrundeliegenden Bankvertrags. Es gilt nämlich die Vermutung, dass dessen Gegenstandsschwerpunkt und Hauptzweck weiterhin in der Erbringung der banküblichen Dienstleistung und nicht in der Urkundenfälschung liegt. Solche Bankverträge über unversteuerte Vermögenswerte sind somit nicht widerrechtlich, sondern gültig. Ungültig ist allein die oben erwähnte Verpflichtung zur Ausstellung einer unwahren Bescheinigung (Art. 20 Abs. 2 OR).

3. Steuerhinterziehung

3.1. Strafbares Handeln der Bank

[Rz 32] Eine Steuerhinterziehung i.S.v. Art. 175 Abs. 1 al. 1 DBG⁵³ begeht, wer als Steuerpflichtiger vorsätzlich oder fahrlässig so handelt, dass er nicht oder nicht vollständig veranlagt wird.⁵⁴ Sie umfasst drei objektive Tatbestandselemente: Ein bestimmtes Täterverhalten, einen Steuerausfall beim Gemeinwesen, sowie einen Kausalzusammenhang zwischen Täterverhalten und Steuerausfall.⁵⁵ Das Täterverhalten liegt gemäss Lehre und Rechtsprechung in der Verletzung gesetzlicher Mitwirkungs- und Auskunftspflichten.⁵⁶ In subjektiver Hinsicht reicht gemäss Wortlaut der Bestimmung Fahrlässigkeit aus. Die Steuerhinterziehung gemäss Art. 175 Abs. 1 DBG ist ein (echtes) Sonderdelikt.⁵⁷ Täter kann nur die steuerpflichtige Person selbst sein.⁵⁸ Die Bank bzw. deren Mitarbeitende scheiden daher – soweit die Steuerpflicht ihrer Kunden betroffen ist – als Täter einer Steuerhinterziehung aus. Grundsätzlich können sich Dritte und damit auch ein Bankmitarbeiter aber der Gehilfenschaft zur Steuerhinterziehung i.S.v. Art. 177 Abs. 1 DBG⁵⁹ strafbar machen.

[Rz 33] In Bezug auf die Strafbarkeit eines Bankmitarbeiters gemäss Art. 177 Abs. 1 DBG ist fraglich, ob dessen berufstypische bzw. neutrale Alltagshandlungen Beihilfehandlungen zur Steuerhinterziehung darstellen können. Andere Beihilfehandlungen seitens einer Bank zur Steuerhin-

⁵² Vorbehalt bleibt die Vornahme einer Geldwäschereihandlung, siehe dazu vorne II./C./1./1.1.

⁵³ Zukünftig soll der Tatbestand der Steuerhinterziehung in Art. 176 revDBG geregelt werden, siehe VE-BG über die Vereinheitlichung des Steuerstrafrechts vom Frühjahr 2013 (Fn. 10).

⁵⁴ Es handelt sich um die sog. vollendete Steuerhinterziehung i.e.S. Die Quellensteuerverkürzung (Art. 175 Abs. 1 al. 2 DBG) und das Steuerrückerstattungs- bzw. Steuererlasserschleichen (Art. 175 Abs. 1 al. 3 DBG) werden vorliegend nicht thematisiert.

⁵⁵ PETER LOCHER, Kommentar DBG (Fn. 41), N 9 zu Art. 175 DBG.

⁵⁶ PETER LOCHER, Kommentar DBG (Fn. 41), N 10 ff. zu Art. 175 DBG, m.w.N.

⁵⁷ Statt vieler PETER LOCHER, Kommentar DBG (Fn. 41), N 24 zu Art. 175 DBG.

⁵⁸ Siehe Wortlaut der Bestimmung, ferner das Urteil des Bundesgerichts 2C_46/2008, 2C_47/2008, 2C_48/2008, 2C_55/2008 vom 18. Dezember 2008 E. 3.2.

⁵⁹ Art. 177 DBG konsumiert Art. 25 StGB (unechte Konkurrenz), siehe PETER LOCHER, Kommentar DBG (Fn. 41), N 35 zu Art. 177 DBG. Mangels spezieller Umschreibung der Gehilfenschaft im Rahmen von Art. 177 DBG kommen jedoch gestützt auf Art. 333 StGB gleichwohl die allgemeinen Kriterien gemäss Art. 25 StGB zur Anwendung, siehe THOMAS FUHRER, Mitverantwortung (Fn. 46), S. 194 f. Art. 177 DBG soll im Rahmen der Steuerstrafrechtsrevision aufgehoben werden und die Gehilfenschaft neu nach Art. 5 VStrR i.V.m. Art. 180 Abs. 1 revDBG strafbar sein, siehe Erläuternder Bericht vom 29. Mai 2013 (Fn. 10). Zur zukünftigen Situation hinsichtlich der Strafbarkeit einer juristischen Person bzw. der Bank siehe Fn. 11.

terziehung sind praktisch nicht denkbar.⁶⁰ Die Frage, wann eine berufstypische Dienstleistung als strafbare Gehilfenschaft zu behandeln ist, wird in der Lehre kontrovers diskutiert.⁶¹ Das Bundesgericht hat die Frage für den Bereich der Steuerdelikte noch nicht entschieden. Weil es sie aber in seiner bisherigen Praxis ausschliesslich als eine solche des subjektiven Tatbestandes behandelt hat,⁶² wird postuliert, dass in der Ausführung einer typischen Alltagshandlung bereits dann eine strafbare Gehilfenschaft liegt, wenn der Bankmitarbeiter die Hinterziehungsabsicht des Kunden kennt oder diese für ihn zumindest erkennbar ist.⁶³

3.2. Beurteilung der Widerrechtlichkeit

[Rz 34] Ob die Schwelle für strafbares Handeln seitens der Bank tatsächlich so niedrig ist, muss und kann an dieser Stelle offen bleiben.⁶⁴ Denn selbst wenn sich die Bank aufgrund der Erkennbarkeit der Hinterziehungsabsicht ihres Kunden durch die Erbringung einer banküblichen Dienstleistung der Gehilfenschaft zur Steuerhinterziehung strafbar machen würde, führte dies in zivilrechtlicher Hinsicht nicht zur Widerrechtlichkeit des zugrundeliegenden Bankvertrags.

[Rz 35] So stellt die Verpflichtung zum Erbringen von banküblichen Dienstleistungen selbstverständlich kein widerrechtlicher Vertragsgegenstand dar.⁶⁵ Die Widerrechtlichkeit der entsprechenden Verträge könnte sich daher einzig aus dem Vorliegen eines gemeinsamen widerrechtlichen Zwecks ergeben. Diesbezüglich ist jedoch gerade das Gegenteil zu vermuten. Das im Rahmen der Gehilfenschaft zum Steuerbetrug Gesagte⁶⁶ gilt im Kontext der Beihilfe zur Steuerhinterziehung erst recht. Es gilt mit anderen Worten die Vermutung, dass der Zweck der Geschäftsbeziehung zwischen dem Kunden und der Bank auch im Falle der Hingabe von unversteuerten Vermögenswerten – gleich wie bei versteuerten Vermögenswerten – in der Erbringung der vereinbarten banküblichen Dienstleistungen liegt. Die Bank und der Kunde schliessen den Vertrag nicht ab, um dadurch zu erreichen, dass der Kunde Steuern hinterziehen kann. Anders als im Fall der Geldwäscherei ist die Steuerhinterziehung regelmässig gerade nicht der primäre Vertragszweck des Kunden, weshalb auch kein gemeinsamer Zweck vorliegen kann.

[Rz 36] Diese Sichtweise wird bestätigt, wenn man sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Schwarzzahlungen bei Grundstückkäufen vor Augen führt. Das Gericht prüft Grundstückkäufe, bei denen zwecks Steuerhinterziehung ein falscher Kaufpreis verkündet wurde, in ständiger Rechtsprechung ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt der Formungültigkeit, nicht aber unter dem Gesichtspunkt der Widerrechtlichkeit.⁶⁷ In der Tat: Unabhängig davon, ob sich in diesem

⁶⁰ Werden über die üblichen Dienstleistungen hinaus etwa unwahre Bescheinigungen erstellt, liegt darin (bei gegebenen Voraussetzungen) bereits eine Gehilfenschaft zum Steuerbetrug, siehe vorne II./C./2./2.2.

⁶¹ Siehe etwa RENÉ MATTEOTTI/GABRIEL BOURQUIN/SELINA MANY, ASA 82 (Fn. 47), S. 681 ff.; THOMAS FUHRER, Mitverantwortung (Fn. 46), S. 196 f.

⁶² THOMAS FUHRER, Mitverantwortung (Fn. 46), S. 198.

⁶³ RENÉ MATTEOTTI/GABRIEL BOURQUIN/SELINA MANY, ASA 82 (Fn. 47), S. 683, 685; THOMAS FUHRER, Mitverantwortung (Fn. 46), S. 194 ff., 197 f.

⁶⁴ Man fragt sich allerdings, wie es sich diesfalls mit dem Bauunternehmer oder dem Verkäufer verhält, der sich mit unversteuertem Geld bezahlen lässt und diesen Umstand erkennen kann. Sie wären aus der Sicht des Strafrechts genauso Gehilfen wie die Bank, die wissentlich unversteuerte Vermögenswerte annimmt. Wollte man dann noch davon ausgehen, dass es Sinn und Zweck der verletzten Steuernormen entspricht, für die entsprechenden Verträge die Nichtigkeit vorzusehen, so wäre die Schweiz übersät mit ungültigen Verträgen.

⁶⁵ Siehe vorne II./C./2./2.2.

⁶⁶ Siehe vorne II./C./2./2.2.

⁶⁷ Grundlegend BGE 104 II 99 E. 2a S. 101 [Grawehr], m.w.N.

Fall nur die eine (steuerpflichtige) Partei oder beide Parteien strafbar gemacht haben, liegt der Zweck des Vertrages nicht in der Steuerhinterziehung, sondern in der Eigentumsübertragung eines Grundstücks. Man möge zudem bedenken, dass in diesen Fällen – bei denen unstrittig ein Steuerdelikt vorliegt – das Bundesgericht den Bestand des Vertrages nicht mehr in Frage stellt, wenn die Parteien ihn zum Hauptteil erfüllt haben, und dass es darüber hinaus dem Verkäufer gegen den Käufer für den ausstehenden «Schwarzgeldteil» des Kaufpreises einen Schadenersatzanspruch aus *culpa in contrahendo* zugesteht.⁶⁸

[Rz 37] Zusammenfassend gilt somit vorliegend – wie bereits im Kontext des Steuerbetrugs, jedoch verstärkt – die Vermutung, dass auch bei der Vornahme von Beihilfehandlungen zur Steuerhinterziehung seitens des Bankmitarbeiters der Zweck des Bankvertrags weiterhin in der Erbringung der banküblichen Dienstleistung liegt.

3.3. Fazit: Keine Widerrechtlichkeit

[Rz 38] Erbringt eine Bank übliche Dienstleistungen im Wissen oder bei Erkennbarkeit der Hinterziehungsabsicht des Kunden, könnte sie sich allenfalls der Beihilfe zur Steuerhinterziehung strafbar machen. Doch selbst wenn ihrerseits eine solche strafbare Handlung vorläge, würde dies nicht zur Widerrechtlichkeit des zugrundeliegenden Bankvertrags führen. So gilt nämlich die Vermutung, dass dessen Zweck gleich wie bei Verträgen über versteuerte Vermögenswerte, in der Erbringung der banküblichen Dienstleistung und nicht etwa in der Steuerhinterziehung liegt. Solche Bankverträge sind folglich nicht widerrechtlich, sondern gültig.

4. Gewährsverletzung

[Rz 39] Unterhält eine Bank wissentlich Bankbeziehungen über unversteuerte Vermögenswerte, setzt sie sich damit nicht einzig (steuer-)strafrechtlichen Risiken aus, sondern gerät allenfalls zudem in Konflikt mit den ihr gegenüber geltenden aufsichtsrechtlichen Anforderungen. Es ist daher weiter fraglich, ob die Verletzung von schweizerischem Aufsichtsrecht zur Widerrechtlichkeit entsprechender Bankverträge führen könnte.

[Rz 40] Die Frage nach der Relevanz des Aufsichtsrechts für die Gültigkeit des Bankvertrages stellt sich bislang ausschliesslich im Zusammenhang mit unversteuerten Vermögenswerten aus dem Ausland. Gemäss Positionspapier der FINMA zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft vom 22. Oktober 2010 kann die Verletzung von ausländischem Recht durch die Banken gegen das Erfordernis der einwandfreien Geschäftsführung verstossen (Art. 3 Abs. 2 lit. c Bankengesetz [BankG]).⁶⁹ Zudem verlangen die aufsichtsrechtlichen Organisationsvorschriften, dass alle Risiken, einschliesslich der Rechts- und Reputationsrisiken, angemessen erfasst, begrenzt und überwacht werden müssen (Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG).

[Rz 41] Ob Art. 3 Abs. 2 lit. a und c BankG als Verbotsnorm i.S.v. Art. 20 OR zu qualifizieren ist, muss bezweifelt werden. Im Kontext des FINMA-Positionspapiers und der Sanktionierung von

⁶⁸ Urteil des Bundesgerichts vom 7. Januar 1999 E. 4a, ZBGR 80/1999, S. 387 (392) [Monte Rosa], zustimmend erwähnt im Urteil des Bundesgerichts 4C.175/2003 vom 28. Oktober 2003 E. 3.2.

⁶⁹ Positionspapier der FINMA «Rechts- und Reputationsrisiken», S. 12, abrufbar unter: www.finma.ch/de/dokumentation/finma-publikationen/diskussionspapiere. Siehe hierzu auch FINMA, Häufig gestellte Fragen (FAQ), Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft, vom 19. Juni 2012, Frage 1, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/faq/#Order=1>.

Verstössen gegen ausländisches Steuerstrafrecht enthält die bankengesetzliche Gewährsbestimmung jedenfalls keinen eigenständigen Verbotsgehalt. Regelungsgegenstand in diesem Zusammenhang ist vielmehr die (mittelbare) Androhung von aufsichtsrechtlichen Konsequenzen bei einem Verstoss gegen (andere) Normen mit Verbotscharakter. Insofern erfüllt Art. 3 Abs. 2 lit. a und c BankG für das Aufsichtsrecht die gleiche Aufgabe wie Art. 20 OR sie für das Zivilrecht wahrnimmt: Beide Bestimmungen sehen vor, welche Konsequenzen die eigene Teilrechtsordnung aus dem Verstoss gegen eine Strafnorm zieht. Das Zivilrecht hat dabei keinen «Umweg» über das Aufsichtsrecht zu machen, sondern trifft seine eigene Würdigung.

[Rz 42] Ob Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 20 OR vorliegt ist daher nicht anhand eines allfälligen Verstosses der Bank gegen Art. 3 Abs. 2 lit. a und c BankG zu beurteilen, sondern direkt mit Blick auf die möglicherweise verletzte (ausländische) Verbotsnorm zu untersuchen. Diesbezüglich wurde bereits ausgeführt,⁷⁰ dass das Bundesgericht Verstösse gegen ausländisches Recht unter dem Kriterium der Sittenwidrigkeit prüft. Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 20 OR ist daher bei Verstössen gegen ausländisches (Steuer-)strafrecht ausgeschlossen, woran die Bestimmungen in Art. 3 Abs. 2 lit. a und c BankG nichts ändern.

[Rz 43] Zusammenfassend ist die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 20 OR von Bankverträgen über unversteuerte Vermögenswerte (alleine) wegen Verletzung von Art. 3 Abs. 2 lit. a und c BankG nicht denkbar. Unter dem Gesichtspunkt der Widerrechtlichkeit sind Bankverträge über unversteuerte Vermögenswerte, mit welchen die Bank gegen die Gewährsbestimmung verstösst, somit gültig.

[Rz 44] Würde man der entsprechenden Bestimmung dennoch Verbotscharakter zusprechen, wäre immerhin zu bedenken, dass diese nicht durch den *Inhalt* des Bankvertrages verletzt würde, sondern einzig durch das Marktverhalten der Bank, namentlich durch deren Beteiligung an solchen Verträgen. Besteht ein Normverstoss nicht im Inhalt, sondern einzig in der subjektiven Beteiligung einer Partei, liegt nach Lehre und Rechtsprechung keine Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 20 OR vor.⁷¹ Allerdings wendet man diesbezüglich die gleichen Grundsätze wie beim Inhaltsmangel an,⁷² wonach die Nichtigkeit eines Vertrages dann anzunehmen ist, wenn die verletzte Norm diese Rechtsfolge ausdrücklich vorsieht, oder wenn sie sich aus ihrem Sinn und Zweck ergibt. Bezüglich Art. 3 Abs. 2 lit. a und c BankG trifft jedoch beides nicht zu, was nachfolgend im Rahmen der «Sinn- und Zweck-Diskussion» der Vollständigkeit halber auszuführen sein wird.⁷³ Selbst wenn man also vom Verbotscharakter der bankenrechtlichen Gewährsbestimmung ausgehen wollte, wären die entsprechenden Bankverträge gültig.

D. Rechtsfolgen bei feststehender Widerrechtlichkeit

[Rz 45] Nachdem festgestellt wurde, dass Bankverträge, welche gegen Art. 305^{bis} revStGB verstossen, widerrechtlich sind, ist weiter fraglich, ob diese Widerrechtlichkeit zur *Nichtigkeit* i.S.v. Art. 20 OR führt. Wie bereits ausgeführt, setzt die Rechtsfolge der Nichtigkeit voraus, dass sie in der betreffenden Norm ausdrücklich vorgesehen ist oder sich aus deren Sinn und Zweck ergibt. Der Voll-

⁷⁰ Siehe vorne I./B. sowie hinten III./D.

⁷¹ BGE 121 IV 365 E. 9a S. 371; BGE 117 II 286 E. 4a S. 287; BGE 117 II 47 E. 2a S. 48; BGE 114 II 279 E. 2a S. 280 f. Siehe auch PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, OR AT I (Fn. 12), Rz. 651; CLAIRE HUGUENIN, BSK OR I (Fn. 6), N 17 zu Art. 19/20 OR.

⁷² BGE 134 III 52 E. 1.1 S. 54, m.w.N.

⁷³ Siehe dazu hinten D./1.

ständigkeit halber ist auch in Bezug auf Verstösse gegen Steuerstrafnormen und solche gegen Art. 3 Abs. 2 lit. a und c BankG, bei welchen den entsprechenden Bankverträgen die Widerrechtlichkeit abgesprochen wurde, auf den Sinn und Zweck einzugehen.

[Rz 46] Was genau mit «Sinn und Zweck» gemeint ist, lässt sich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre einzig fragmentarisch entnehmen.⁷⁴ Unbestritten scheint, dass bei dessen Beurteilung vom Schutzzweck der betroffenen Norm auszugehen ist.⁷⁵ Zu berücksichtigen ist zudem das Sanktionsinstrumentarium dieser Norm, namentlich die Frage, ob die vorgesehene Sanktion alleine ihrem Schutzzweck bereits Genüge tut oder ob darüber hinaus eine zivilrechtliche Nichtigkeit geboten ist.⁷⁶ Ferner ist abzuklären, ob das Zivilrecht in Bezug auf die verpönte Handlung bereits eine (weniger einschneidende) zivilrechtliche Rechtsfolge vorsieht.⁷⁷ Damit soll insbesondere sichergestellt werden, dass kein «übergeordneter Gesamtzweck» unterlaufen wird.⁷⁸ Zu beachten ist sodann die Bedeutung des zu bekämpfenden Erfolgs.⁷⁹ Schliesslich sind die Wirkungen der Nichtigkeit zu untersuchen.⁸⁰ Diese müssen dem Zweck der Norm angemessen sein.⁸¹

[Rz 47] Die Frage nach dem «Sinn und Zweck» ist für jede Norm einzeln zu klären. Aus der Strafbarkeit allein darf nicht auf die Nichtigkeit des verpönten Rechtsgeschäfts geschlossen werden.⁸² Nachdem das Privatrecht, das öffentliche Recht und das Strafrecht anerkanntermassen verschiedene Zwecke verfolgen und daher die Wertungen der einen Teilrechtsordnung nicht immer auf die anderen durchschlagen,⁸³ kann nicht einzig mit einem pauschalen Hinweis auf die «Einheit der Rechtsordnung» vom Einen auf das Andere geschlossen werden.⁸⁴

⁷⁴ Siehe zum Ganzen etwa BGE 45 II 548 E. 4 S. 551 f.; BGE 80 II 327 E. 2 S. 329; BGE 81 II 613 E. 2 S. 619; BGE 82 II 129 E. 3 S. 132; BGE 95 II 532 E. 3 S. 538; BGE 96 II 18 E. 1 S. 20; BGE 102 II 401 E. 3a S. 405, 3b S. 406; BGE 117 II 47 E. 2a S. 48 = Pra 1991, Nr. 205 S. 877 (877 f.); BGE 129 III 209 E. 2.2 S. 213; BGE 134 III 52 E. 1.3 S. 55 ff.; BGE 134 III 438 E. 2.2 S. 442; Urteil des Bundesgerichts 4A_415/2007 vom 14. Januar 2008 E. 3.2.1; NICOLAS ROULLER, Der widerrechtliche Vertrag: die verbotsdurchsetzende Nichtigkeit – Schicksal des privatrechtlichen Vertrags, der gegen das öffentliche Recht verstösst (Diss. Basel), Bern 2002, S. 2 f.; CLAIRE HUGUENIN, BSK OR I (Fn. 6), N 54 zu Art. 19/20 OR; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, OR AT I (Fn. 12), Rz. 684; ERNST A. KRAMER, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages: Kommentar zu Art. 19–22 OR, Bern 1991, N 322 zu Art. 19 OR.

⁷⁵ BGE 134 III 52 E. 1.1 S. 54; BGE 134 III 438 E. 2.2 S. 442; NICOLAS ROULLER, Der widerrechtliche Vertrag (Fn. 74), S. 4.

⁷⁶ ROULLER, Der widerrechtliche Vertrag (Fn. 74), S. 4, 207 ff.

⁷⁷ BGE 81 II 613 E. 2 S. 619.

⁷⁸ Besteht neben einer strafrechtlichen Verbotsnorm ein korrelierendes zivilrechtliches Ausgleichsinstrument, das als Rechtsfolge gerade keine Nichtigkeit vorsieht, so darf diese nicht gestützt auf Art. 20 OR angeordnet werden, siehe CLAIRE HUGUENIN, BSK OR I (Fn. 6), N 54 zu Art. 19/20 OR, unter Verweis auf BGE 134 III 52.

⁷⁹ CLAIRE HUGUENIN, BSK OR I (Fn. 6), N 54 zu Art. 19/20 OR; ROULLER, Der widerrechtliche Vertrag (Fn. 74), S. 214; BGE 117 II 47 E. 2a S. 48 = Pra 1991, Nr. 205 S. 877 (877 f.); BGE 115 II 361 E. 4a S. 364 = Pra 1989, Nr. 37 S. 147 (149); BGE 107 II 189 E. 3 S. 194 = Pra 1981, Nr. 177 S. 466 (468).

⁸⁰ NICOLAS ROULLER, Der widerrechtliche Vertrag (Fn. 74), S. 214.

⁸¹ BGE 102 II 401 E. 3a und 3b S. 405.

⁸² BGE 134 III 52 E. 1.3 S. 55. Diesbezüglich wird jedoch vereinzelt die Ansicht vertreten, es bestehe bei Verträgen, die gegen Strafrechtsnormen verstossen, eine widerlegbare Vermutung der zivilrechtlichen Nichtigkeit, so JÖRG SCHMID, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2008, ZBJV 147/2011, S. 876 (882).

⁸³ Dies zeigt sich bereits an der Rechtsprechung des Bundesgerichts, welches annimmt, dass auch ein zivilrechtlich nichtiger Vertrag als Grundlage für einen Betrugstatbestand dienen kann, siehe BGE 117 IV 139 E. 3c S. 147. Betrug ist folglich auch im Rahmen rechtswidriger (und daher nichtiger) Geschäfte möglich, selbst wenn dies gewisse Autoren unter Hinweis auf die Einheit der Rechtsordnung verneinen.

⁸⁴ Zum vorhandenen Spannungsfeld zwischen den Teilrechtsordnungen siehe MARIO POSTIZZI, Contratto e reato penale, Irradiazioni penalistiche sull' invalidità contrattuale, ZStR 127/2009, S. 127–151, mit zahlreichen

1. Geldwäscherei: Nichtigkeit

[Rz 48] Art. 305^{bis}StGB schützt als Grundtatbestand zur Hauptsache Einziehungsansprüche des hiesigen sowie des ausländischen Staats.⁸⁵ In der Tatbestandsvariante der qualifizierten Steuerdelikte bezweckt Art. 305^{bis}revStGB einerseits den Schutz des Einziehungsanspruchs des in- bzw. ausländischen Fiskus auf das ihm zustehende Steuersubstrat, andererseits denjenigen des Ansehens des Schweizer Finanzplatzes.⁸⁶ Mit Blick auf den Schutzzweck ist es deshalb «Sinn und Zweck» des Art. 305^{bis}Ziff. 1 revStGB, einerseits zu vereiteln, dass der in- oder ausländische Fiskus seines Steuersubstrates verlustig geht und andererseits zu verhindern, dass Schwarzgeld Eingang in den Schweizer Finanzplatz findet. Aus Ersterem lässt sich die Nichtigkeit von Bankverträgen nicht herleiten. So ist es für den Einziehungsanspruch des Staates grundsätzlich ohne Belang, ob die entsprechenden Bankverträge gültig oder ungültig sind. Demgegenüber kann die Nichtigkeit entsprechender Bankverträge von der ratio, einen «sauberen Finanzplatz» bewahren zu wollen, abgeleitet werden. Dieser ratio wird nämlich widersprochen, wenn das Deponieren und vor allem Zirkulieren von hinterzogenen Vermögenswerten auf dem Finanzplatz in zivilrechtlicher Hinsicht gültig möglich ist.

[Rz 49] Darüber hinaus kann und darf es nicht die alleinige Aufgabe des Strafrechts sein, Geldwäscherei zu unterbinden. Vielmehr muss für eine wirksame Bekämpfung der Geldwäscherei neben der strafrechtlich angedrohten Sanktion auch das Zivilrecht eine entsprechende Rechtsfolge vorsehen. Mit anderen Worten genügt die Strafsanktion dem Schutzzweck des Art. 305^{bis} revStGB alleine nicht. Lässt sich mit entsprechenden Bankverträgen nämlich weiterhin zivilrechtlich gültig Geld verdienen, dürfte die Strafsanktion zukünftig allenfalls als wirtschaftliches Risiko einkalkuliert und die entsprechenden Verträge geschlossen werden. Zeitigen Verstösse gegen den Geldwäschereitattbestand jedoch nebst strafrechtlichen auch vertragsrechtliche Konsequenzen, dürfte dies der vom Gesetzgeber beabsichtigten Wirksamkeit der Geldwäschereibekämpfung zusätzlich Nachdruck verleihen.

[Rz 50] Die Bedeutung des zu bekämpfenden Erfolgs ist gross. Dies lässt sich alleine anhand der weltweiten, zunehmend konsequenten Geldwäschereibekämpfung feststellen. Der Nichtigkeit der in Frage stehenden Bankverträge steht aus zivilrechtlicher Sicht nichts entgegen. Eine andere, allenfalls weniger einschneidende Rechtsfolge wird vom Zivilrecht nicht vorgesehen. Was die Wirkungen der Nichtigkeit anbelangt, so sind diese als angemessen zu beurteilen. Es ist nämlich sachgerecht, dass keine Partei vertragsrechtlich verpflichtet werden kann, eine Geldwäschereihandlung zu begehen. Die Diskussion über die Gültigkeit des Vertrages bildet an diesem Punkt eine Schnittmenge mit der Frage nach der Pflicht zur Ausführung auf dem Vertrag basierender Weisungen. Konkret wäre es widersprüchlich, die Gültigkeit eines entsprechenden Vertrages zu postulieren, sich aber unter Hinweis auf allfällige Strafbarkeitsrisiken einer darauf basierenden Weisung zu widersetzen. Im Umkehrschluss ist es zivilrechtlich zu verbieten, dass sich eine Vertragspartei über solches Verhalten bzw. das Eingehen solcher Risiken gültig verpflichten kann.

[Rz 51] Es entspricht zusammenfassend also dem Willen des Gesetzgebers, dass Banken und ihre Kunden keine gültigen Verträge über Vermögenswerte aus qualifizierten Steuervergehen zwecks

Verweisen.

⁸⁵ Siehe statt vieler JÜRIG-BEAT ACKERMANN (Fn. 25), Geldwäschereistrafrecht, § 15 N 9.

⁸⁶ URS ZULAUF, Miteinander oder Gegeneinander?, Zum Regulierungsprozess im Schweizer Finanzmarktrecht, SZW 2014, S. 600 (601).

Geldwäscherei schliessen können.⁸⁷ Die Nichtigkeit i.S.v. Art. 20 OR ergibt sich daher mit Bezug auf Art. 305^{bis} Ziff. 1 revStGB aus dessen Sinn und Zweck.

2. Steuerstrafrecht: Keine Nichtigkeit

[Rz 52] Nach herrschender Lehre und bundesgerichtlicher Praxis ist das vom Steuerstrafrecht geschützte Rechtsgut der Fiskalanspruch des Staates.⁸⁸ Geschützt ist dabei – anders als im Rahmen der Geldwäscherei – einzig der Steueranspruch des inländischen Gemeinwesens.⁸⁹ Die Steuerstrafatbestände dienen somit dem Schutz des öffentlichen Interesses an einer Finanzlage, die es dem Gemeinwesen erlaubt, die ihm übertragenen Aufgaben zu erfüllen.⁹⁰ Dass die Steuerhinterziehung mit Strafe bedroht ist, soll sodann zu einer gerechten Verteilung der Steuerlasten beitragen.⁹¹

[Rz 53] Der Schutzzweck der Steuerstrafnormen verlangt nicht nach zivilrechtlicher Nichtigkeit der Bankverträge. Der Staat kann seinen Fiskalanspruch nämlich auch dann durchsetzen, wenn die Bankverträge gültig sind und bleiben. Er tut dies zur Hauptsache im Rahmen eines Nachsteuerverfahrens. Die zivilrechtliche Nichtigkeit sämtlicher Bankverträge denen unversteuerte Vermögenswerte zugrunde liegen, würde deshalb mit Blick auf den Schutzzweck der Steuerstrafnormen keinerlei Nutzen bringen, demgegenüber jedoch zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen, weshalb sie als unangemessene Rechtsfolge qualifizierte.

[Rz 54] Zusammenfassend wären daher Bankverträge die «einzig» gegen eine Steuerstrafnorm verstossen selbst bei Vorliegen von Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 20 OR nicht als nichtig zu beurteilen, weil sich die Nichtigkeit diesbezüglich nicht aus dem «Sinn und Zweck» der entsprechenden Normen ergibt.

3. Gewährsverletzung: Keine Nichtigkeit

[Rz 55] Hinsichtlich Art. 3 Abs. 2 lit. a und c BankG ist vorab zu berücksichtigen, dass dieser sich – wie gesehen – einzig auf das Verhalten der Bank selber, nicht aber auf den Inhalt der von ihr geschlossenen Verträge bezieht. In solchen Konstellationen, d.h. wenn sich die verletzte Norm «nur» gegen die persönliche Beteiligung einer der Parteien an einem Vertrag richtet, ist das Bundesgericht bei der Annahme von Nichtigkeit ausserordentlich zurückhaltend.⁹²

[Rz 56] Unabhängig davon, dass die Hürden an die Nichtigkeit damit vorliegend ungleich höher sind als in den bereits untersuchten Fällen, muss diese bereits mit Blick auf den Schutzzweck der Gewährsbestimmung verneint werden. So liegt der primäre Schutzzweck des Bankengesetzes im

⁸⁷ Diese Intention wird durch Art. 7 revGwV-FINMA (Fn. 32), welcher zwar die Nichtigkeit ebenfalls nicht explizit vorsieht, aber Art. 305^{bis} StGB konkretisiert (siehe vorne II./C./1./1.1.), untermauert.

⁸⁸ PETER LOCHER, Kommentar DBG (Fn. 41), N 6 zur Einführung zum sechsten Teil, m.w.N. sowie ROMAN SIEBER, DBG-Kommentar (Fn. 45), N 5 zu Art. 175 DBG. Das Rechtsgut des Steuerbetrugs ist insofern umfassender als dasjenige der Steuerhinterziehung, als sein spezieller Unrechtsgehalt darin liegt, dass der Steuerpflichtige bei der Verletzung seiner Auskunftspflichten gegenüber den Steuerbehörden unechte oder unwahre Urkunden gebraucht, siehe ROMAN SIEBER, DBG-Kommentar (Fn. 45), N 7 zu Art. 186 DBG.

⁸⁹ URS R. BEHNISCH (Fn. 50), Steuerstrafrecht, § 25 N 17.

⁹⁰ ROMAN SIEBER (Fn. 88), DBG-Kommentar, N 5 zu Art. 175 DBG.

⁹¹ ROMAN SIEBER (Fn. 88), DBG-Kommentar, N 5 zu Art. 175 DBG, m.w.N.

⁹² Mit den Worten des Bundesgerichts: «Keine Widerrechtlichkeit des Vertragsinhalts mit Nichtigkeitsfolge ist [...] im allgemeinen dann gegeben, wenn sich die verletzte Norm nur gegen die persönliche Beteiligung einer der Parteien am Vertrag richtet.» Siehe BGE 121 IV 365 E. 9a S. 371, ferner BGE 117 II 286 E. 4a S. 287 und BGE 117 II 47 E. 2a S. 48 = Pra 1991, Nr. 205 S. 877 (877 f.).

Gläubigerschutz. Darunter wird der Schutz der Gläubiger vor dem Risiko einer Insolvenz oder Illiquidität einer Bank verstanden. Er ergibt sich aus der Tatsache, dass zwischen der Bank und dem Kunden ein Informationsgefälle besteht und dem Kunden die Überprüfung des Schuldnerrisikos weder möglich noch zumutbar ist.⁹³ Ferner dient das Bankengesetz dem sog. Funktionsschutz. Dieser bezweckt in erster Linie, die Stabilität und Funktionsbedingungen eines effizienten Finanzmarktes zu gewährleisten. Es soll verhindert werden, dass der Zusammenbruch eines Akteurs eine Kettenreaktion zur Folge hat.⁹⁴

[Rz 57] Im Kontext der Bankverträge über unversteuerte Vermögenswerte findet der Gläubigerschutz keine Anwendung. Weder besteht ein Informationsgefälle zwischen den Parteien (sowohl Kunde als auch Bank kennen den Status der unversteuerten Vermögenswerte) noch ist der Kunde, der selber delinquent, gegenüber der Bank schützenswert. Was den Funktionsschutz anbetrifft, so wird dieser mittels aufsichtsrechtlicher Sanktionierung der Bank ausreichend gewahrt. Er verlangt nicht nach einer darüber hinausgehenden Nichtigkeit der entsprechenden Verträge, ganz abgesehen davon, dass diese der Stabilität des Finanzplatzes abträglich wäre.

[Rz 58] Insgesamt ist daher Folgendes festzuhalten: Bankverträge über unversteuerte Vermögenswerte, die «alleine» gegen Art. 3 Abs. 2 lit. a und c BankG verstossen, wären selbst dann gültig, wenn man ihre Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 20 OR bejahen würde. Denn die Rechtsfolge der Nichtigkeit tritt erst ein, wenn dies dem Sinn und Zweck der verletzten Rechtsnorm entspricht, was bei der bankengesetzlichen Gewährsbestimmung nicht der Fall ist.

E. Fazit

[Rz 59] Nach den bisherigen Ergebnissen sind einzig diejenigen Bankverträge über unversteuerte Vermögenswerte widerrechtlich und damit nichtig i.S.v. Art. 20 OR, bei welchen sich die Bank gemäss Art. 305^{bis} revStGB strafbar macht, insbesondere weil sie von der fehlenden Steuerkonformität der zugrundeliegenden Vermögenswerten weiss oder diese erkennen muss und sich im Klaren darüber ist oder sein muss, dass der Bankvertrag dem Waschen dieser Vermögenswerte dient. In Fällen in welchen seitens der Bank «lediglich» ein Verstoss gegen die Steuerstrafbestimmungen oder das Bankengesetz vorliegt, fehlt es sowohl an der Widerrechtlichkeit der Bankverträge als auch daran, dass der «Sinn und Zweck» der jeweiligen Norm keine Rechtsfolge der Nichtigkeit i.S.v. Art. 20 OR verlangt.

[Rz 60] Damit dürften unter dem Gesichtspunkt der Widerrechtlichkeit die allermeisten Bankverträge über unversteuerte Vermögenswerte gültig sein. Dies erstens deshalb, weil die Bank häufig nicht weiss oder erkennen kann, dass Vermögenswerte unversteuert sind und der Kunde Geldwäscherei bezweckt. Zweitens ist der Anwendungsbereich von Art. 305^{bis} revStGB in der Tatbestandsvariante der «qualifizierten Steuerdelikte» insofern beschränkt, als er einerseits eine Urkundenfälschung voraussetzt – womit all jene Fälle ausscheiden, bei denen eine Steuerhinterziehung «einzig» durch Nichtdeklaration von Vermögenszuflüssen bewirkt wird – und er andererseits verlangt, dass die hinterzogene Steuer 300'000 Franken pro Steuerperiode beträgt, was erst bei einem jährlichen Bruttoeinkommen ab 700'000 Franken bzw. einem Jahresreingewinn ab einer Million Franken der

⁹³ THOMAS MÜLLER, Einleitung zum BankG, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013, N 19 zur Einleitung.

⁹⁴ THOMAS MÜLLER, BSK BankG (Fn. 93), N 22 zur Einleitung.

Fall sein kann.⁹⁵

III. Sittenwidrigkeit

[Rz 61] Im vorherigen Kapitel wurde festgestellt, dass die meisten Bankverträge über ungesteuerte Vermögenswerte unter dem Gesichtspunkt der Widerrechtlichkeit inhaltlich gültig sind.⁹⁶ Zu untersuchen bleibt, ob solche Verträge auch einer Sittenwidrigkeitsprüfung standhalten.

A. Begriff

1. Standardformel für Binnensachverhalte

[Rz 62] Ein gegen die guten Sitten verstossender *Vertragsinhalt* i.S.v. Art. 20 OR liegt gemäss Bundesgericht dann vor, wenn «gegen die herrschende Moral, d.h. gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe» verstossen wird.⁹⁷ In Übereinstimmung mit der Widerrechtlichkeit ist auch bei der Sittenwidrigkeit von einem weiten Inhaltsbegriff auszugehen, weshalb nicht nur der *Vertragsgegenstand*, sondern auch der *Vertragsabschluss* sowie der *Vertragszweck* zum Inhalt des Vertrags zu zählen sind.⁹⁸

2. Standardformel bei Verletzung ausländischen Rechts

[Rz 63] Verstösst ein Vertrag, der schweizerischem Recht unterstellt ist, gegen eine zwingende Norm des ausländischen Rechts, so wird diese Verletzung im Rahmen von Art. 20 OR nicht unter dem Titel der Widerrechtlichkeit, sondern unter dem Titel der Sittenwidrigkeit geprüft.⁹⁹

[Rz 64] Nach der Standardformel des Bundesgerichts führt die Verletzung ausländischen zwingenden Rechts zur Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts im Sinne von Art. 20 OR, «wenn es deshalb auch nach schweizerischer Auffassung als sittenwidrig empfunden wird. Dies setzt voraus, dass die verletzte ausländische Vorschrift Interessen des Individuums und der menschlichen Gemeinschaft von fundamentaler und lebenswichtiger Bedeutung schützt oder Rechtsgüter in Frage ste-

⁹⁵ Votum von Frau Bundesrätin Widmer-Schlumpf an der Sitzung des Nationalrats vom 18. Juni 2014, Amtl. Bull. NR 2014, S. 1200. Wird die Schwelle von 300'000 Franken nicht erreicht, käme allenfalls eine Bestrafung wegen Geldwäscherei dann in Frage, wenn echte Konkurrenz zu einer Urkundenfälschung bestünde oder (im Bereich des Corporate Banking) gleichzeitig ein qualifizierter Abgabebetrug vorliegen würde, siehe RENÉ MATTEOTTI/SELINA MANY, Erhöhung der Strafrisiken für Banken und ihre Mitarbeiter infolge Einführung der Steuergeldwäscherei, in: Jusletter 23. Februar 2015, Rz. 15 f. Diesfalls ist aber nicht die Tatbestandsvariante der «qualifizierten Steuerdelikte» sondern diejenige des «Verbrechens» betroffen, weshalb solche Fälle im vorliegenden Beitrag nicht Gegenstand der Betrachtung bilden.

⁹⁶ Im Fall der Geldwäscherei wurde Widerrechtlichkeit angenommen, bei den Steuerdelikten (Steuerhinterziehung, Steuerbetrug) jedoch verneint.

⁹⁷ BGE 136 III 474 E. 3 S. 477; BGE 132 III 455 E. 4.1 S. 458; BGE 129 III 604 E. 5.3 S. 617; BGE 123 III 101 E. 2 S. 102; BGE 115 II 232 E. 4a S. 235.

⁹⁸ CLAIRE HUGUENIN, BSK OR I (Fn. 6), N 36 zu Art. 19/20 OR; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÜRGEN SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, OR AT I (Fn. 12), Rz. 656; ROLAND HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit (Fn. 39), S. 35 ff. Für eine restriktivere Auslegung CLAIRE HUGUENIN, BSK OR I (Fn. 6), N 32 f. zu Art. 19/20 OR. Zur Widerrechtlichkeit siehe vorne II./A.

⁹⁹ Zuletzt Urteil des Bundesgerichts 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5 (insoweit nicht in BGE 138 III 601). Für die Doktrin statt vieler: PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÜRGEN SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, OR AT I (Fn. 12), Rz. 654.

hen, die nach allgemeiner ethischer Auffassung schwerer wiegen als die Vertragsfreiheit.»¹⁰⁰ Zu den «Fundamentalnormen» im Sinne der Rechtsprechung zählen die Verbote des Rauschgifthandels, des Menschenhandels und des Waffenhandels in Konfliktgebieten. Keinen solchen Fundamentalcharakter haben demgegenüber Devisenvorschriften oder andere handelspolitische Massnahmen.¹⁰¹ Diese Kategorisierung hat das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahre 2012 bestätigt.¹⁰²

B. Wissen der Bank um den Steuerstatus

[Rz 65] Parallel zur Rechtslage bei der Widerrechtlichkeit ist auch bei der Sittenwidrigkeit i.S.v. Art. 20 OR als Grundvoraussetzung notwendig, dass die Bank weiss oder wissen muss, dass die anvertrauten Vermögenswerte nicht ordnungsgemäss versteuert sind. Denn der Bankvertrag an sich ist zweifellos *nicht* sittenwidrig. Das «allgemeine Anstandsgefühl»¹⁰³ ist überhaupt erst berührt, wenn feststeht, dass die Bank wissentlich oder jedenfalls eventualvorsätzlich unbesteuerte Vermögenswerte entgegengenommen hat.

C. Mögliche Konstellationen bei inländischen Steuerdelikten

1. Steuerdelikt als einziger Vertragszweck

[Rz 66] Das Bundesgericht hatte – soweit ersichtlich – bislang nur in einem Fall die Gelegenheit, sich zur Sittenwidrigkeit eines Bankvertrages über unbesteuerte Vermögenswerte zu äussern. Der Entscheid stammt aus dem Jahr 1922.¹⁰⁴ Die schweizerische Bank und der schweizerische Steuerpflichtige hatten ein Darlehenskonstrukt kreiert, das einzig dem Zweck diene, das Vermögen des Steuerpflichtigen gegenüber der Steuerbehörde als geringer erscheinen zu lassen, als es tatsächlich war. In Bezug auf den Vertragszweck erwog das Bundesgericht, dass der Tatbestand von Art. 20 OR nicht schon dann erfüllt sei, wenn eine Partei mit dem Vertrag einen unsittlichen Zweck verfolge und die Gegenpartei Kenntnis davon habe. Vielmehr sei erforderlich, dass für die betreffende Partei der Vertrag *nur* im Hinblick auf die Erreichung des sittenwidrigen Zwecks *überhaupt* von Interesse sei und die Gegenpartei dies wisse.¹⁰⁵

[Rz 67] Ein Bankvertrag über unbesteuerte Vermögenswerte ist mithin erst dann sittenwidrig, wenn die Steuerhinterziehung für beide Parteien ersichtlich der *einzig* Zweck des Vertrages ist.

2. Weitere Konstellationen aufgrund eines Wertewandels?

[Rz 68] Seit dem oben referierten Entscheid sind fast hundert Jahre vergangen, weshalb man sich fragen muss, ob der damals angesetzte Beurteilungsmassstab heute noch gilt. Die Frage stellt sich

¹⁰⁰Urteil des Bundesgerichts 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5 (insoweit nicht in BGE 138 III 601). Siehe auch Urteil des Bundesgerichts 4C.172/2000 vom 28. März 2001 E. 5d; BGE 80 II 49 E. 3 S. 52; BGE 76 II 33 E. 8 S. 41; BGE 62 II 108 E. 2a S. 110 f.

¹⁰¹BGE 76 II 33 E. 8 S. 41 f. (Menschenhandel, Rauschgifthandel); BGE 80 II 49 E. 3 S. 51 f. (Devisenvorschriften); Urteil des Bundesgerichts 4C.172/2000 vom 28. März 2001 E. 5d (Waffenhandel).

¹⁰²Urteil des Bundesgerichts 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5 (indonesische Devisenvorschriften).

¹⁰³BGE 136 III 474 E. 3 S. 477.

¹⁰⁴BGE 48 II 270.

¹⁰⁵BGE 48 II 270 E. 2 S. 275 f.

nicht so sehr hinsichtlich des Falls, bei welchem die Steuerhinterziehung den einzigen Vertragszweck bildet. Auch heute würde man einen Bankvertrag, bei dem der Hinterziehungszweck den sonstigen Inhalt über die Erbringung von geschäftstypischen Bankleistungen vollständig überlagert, als sittenwidrig qualifizieren. Vielmehr stellt sich die Frage, ob das tatsächliche oder eventualvorsätzliche Wissen der Bank über den nicht konformen Steuerstatus der zugrundeliegenden Vermögenswerte *per se* ausreicht, um den Bankvertrag als sittenwidrig zu qualifizieren.

[Rz 69] Dass sich die gesellschaftliche Bewertung von Steuerdelikten gewandelt hat, ist unübersehbar. Waren Steuervergehen gestern noch Kavaliersdelikte, so sind sie heute Kapitaldelikte. Man spricht vom «Diebstahl am Staat» und beäugt selbst legale Steueroptimierungskonstrukte mit Argwohn. Auf der internationalen Ebene zeigt sich die Entwicklung eindrucklich an den Aktionsfeldern des für Geldwäschereifragen massgeblichen Gremiums, der Groupe d' action financière (GAFI). Standen zunächst die Finanzströme aus dem Betäubungsmittelgeschäft im Vordergrund, so weitete sich der Fokus nach den Anschlägen von 9/11 auf die Terrorismusfinanzierung aus. Im Zuge der Finanzkrise kam als Hauptthema die Bekämpfung der Steuerkriminalität hinzu.¹⁰⁶ Die Empfehlungen der GAFI haben in diesem Bereich zu einer bedeutenden Verschärfung des Geldwäschereirechts geführt.¹⁰⁷

[Rz 70] Trotz dieses Wandels ist aber weiterhin davon auszugehen, dass das blossе Wissen oder Erkennen müssen der Bank um den unversteuerten Status der angenommenen Vermögenswerte den Vertrag nicht sittenwidrig werden lässt. Der Anschein einer konzeptionellen Gleichschaltung von Betäubungsmittelhandel, Terrorismusfinanzierung und Steuerhinterziehung, wie sie ein oberflächlicher Blick auf die Aktionsfelder der GAFI suggeriert, hält einer näheren Betrachtung nicht stand. Man kann nicht ernsthaft behaupten, dass Steuerdelikte unter Wertungsgesichtspunkten gleichermaßen verpönt sind wie die Finanzierung von Terrorgruppen. Im ersten Fall geht es um die finanziellen Interessen des Staates, im zweiten Fall um seine Existenz und den Fortbestand von staatlichen Strukturen, die den Grund- und Menschenrechten verpflichtet sind.

[Rz 71] Für die weitgehende Gültigkeit von Verträgen über unversteuerte Vermögenswerte spricht weiter die Funktion der Sittenwidrigkeit in der privatrechtlichen Inhaltskontrolle: Im Kern soll damit erreicht werden, dass der Staat seine Institutionen nicht zur Verfügung stellt, um Verträge zu beurteilen und durchzusetzen, die fundamentale Wertprinzipien verletzen. Es wäre mit Blick auf diese Funktion nicht sachgerecht, dass die Gerichte sowohl der Bank als auch dem Bankkunden den Rechtsschutz im Hinblick auf die gesamten vertraglichen Abrechnen – seitens der Bank etwa die Pflicht zur sorgfältigen Anlage oder die Rechenschaftspflicht, seitens des Kunden die Zustimmung zu den Allgemeinen Vertragsbedingungen – verweigern würden, nur weil die anvertrauten Vermögenswerte nicht ordnungsgemäss versteuert wurden.

[Rz 72] Hinzu kommt Folgendes: In der Schweiz gilt (noch) der Grundsatz, dass die primäre Ver-

¹⁰⁶So erwog die GAFI mit ihrem Konsultationspapier vom Oktober 2010 «The Review of the Standards – Preparation for the 4th Round of Mutual Evaluations» (abrufbar unter: <http://www.fatf-gafi.org/topics/fatfrecommendations/documents/reviewofthefatfstandards.html>), erstmals in dieser Form, Steuerdelikte als Vortaten zur Geldwäscherei in ihre Empfehlungen einzuschliessen, was sie anlässlich der im Februar 2012 verabschiedeten teilrevidierten 40 Empfehlungen (abrufbar unter: <http://www.fatf-gafi.org/topics/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>) schliesslich tat.

¹⁰⁷Die Tendenz zur Nulltoleranz bei Steuerkriminalität zeigt sich insb. in Art. 6a E-GwG (Entwurf des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor, BBl 2015 4247, S. 4247 f.), welcher per 1. Januar 2017 in Kraft treten soll und festhält, dass ein Finanzinstitut unversteuerte Vermögenswerte nicht annehmen und diesbezüglich keine neuen Geschäftsbeziehungen eingehen darf, sowie bestehende Geschäftsbeziehungen auflösen muss.

antwortlichkeit für die Offenlegung und Versteuerung von Einkünften und Vermögen beim Steuerpflichtigen selbst liegen. Die vertikale Steuerpflicht betrifft die Gültigkeit der horizontalen Vertragsbeziehung also nur im Ausnahmefall. Die zentralen Grenzen der Gültigkeit werden bereits durch die Inhaltsschranke der Widerrechtlichkeit gesetzt (Art. 305^{bis} revStGB). Hinzu kommt die Grenze, dass der Vertrag nicht einzig dem Zweck der Steuerhinterziehung dienen darf. Ausserhalb dieser Konstellationen steht bei Bankverträgen über unversteuerte Vermögenswerte die Vereinbarung über die Erbringung banktypischer Leistungen im Vordergrund. Ein Verstoss gegen die immanenten Wertprinzipien unserer Gesellschaft ist in diesen Verträgen nicht zu erblicken.

3. Fazit: Sittenwidrigkeit nur bei einzigem Vertragszweck

[Rz 73] Ein Bankvertrag über unversteuerte Vermögenswerte im inländischen Kontext ist demnach auch unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit grundsätzlich gültig. Aus der auch noch in der heutigen Zeit relevanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu diesem Thema folgt, dass solche Bankverträge erst dann sittenwidrig sind, wenn die Ermöglichung der Steuerhinterziehung für beide Parteien ersichtlich der *einzig*e Zweck des Vertrages ist. Da dies wohl in der Praxis eine Ausnahmerecheinung sein wird, ist mit Blick auf die Sittenwidrigkeit von der grundsätzlichen Gültigkeit von inländischen Bankverträgen über unversteuerte Vermögenswerte auszugehen.

D. Mögliche Konstellationen bei ausländischen Steuerdelikten

1. Steuerdelikt als einziger Vertragszweck

[Rz 74] Wie oben dargelegt, führt die Verletzung ausländischen zwingenden Rechts dann zur Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts, wenn dieses «auch nach schweizerischer Auffassung als sittenwidrig empfunden wird.»¹⁰⁸ Aus Sicht des Bundesgerichts besteht demnach ein inhaltlicher Gleichklang zwischen der Sittenwidrigkeit im Binnenverhältnis und der Sittenwidrigkeit als Folge der Verletzung zwingender ausländischer Rechtsnormen. Wenn also ein Vertrag bei reiner Inlandbetrachtung sittenwidrig ist, so ist er es auch, wenn der formelle Regelverstoss im ausländischen Recht liegt. Als Folge davon ist ein Bankvertrag über Vermögenswerte, die im Ausland nicht ordnungsgemäss versteuert sind, als sittenwidrig zu qualifizieren, wenn er einzig dem Zweck der Steuerhinterziehung dient. Denn diese Konstellation führt auch im Inlandverhältnis zur Annahme eines sittenwidrigen Vertrages.

[Rz 75] Der inhaltliche Gleichklang zwischen der Sittenwidrigkeit im Binnenverhältnis und der Sittenwidrigkeit als Folge der Verletzung zwingender ausländischer Rechtsnormen gilt aber auch in umgekehrter Richtung: Soweit ein Bankvertrag über unversteuerte Vermögenswerte in der Schweiz *nicht* als sittenwidrig gilt, ist für die Berücksichtigung einer Wertung des ausländischen Rechts, wonach eine Sittenwidrigkeit anzunehmen ist, kein Platz. Das schweizerische Verständnis darüber, welcher Vertrag vor dem «allgemeinen Anstandsgefühl» Bestand hat, führt gewissermassen zu einer Sperrwirkung gegenüber dem ausländischen «allgemeinen Anstandsgefühl». Diese Sperrwirkung kennt allerdings eine Ausnahme: Würde ein Vertrag in einer parallelen Konstellation in der Schweiz als widerrechtlich beurteilt, so ist die ausländische Widerrechtlichkeit im Rahmen der Sittenwidrigkeit zu berücksichtigen. Wie noch zu zeigen sein wird, spielt diese Ausnahme im

¹⁰⁸Urteil des Bundesgerichts 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5 (insoweit nicht in BGE 138 III 601).

vorliegenden Kontext jedoch keine Rolle.

[Rz 76] Der inhaltliche Gleichklang der beiden Sittenwidrigkeitsformeln (Inland, Ausland) wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass für das Auslandsverhältnis der Fundamentalcharakter der verletzten Normen stark in den Vordergrund gerückt wird («Interessen des Individuums und der menschlichen Gemeinschaft von fundamentaler und lebenswichtiger Bedeutung [...]»¹⁰⁹). Tatsächlich wird damit für das ausländische Recht nicht eine andere, grundlegendere Sittenwidrigkeit verlangt als im innerschweizerischen Kontext, wo generell vom «allgemeinen Anstandsgefühl» gesprochen wird. Damit unterstreicht das Bundesgericht nur seine Grundhaltung, dass im Rahmen von Art. 20 OR ein *einheitlicher* Sittlichkeitsbegriff gelten soll. Anders gesagt: Die Sittenwidrigkeit nach schweizerischem Recht kann nicht von den Einzelwertungen der jeweiligen ausländischen Rechtsordnung abhängen, sondern muss Wertvorstellungen verletzen, die aus schweizerischer Sicht allgemeine, grenzüberschreitende Geltung verlangen – solche, die Fundamentalcharakter haben.

[Rz 77] Die Massgeblichkeit der inländischen Wertvorstellungen zeigt sich auch bei der beispielhaften Aufzählung des Bundesgerichts: Sittenwidrig sind Verträge über Rauschgifthandel, Menschenhandel oder Waffenlieferungen in Konfliktgebiete. Nicht sittenwidrig sind Verträge, die gegen Devisenvorschriften oder andere handelspolitische Massnahmen verstossen.¹¹⁰ Erstere beanspruchen aus Schweizer Sicht allgemeine Geltung. Letztere werden hingegen von einzelnen Regierungen erlassen und stehen grundsätzlich im Widerspruch zur liberalen Wirtschaftsordnung der westlichen Staatenwelt, einschliesslich der Schweiz. Der Widerspruch ist angesichts der Griechenlandkrise oder der Frankenstärke nicht in Stein gemeisselt, zudem erklärt er sich vor dem historischen Hintergrund der bundesgerichtlichen Präjudizien (Weltkriegsjahre). Was darin aber Bestätigung findet, ist der inhaltliche Gleichklang der verschiedenen Sittenwidrigkeitsformeln, die das Bundesgericht verwendet: Inhaltlich geht es nämlich in beiden Fällen um das inländische Sittlichkeitsverständnis.

[Rz 78] Für Bankverträge über Vermögenswerte, die im Ausland nicht ordnungsgemäss versteuert sind, folgt daraus, dass ein einheitlicher Sittlichkeitsstandard gilt, der sich am «allgemeinen Anstandsgefühl» der Schweizerinnen und Schweizer orientiert. Damit ist auch gesagt, dass es für die Sittenwidrigkeit nach Art. 20 OR nicht darauf ankommen kann, ob und unter welchen Bedingungen sich die Bank mit der Entgegennahme oder Verwaltung der Vermögenswerte nach ausländischem Recht strafbar macht; sonst wären ganz ähnliche Bankverträge einmal sittenwidrig und einmal nicht. Die Frage lautet vielmehr, ob der betreffende Bankvertrag widerrechtlich oder allenfalls sittenwidrig wäre, wenn der Bankkunde in der Schweiz einer Steuerpflicht unterliegen würde.

2. Weitere Konstellationen aufgrund eines Wertewandels?

[Rz 79] Nachdem zwischen der «Binnen-Sittenwidrigkeit» und der «Ausland-Sittenwidrigkeit» ein inhaltlicher Gleichklang besteht, kann für die Frage, ob der Wertewandel im Hinblick auf die Steuerehrlichkeit zu weiteren Nichtigkeitsfällen führt, auf die Überlegungen im Zusammenhang mit

¹⁰⁹Urteil des Bundesgerichts 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5 (insoweit nicht in BGE 138 III 601). Siehe auch Urteil des Bundesgerichts 4C.172/2000 vom 28. März 2001 E. 5d; BGE 80 II 49 E. 3 S. 52; BGE 76 II 33 E. 8 S. 41; BGE 62 II 108 E. 2a S. 110 f.

¹¹⁰Rauschgifthandel und Menschenhandel werden zwar in den Gerichtsentscheiden erwähnt, aber sie waren nicht Gegenstand eines konkreten Entscheides. Anders im Fall des Waffenhandels; der entsprechende Vertrag wurde vom Bundesgericht als sittenwidrig qualifiziert: Urteil des Bundesgerichts 4C.172/2000 vom 28. März 2001 E. 5d. Konkreter Gegenstand der anderen Entscheide waren jeweils Devisenvorschriften, siehe BGE 62 II 108 E. 2a S. 110 f. (1936, Deutschland); BGE 76 II 33 E. 8 S. 41 f. (1950, Rumänien); BGE 80 II 49 E. 3 S. 51 f. (1954, Deutschland); Urteil des Bundesgerichts 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5 (2012, Indonesien).

der «Binnen-Sittenwidrigkeit» verwiesen werden. Dort lautete der Schluss, dass Verträge, bei denen die banktypische Leistung nicht vollständig vom Zweck der Steuerhinterziehung überlagert ist, gültig sind. Das gilt auch für Verträge über Vermögenswerte, die im Ausland nicht ordnungsgemäss versteuert sind.

3. Weitere Konstellationen aufgrund einer inländischen Widerrechtlichkeit?

[Rz 80] Die Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 20 OR setzt die Verletzung einer Vorschrift der schweizerischen Rechtsordnung voraus. Verstösse gegen ausländische Rechtsnormen müssen über die Sittenwidrigkeit abgehandelt werden. Es entspricht dem Gebot der Einheit der Rechtsordnung, dass man für Verträge, die dem schweizerischen Sachrecht unterstehen, insgesamt einen konsistenten inhaltlichen Wertmassstab entwickelt. Anders gesagt: Grundsätzlich müssten diejenigen Verträge sittenwidrig sein, die bei einer reinen Inlandbetrachtung widerrechtlich und damit nichtig wären.

[Rz 81] Aus dieser Überlegung heraus ist nicht nur zu prüfen, welche grenzüberschreitenden Bankverträge aus schweizerischer Sicht sittenwidrig sind, sondern auch, welche dieser Verträge bei Anwendung des schweizerischen Rechts als widerrechtlich und nichtig gelten würden. Hier ist zunächst in Erinnerung zu rufen, dass die Geldwäschereिनorm in Art. 305^{bis} revStGB auch im Ausland getätigte Steuerdelikte umfasst. Verstösse gegen diese Norm müssen daher nicht unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit, sondern vielmehr unter demjenigen der Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 20 OR geprüft werden. Bei Verstössen gegen «blosse» Steuerstraftatbestände wäre demgegenüber zu fragen, ob der Vertrag widerrechtlich und nichtig wäre, wenn der Bankkunde nicht im Ausland, sondern in der Schweiz steuerpflichtig wäre. Würde man dies bejahen, läge jedenfalls vermutungsweise Sittenwidrigkeit vor.

[Rz 82] Der Konjunktiv im Text zeigt es allerdings bereits an: Aus Sicht des schweizerischen Rechts sind Bankverträge über unversteuerte Vermögenswerte auch dann gültig, wenn sich die Bank der Beihilfe zu einem Steuerbetrug oder zu einer Steuerhinterziehung strafbar macht. Dasselbe muss für Bankverträge über Vermögenswerte gelten, die im Ausland nicht ordnungsgemäss versteuert sind.

4. Fazit: Sittenwidrigkeit nur bei einzigem Vertragszweck

[Rz 83] Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass ausländische Steuerdelikte unter dem Titel der Sittenwidrigkeit nur dann zur Nichtigkeit des Bankvertrages führen, wenn das Steuerdelikt den einzigen Zweck des Vertrages bildet. Das ist dann der Fall, wenn der Vertrag wirtschaftlich gesehen überhaupt nur im Hinblick auf dieses Motiv einen Sinn ergibt. Der «gewöhnliche» Bankvertrag, bei dem die Erbringung der banktypischen Leistungen im Vordergrund steht, ist unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit hingegen auch dann gültig, wenn die Bank weiss, dass die verwalteten Vermögenswerte im Ausland nicht ordnungsgemäss versteuert sind.

E. Die Bedeutung von Art. 19 IPRG

[Rz 84] Aktuell stehen bei der Frage der Gültigkeit von Bankverträgen über unversteuerte Vermögenswerte vor allem die Verträge mit ausländischen Kunden im Vordergrund. Für die Beurteilung von Vertragsbeziehungen mit Auslandsbezug steht das IPRG zur Verfügung. Dieses enthält mit Art. 19 IPRG eine Bestimmung über die Berücksichtigung zwingenden ausländischen Rechts. Die

genannte Bestimmung bildet an sich den «moderneren» methodischen Weg für die Öffnung des schweizerischen Rechts gegenüber ausländischen Rechtsnormen als die schuldrechtliche Generalklausel der Sittenwidrigkeit. Die Frage der Gültigkeit eines Vertrages, der gegen (zwingendes) ausländisches Recht verstösst, wird vom Bundesgericht in jüngerer Zeit denn auch vereinzelt gestützt auf Art. 19 IPRG geprüft.¹¹¹ In der Regel stellt das Bundesgericht aber nach wie vor auf die Generalklausel der Sittenwidrigkeit ab.¹¹² Dennoch soll hier untersucht werden, ob für die Frage der Gültigkeit von Bankverträgen über unversteuerte Vermögenswerte Art. 19 IPRG einen massgeblichen Beitrag leisten kann.

1. Voraussetzungen

[Rz 85] Wollte man die Frage der Gültigkeit von Bankverträgen über unversteuerte Vermögenswerte nach Art. 19 IPRG prüfen, so würde dies Folgendes voraussetzen: (1) Das ausländische Recht will zwingend angewendet werden, (2) nach schweizerischer Rechtsauffassung gebieten schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei die Anwendung und (3) weist der Sachverhalt mit dem einschlägigen ausländischen Recht einen engen Zusammenhang auf (Art. 19 Abs. 1 IPRG). Ob eine ausländische Rechtsnorm zu berücksichtigen ist, beurteilt sich nach ihrem Zweck und den daraus sich ergebenden Folgen für eine nach schweizerischer Rechtsauffassung sachgerechte Entscheidung (Art. 19 Abs. 2 IPRG). Umstritten ist, ob den Kriterien von Art. 19 Abs. 2 IPRG eigenständige Bedeutung zukommt, oder ob sie ihm Rahmen des schützenswerten Interesses berücksichtigt werden.¹¹³ Praktisch gesehen hat diese Frage allerdings keine weiteren Auswirkungen.

2. Beschränkte Relevanz bei der Gültigkeitsfrage

[Rz 86] Dass ausländisches Steuerrecht zwingend angewendet werden will, steht ausser Frage. Weniger auf der Hand liegt, dass ein offensichtlich überwiegendes Interesse einer Partei die Anwendung des ausländischen Steuerrechts gebietet. Denn die Frage nach der Gültigkeit von Bankverträgen über unversteuerte Vermögenswerte stellt sich nur, wenn beide Parteien den Vertrag im Wissen um den unversteuerten Status dieser Vermögenswerte abgeschlossen haben, wobei es im

¹¹¹Siehe dazu BGE 138 III 489 E. 4.2–4.5 S. 495 f. (brasilianisches Erbvertragsverbot); BGE 131 III 418 E. 3.2.1 S. 426 (illegaler Kulturgütertransfer aus Indien); Urteil des Bundesgerichts 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 mangels Erfüllung der kumulativen Voraussetzungen von Art. 19 IPRG verneint. Siehe auch das Urteil des Bundesgerichts 4A_415/2013 vom 20. Januar 2014 E. 7 (keine Nichtigkeit eines Garantievertrags aufgrund kanadischer Finanzmarktvorschriften), in dem Art. 19 IPRG zwar nicht explizit angewendet wird, das höchste Gericht jedoch Folgendes festhält: «Le droit administratif étranger n' est en règle générale pas pris en considération au regard de l' art. 20 CO, selon lequel un contrat est nul s' il a pour objet une chose illicite [...]».

¹¹²Zuletzt im Urteil des Bundesgerichts 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5 (insoweit nicht in BGE 138 III 601).

¹¹³Umstritten ist, ob den Kriterien von Art. 19 Abs. 2 IPRG eigenständige Bedeutung zukommt. Dafür: FRANK VISCHER, in: Daniel Girsberger/Anton Heini/Max Keller/Jolanta Kren Kostkiewicz/Kurt Siehr/Frank Vischer/Paul Volken (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004, N 31 zu Art. 19 IPRG; BGE 130 III 620 E. 3.4–3.5 S. 628–630. Dagegen (Prüfung bei den schutzwürdigen Interessen): ANDREAS BUCHER, Commentaire Romand, Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano, Basel 2011, N 22 zu Art. 19 IPRG; DOROTHEE SCHRAMM/AXEL BUHR, Art. 1–32, 129–142 IPRG, in: Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, Art. 1–200 IPRG, 2. Aufl., Zürich 2012, N 11 zu Art. 19 IPRG; BGE 136 III 392 E. 2.3.3.1 S. 397 f.

Wesentlichen um das Wissen der Bank geht – der Kunde weiss zweifellos, dass er sein Vermögen nicht versteuert hat. Kannte die Bank den Steuerstatus nicht und konnte sie ihn nicht kennen, so entfällt auch im ausländischen Recht die Strafbarkeit und damit eine mögliche zivilrechtliche Widerrechtlichkeit des Vertrages, denn diese beurteilt sich nach dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Kannte aber die Bank den Status der Vermögenswerte und hat sie sich der Strafbarkeit nach ausländischem Recht ausgesetzt, so entfällt das schützenswerte Interesse daran, sich für die Frage der Gültigkeit des Vertrages auf diese Strafbarkeit zu berufen.

[Rz 87] Es zeigt sich also, dass Art. 19 IPRG mit seinem Fokus auf die Interessen der Parteien für die Frage der (ursprünglichen) Gültigkeit des Bankvertrages über unversteuerte Auslandsgelder nicht das geeignete Rechtsinstrument ist. Dass man das ausländische Steuerrecht und vor allem den Verstoß dagegen bei der Gültigkeit von Bankverträgen berücksichtigt, ist vielmehr eine Frage des öffentlichen Interesses, die mit der Generalklausel der Sittenwidrigkeit besser erfasst wird.

[Rz 88] Anders verhält es sich, wenn es um die Frage einer *nachträglichen* Transferbeschränkung seitens der Bank geht, die mit Blick auf ihre eigene Strafbarkeit die Kundengelder nicht mehr auszahlen will und sich daher auf eine nachträgliche Leistungsunmöglichkeit i.S.v. Art. 119 OR beruft. In einem solchen Fall wird man die Relevanz des ausländischen Rechts bei der Anwendung von Art. 119 OR überprüfen, und man wird zum Schluss kommen, dass das ausländische Steuerrecht eine rechtliche Unmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR begründet.¹¹⁴ Eine andere Frage ist allerdings, ob es sich effektiv um eine *nachträgliche* Leistungsunmöglichkeit handelt, was nur der Fall ist, wenn die Bank sich mit der Annahme der Vermögenswerte noch nicht strafbar gemacht hat.

[Rz 89] Im Übrigen wäre selbst bei einer direkten Anwendung des ausländischen Steuerrechts gestützt auf Art. 19 IPRG zu fragen, welche Rechtsfolgen daran zu knüpfen wären. Möglich sind die direkte Anwendung der Rechtsfolge im ausländischen Recht, die Rechtsfolge nach schweizerischem Recht oder eine Lösung gestützt auf Richterrecht.¹¹⁵ Richtlinie bildet der Gesetzeswortlaut von Art. 19 Abs. 2 IPRG, wonach eine nach schweizerischer Rechtsauffassung *sachgerechte* Entscheidung zu treffen ist.

[Rz 90] Hier stellt sich zunächst die Frage, ob im ausländischen Recht überhaupt eine klare Rechtslage bezüglich der Gültigkeit von Bankverträgen über unversteuerte Vermögenswerte besteht. Selbst wenn sie bestehen würde, wäre es nicht naheliegend, eine vom schweizerischen Recht abweichende Gültigkeitsentscheidung zu treffen. Denn dies würde bedeuten, dass je nach dem Wohnsitzstaat des ausländischen Kunden ein Bankvertrag gültig und ein anderer ungültig wäre. Dies widerspricht dem Gebot der Konsistenz der Rechtsordnung und ist daher abzulehnen.

[Rz 91] Im Ergebnis führt die Anwendung von Art. 19 IPRG nicht zu einem anderen Ergebnis bei der Frage nach der Gültigkeit von Bankverträgen über unversteuerte Auslandvermögen. Was sich ändert, ist aber immerhin die Grundlage für die rechtliche Beurteilung: Diese erfolgt nicht mehr über die Generalklausel der Sittenwidrigkeit, sondern über die Generalklausel der Widerrechtlichkeit.

¹¹⁴Siehe dazu SUSAN EMMENEGGER/RAHEL GOOD, Einfluss ausländischer (Steuer-)Regulierung (Fn. 7), V./1./b.

¹¹⁵DOROTHEE SCHRAMM/AXEL BUHR, Kommentar IPRG (Fn. 113), N 14 zu Art. 14 IPRG.

F. Fazit

[Rz 92] Bankverträge über unversteuerte Vermögenswerte sind nur im Ausnahmefall sittenwidrig und damit nichtig. Dieser Ausnahmefall betrifft zunächst Bankverträge, deren *einzig*er Zweck darin besteht, die Steueransprüche des inländischen oder ausländischen Fiskus zu verkürzen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung aus dem Jahr 1922 hat diesbezüglich weiterhin Bestand.

[Rz 93] Darüber hinaus geben vor allem die Bankverträge über unversteuerte Auslandsvermögen Anlass zu weiteren Überlegungen, weil der Verstoss gegen ausländisches Recht vom Bundesgericht überwiegend unter dem Titel der Sittenwidrigkeit behandelt wird. Diesbezüglich ist zunächst von einem inhaltlichen Gleichklang zwischen der Sittenwidrigkeit im Binnenverhältnis und der Sittenwidrigkeit als Folge von ausländischen Rechtsverletzungen auszugehen. Ist ein Bankvertrag bei reiner Inlandbetrachtung sittenwidrig, so ist er es auch, wenn der Regelverstoss im ausländischen Recht liegt. Das führt zur oben beschriebenen Nichtigkeit des Bankvertrages, dessen einziger Zweck in der Steuerhinterziehung liegt. Gleichzeitig ist mit dem inhaltlichen Gleichklang auch eine Sperrwirkung verbunden: Was nach schweizerischer Auffassung das «allgemeine Anstandsgefühl» nicht verletzt, kann auch dann nicht als sittenwidrig gelten, wenn der Wertmassstab des ausländischen Rechts dies gebietet.

[Rz 94] Hingegen kommen im Auslandsverhältnis bei der Sittenwidrigkeit diejenigen Fälle dazu, die in der Schweiz unter dem Aspekt der Widerrechtlichkeit eine Nichtigkeit des Bankvertrages bewirken würden. Es handelt sich insbesondere um diejenigen Fälle, die den Straftatbestand der Geldwäscherei (Art. 305^{bis} revStGB) erfüllen. Denn es entspricht dem Gebot der Einheit der Rechtsordnung, dass man für Verträge, die dem schweizerischen Sachrecht unterstehen, insgesamt einen konsistenten Wertmassstab bereithält.

[Rz 95] Schliesslich ist zu bedenken, dass die schweizerische Rechtsordnung mit Art. 19 IPRG einen weiteren (moderner) Weg für die Berücksichtigung ausländischen Rechts bereithält. Allerdings scheitert Art. 19 IPRG bei der Gültigkeitsfrage daran, dass es kein offensichtlich schützenswertes Interesse einer Partei gibt, welche die Anwendung des ausländischen Steuerrechts rechtfertigen würde. Könnte man diese Klippe überwinden, so würde das ausländische Steuerrecht nicht im Rahmen der Generalklausel der Sittenwidrigkeit, sondern im Rahmen der Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 20 OR Anwendung finden. Allerdings ist davon auszugehen, dass die Rechtsfolge eines Verstosses dieselbe ist, wie sie für das inländische Recht erarbeitet wurde: Nichtigkeit des Vertrages im Falle der Erfüllung eines Geldwäschereitattbestandes, keine Nichtigkeit im Falle des Steuerbetrugs und der Steuerhinterziehung.

IV. Ergebnis

[Rz 96] Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass der Grossteil der Bankverträge über unversteuerte Vermögenswerte gültig ist.

[Rz 97] Die Ungültigkeit scheidet häufig bereits an der Grundvoraussetzung des erforderlichen Wissenstandes seitens der Bank. Weiss die Bank nicht, dass die Vermögenswerte nicht oder nicht vollständig versteuert sind, und kann sie dies auch nicht erkennen, liegt weder ein widerrechtlicher noch ein sittenwidriger Bankvertrag vor.

[Rz 98] Sofern die Bank über das erforderliche Wissen verfügt oder verfügen müsste, ist die Gültigkeit des Bankvertrags bei einem Verstoss gegen schweizerische Rechtsnormen zunächst unter

dem Gesichtspunkt der Widerrechtlichkeit zu prüfen. Dabei lässt sich feststellen, dass nur solche Verträge widerrechtlich und damit nichtig i.S.v. Art. 20 OR sind, die in den Anwendungsbereich von Art. 305^{bis} revStGB fallen, wobei dieser Artikel Bankverträge über Vermögenwerte, die im Inland oder im Ausland nicht ordentlich versteuert werden, gleichermassen umfasst. Die Annahme der Nichtigkeit rechtfertigt sich einerseits aufgrund der diesbezüglich geltenden Vermutung, dass die strafbare Handlung den Hauptgegenstand bzw. -zweck des Vertrags bildet und andererseits deshalb, weil einzig diese Bestimmung nach ihrem Sinn und Zweck die Nichtigkeit des Vertrages fordert. Keine Widerrechtlichkeit liegt demgegenüber bei Verstössen gegen inländische Steuerstrafnormen und gegen die bankengesetzliche Gewährbestimmung vor.

[Rz 99] Bei einem Verstoss gegen schweizerische Steuerstrafbestimmungen ist die Gültigkeit des Bankvertrages weiter unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit zu prüfen. Auch dabei ist von der grundsätzlichen Gültigkeit solcher Verträge auszugehen. Diese sind erst dann sittenwidrig, wenn die Ermöglichung der Steuerhinterziehung für beide Parteien ersichtlich der einzige Zweck des Vertrages ist, wobei es sich um eine Ausnahmeerscheinung handeln dürfte.

[Rz 100] Bei einem Verstoss gegen ausländisches zwingendes Recht wird die Gültigkeit des Bankvertrages ebenfalls unter dem Kriterium der Sittenwidrigkeit geprüft. Auch in diesem Fall liegt eine Nichtigkeit des Bankvertrages vor, wenn das Steuerdelikt den einzigen Zweck des Vertrages bildet, wenn also der Vertrag wirtschaftlich gesehen überhaupt nur im Hinblick auf dieses Motiv einen Sinn ergibt. Hinzu kommen diejenigen Fälle, in denen bei Anwendung schweizerischen Rechts eine Widerrechtlichkeit mit Nichtigkeitsfolge vorliegen würde. Das ist allerdings nur bei Art. 305^{bis} revStGB der Fall, und dieser gilt auch für Steuerdelikte, die im Ausland begangen wurden, so dass es hier nicht zu einem zusätzlichen Fall der Sittenwidrigkeit kommt. Keine wesentlichen neuen Gesichtspunkte werden für die Frage der Gültigkeit des Bankvertrages aus der Rechtsanalyse von Art. 19 IPRG gewonnen.

[Rz 101] Ungültig sind somit lediglich diejenigen Bankverträge, die gegen Art. 305^{bis} revStGB verstossen oder einzig dem Zweck der Steuerhinterziehung dienen.

Prof. Dr. iur. SUSAN EMMENEGGER, LL.M., Direktorin des Instituts für Bankrecht, Universität Bern.

MLaw THIRZA DÖBELI und MLaw MIRJAM FRITSCHI, wissenschaftliche Assistentinnen und Doktorandinnen am Institut für Bankrecht, Universität Bern.