

Das schweizerische Bankprivatrecht 2020

Le droit bancaire privé suisse 2020

Susan Emmenegger | Luc Thévenoz | Martina Reber | Célian Hirsch

Inhaltsübersicht – Table des matières

Vorbemerkungen – Remarques introductives

1. Schadenssubstantiierung und Passivhypothese
2. Negatives Interesse
3. Naturalrestitution
4. Währungsrisiken
5. Retrozessionen
6. Legitimationsmängel
7. Die Bank: Kein obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe (mehr)?
8. Garantiestrenge
9. Grundversorgungsauftrag der PostFinance
10. US-Sanktionen und Schweizer Verträge
11. SED-Gelder
12. Kundenprofile
13. Comptes-joints

Stichwortregister

- I. Bankgeschäfte – Activités bancaires
 1. Konten, Einlagen, Vollmacht, Legitimation – Comptes, dépôts, procuration, légitimation
 2. Kredite – Crédits
- II. Finanzgeschäfte – Services financiers
- III. Sicherheiten und Verwertung – Sûretés et réalisation
 1. Persönliche Sicherheiten/Sûretés personnelles
 2. Dingliche Sicherheiten/Sûretés réelles
 3. Wechselrecht – Effets de change
- IV. Rechenschaftsablegung, Retrozessionen und Auskünfte – Reddition de compte, rétrocessions et renseignements
- V. Zivilverfahren und Vollstreckung – Procédure civile et exécution forcée
- VI. Steuerkonformität der Kunden – Conformité fiscale du client
- VII. Übermittlung von Personendaten an ausländische (Steuer-)behörden – Transmission de données aux autorités (fiscales) étrangères
- VIII. Diverses – Divers

Vorbemerkungen – Remarques introductives

Das Jahr 2020 war in vielerlei Hinsicht aussergewöhnlich. Demgegenüber bewegen sich die Entscheidung zum privaten Bankrecht, die in diesem Jahr gefällt wurden, zu einem Grossteil im Rahmen des Gewohnen. Die Leserinnen und Leser erwarten viele altbekannte Themen wie die SED-Gelder, die Garantie-

strenge und die Retrozessionen. Allerdings wäre 2020 nicht 2020, wenn es nicht auch im privaten Bankrecht einige Überraschungen bereithielte. So hat das Bundesgericht beispielsweise ein neues Prüfungsschema für Legitimationsmängel eingeführt und in einem Fall für die Schadensberechnung die Passivhypothese angewendet.

1. Schadenssubstantiierung und Passivhypothese

In den vergangenen Berichtsperioden wurde wiederholt darauf hingewiesen, dass bei Haftungsklagen wegen fehlerhafter Anlageberatung und Vermögensverwaltung die strengen Anforderungen an die Substantiierungspflicht im Ergebnis ein prohibitiv wirkendes Hindernis für erfolgreiche Schadenersatzansprüche darstellen.¹ Besonders eindrücklich zeigte sich dies in der letzten Berichtsperiode: Das Handelsgericht Zürich hatte im Zusammenhang mit einem «Cum-Ex»-Fonds die absichtliche Täuschung der Kundin seitens der Bank zwar bejaht, das Geschäft aber wegen verspäteter Geltendmachung des Willensmangels als genehmigt beurteilt (Art. 31 Abs. 2 OR). Die Schadenersatzklage, die betragsmässig im Wesentlichen auf eine Rückabwicklung des fraglichen Geschäfts hinauslief, wies es mangels Substantiierung ab: Die Kundin habe nicht nachgewiesen, welche alternative Anlage sie getätigt hätte, wenn die Investition in den «Cum-Ex»-Fonds unterblieben wäre. Entsprechend habe sie nicht hinreichend substantiiert, wie sich das relevante Vermögen bei pflichtgemässer Beratung entwickelt hätte.²

Das Handelsgericht stellte dabei auf die langjährige Rechtsprechung des Bundesgerichts ab, wonach bei individualisierbaren Anlagen im Einzelnen nachzuweisen ist, welchen hypothetischen Wert der relevante Vermögenswert bei vertragskonformer und durchschnittlich erfolgreicher Investition aufweisen würde. Dies erfordert grundsätzlich, dass die Anlegerin darlegt, welche alternative Anlage sie bei pflichtgemässer Beratung getätigt hätte.³

Das Ergebnis steht in starkem Kontrast zu den erfolgreichen «Cum-Ex»-Anlegerklagen in Deutschland,

¹ Zuletzt SZW 2020 176 f.

² ZH Handelsgericht, HG170121-O, SZW 2020 177, 189 f. r17.

³ Statt vieler BGE 144 III 155 E. 2.2.2 S. 159, SZW 2019 206 f. r17.

namentlich dem auch hierzulande medial verfolgten Fall Erwin Müller *contra* Bank J. Safra Sarasin.⁴ Die deutsche Rechtsprechung geht in solchen Fällen von einer Vermutung des aufklärungsrichtigen Verhaltens der Anlegerin aus (die Investition wäre nicht erfolgt); die Bank hat demgegenüber nachzuweisen, dass die Investition dennoch erfolgt wäre. Bleibt es bei der Vermutung, dass die Investition nicht getätigt worden wäre, so kommt es zur Rückabwicklung des Geschäfts. Zusätzlich kann entgangener Gewinn geltend gemacht werden.⁵

Auch das Bundesgericht hat diesen Fall anders beurteilt als das Handelsgericht Zürich (BGer 4A_297/2019, r15). Seine Rechtsprechung zur Substantiierungspflicht stellte es zwar nicht grundsätzlich in Frage. Hingegen sah es das Gericht als überwiegend wahrscheinlich an, dass die Kundin bei pflichtgemässer Beratung die Geschäftsbeziehung nicht eingegangen wäre. Das Bundesgericht ging also von der sogenannten Passivhypothese aus: Der Annahme, dass die Kundin bei pflichtgemässer Beratung auf eine Investition verzichtet (sich eben *passiv* verhalten) hätte. Es verpflichtete die Bank zur Rückerstattung des Kaufpreises und die Anlegerin zur Rückerstattung der Fondsanteile (unter Berücksichtigung der bereits rückabgewickelten 10% der Investition). Das entspricht dem *Ergebnis* im (deutschen) Fall Erwin Müller gegen Bank J. Safra Sarasin. Der Entscheid erfolgte allerdings vor dem besonderen Hintergrund, dass vorgängig keine Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien bestand. Die Passivhypothese will das Bundesgericht nach wie vor nicht leichtthin annehmen. Insofern fällt die Vermutung des aufklärungsrichtigen Verhaltens in den Hallen des Mon-Repos auf steinigen Boden. Anzufügen ist, dass auch die Annahme einer unterlassenen Vertragsbeziehung eine Erscheinungsform der Passivhypothese darstellt, auch wenn gemeinhin die unterlassene Investition damit gemeint ist.

Das Handelsgericht Zürich doppelte bezüglich der Passivhypothese postwendend nach. Knapp vier Monate nach dem hier erwähnten Bundesgerichtsentscheid wies es darauf hin, die Passivhypothese sei

vom Bundesgericht bislang nur in Fällen angenommen worden, bei denen vorgängig keine Geschäftsbeziehung bestanden habe, weshalb diese im handelsgerichtlichen Entscheidfall nicht zur Anwendung komme (HG180163-O, r16).

2. Negatives Interesse

Der Cum-Ex-Entscheid (BGer 4A_297/2019, r15) weist auch in schadensrechtlicher Hinsicht interessante Facetten auf. Ein zentraler Punkt betrifft die Frage «positives versus negatives Interesse». Das Bundesgericht führt einerseits aus, bei nicht gehöriger Erfüllung des Anlageberatungsvertrages sei das Erfüllungsinteresse geschuldet (E. 6.2). Andererseits hält es fest, die Kundin sei entsprechend ihrem Eventualantrag so zu stellen, wie wenn sie die Vertragsbeziehung mit der Beschwerdeführerin nie eingegangen wäre (E. 6.4.2.2 a.E.). Das entspricht der Formel, mit der gemeinhin das negative Vertragsinteresse umschrieben wird. Der Widerspruch ist nur ein scheinbarer: Es wird das positive Interesse geschuldet und das Bundesgericht hat auch das positive Interesse zugesprochen. Allerdings trägt es selbst zur scheinbaren Widersprüchlichkeit bei, indem es erstens auf die Stellungnahme der Anlegerin verweist, wonach im Fall der Passivhypothese das negative Interesse zugesprochen werde, und zweitens BGE 124 III 155 erwähnt und dazu ausführt, die Lehre sehe darin ein Beispiel für die ausnahmsweise Zusprechung des negativen Interesses bei fehlerhafter Beratung (E. 6.3.2.1).⁶

Im vorliegenden Fall hat die Bank unzutreffend über die Risiken der Anlage informiert. Die Pflichtverletzung erfolgte im konkreten Fall vor der Aufnahme der Geschäftsbeziehung. Gestützt auf die vom Bundesgericht favorisierte Absorptionstheorie wird diese Pflichtverletzung im Falle des nachfolgenden Vertragsabschlusses als vertragliche qualifiziert. Bei der Haftung für unsorgfältige Information ist die Geschädigte so zu stellen, wie wenn sie *richtig informiert* worden wäre. Diese Perspektive steht für das *Erfüllungsinteresse*. Was passiert wäre, wenn die Geschädigte richtig informiert worden wäre, ist eine Frage des hypothetischen *Alternativverhaltens* und nicht eine Frage der Schadensberechnung.⁷ Möglich

⁴ Siehe SZW 2015 394 f. 410 f. r39, r40; SZW 2017 213 f., 242 r36; SZW 2018 186, 206 f. r31 (Sachurteil); SZW 2019 197, 213 f. r33 und r34 (Bestätigung Sachurteil).

⁵ Kurzfassung in SZW 2020 177, m.w.N. Siehe auch *Rusch*, *Auskehr in der Schweiz, Schadensersatz in Deutschland?*, WM 2012 440 ff.

⁶ Hierzu auch ausführlich *Ellenberger*, AJP 2020 1354.

⁷ Siehe dazu BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 N 261 ff.

ist, dass die Geschädigte den Vertrag mit gleichem Inhalt, den Vertrag mit anderem Inhalt oder aber gar keinen Vertrag abgeschlossen hätte. Das muss im Einzelfall geklärt werden. Immer aber handelt es sich um eine Schadensberechnung nach dem positiven Interesse. Das Bundesgericht hat im vorliegenden Fall angenommen, die Kundin hätte die Geschäftsbeziehung bei richtiger Information über die Risiken der Anlage überhaupt nicht aufgenommen. Entsprechend war sie mit Blick auf die relevanten Schadensposten so zu stellen, wie wenn der Vertrag nie zustande gekommen wäre. Das «klingt» nach dem negativen Interesse, es entspricht aber im konkreten Fall dem Erfüllungsinteresse.

Das Handelsgericht Zürich wiederum, das im Cum-Ex-Entscheid das Nachsehen hatte,⁸ verfestigt nun allerdings in einem neueren Entscheid die vom Bundesgericht angedeutete (aber nicht durchgezogene) Ungenauigkeit, indem es die Passivhypothese schlechterdings mit dem negativen Interesse gleichsetzt (r16, E. 4.2.2). Das kann eigentlich nicht gut kommen, und es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht dies bei nächster Gelegenheit mittels präzisierender Rechtsprechung korrigiert.

3. Naturalrestitution

Der Anlageschaden zum Dritten: Der Cum-Ex-Entscheid (BGer 4A_297/2019, r15) erweist sich in der vorliegenden Berichtsperiode als Fundgrube für schadensrechtliche Überlegungen! Die Ausgangslage war zunächst nicht aussergewöhnlich: Bei fehlerhafter Anlageberatung wird auf das Erfüllungsinteresse abgestellt. Die Ausnahmesituation des Cum-Ex-Entscheids bestand darin, dass die richtige Erfüllung dazu geführt hätte, dass gar keine Anlage getätigt worden wäre (Passivhypothese). Als weitere Besonderheit kommt die Art des Schadenersatzes hinzu (Art. 43 Abs. 1 OR). Das Bundesgericht hat die Bank zur Rückerstattung des Kaufpreises und die Anlegerin zur Rückerstattung der Fondsanteile verpflichtet. Es war also der Zustand wiederherzustellen, wie er ohne die Vertragsverletzung bestehen würde.

Was wie eine Rückabwicklung aussieht, ist die Zusprechung eines Schadenersatzanspruchs in Gestalt der *Naturalrestitution*. Das Beispiel könnte Schu-

le machen, denn bei Anlageschäden stellen sich jeweils komplexe Bewertungsfragen. Im Entscheidfall war zum Beispiel unklar, welchen Wert die Fonds noch hatten (E. 6.1). Die Naturalrestitution bietet eine sachgerechte Alternative: Die Bank erhält die Fondsanteile zurück; sie kann diese zu dem ihr günstig erscheinenden Zeitpunkt veräussern. Die Kundin erhält einen Geldersatz in Höhe der getätigten Investition. Andere gegenseitige Ansprüche bleiben bei entsprechenden Nachweisen möglich.

Die Schule bleibt aber vorerst geschlossen. Denn das Handelsgericht Zürich, das – wie erwähnt – im Cum-Ex-Entscheid das Nachsehen hatte, lehnte in Kenntnis der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung das Begehren um Naturalrestitution mit der Begründung ab, diese sei bei Anlageschäden offensichtlich nicht sachgerecht. Das werde deutlich, wenn man davon ausgehe, dass die pflichtwidrig empfohlene Anlage sich positiv entwickle. Gemäss der Differenztheorie fehle es in diesem Fall am Schaden und damit am Schadenersatz. Eine solche Konstellation könne mit der Naturalrestitution nicht bewältigt werden.

Dazu Folgendes: Die Naturalrestitution ist kein Gegenentwurf zum Schadensbegriff und der ihm zugrunde liegenden Differenzhypothese. Auch die Naturalrestitution setzt einen Schaden voraus. Es geht lediglich um die Art des *Schadenersatzes* (Art. 43 Abs. 1 OR). Und es sind gerade die Schwierigkeiten bei der Bemessung bzw. Schätzung des an sich feststehenden Schadens, die mit der Rechtsfigur der Naturalrestitution aufgefangen werden sollen.

Im Zusammenhang mit den Schwierigkeiten des Schadensnachweises bei Anlageschäden fällt auf, dass eine mögliche Variante noch nicht getestet wurde: Die Rechtsbehelfe des Rücktritts und der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gestützt auf Art. 109 OR. Das Bundesgericht hat mittlerweile ein Rücktrittsrecht bei nachträglicher unverschuldeter Leistungsunmöglichkeit bejaht. Die herrschende Lehre räumt der Gläubigerin auch bei der (wesentlichen) positiven Vertragsverletzung ein Rücktrittsrecht ein.⁹ Das führt einerseits zur vertraglichen Rückabwicklung der gegenseitigen Ansprüche im Sinne von Art. 109 Abs. 1 OR, was bei fehlerhafter Anlageberatung dann in Erwägung zu ziehen wäre, wenn die Bank die Produkte aus ihrem Eigenbestand

⁸ ZH Handelsgericht, HG170121-O, SZW 2020 177, 189 f. r 17.

⁹ Siehe die Nachweise bei CO CR-Thévenoz, Art. 97 N 64; BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 N 472.

in das Kundenportfolio verschoben hat. Daneben besteht aber auch der Schadenersatzanspruch nach Art. 109 Abs. 2 OR: Die Geschädigte ist so zu stellen, wie wenn sie den Vertrag nie geschlossen hätte. Damit entfällt die Substantiierung des Schadens nach der Vergleichshypothese (alternative Anlage). Bei Anordnung der Naturalrestitution im (pflichtgemässen) Ermessen des Gerichts wäre der Weg offen für die Rückgabe der pflichtwidrig investierten Anlagen und der Anordnung eines Geldersatzes in Höhe des ursprünglichen Anlagepreises zugunsten der geschädigten Kundin.

4. Währungsrisiken

Einen weiteren Schwerpunkt dieser Berichtsperiode bildeten die Währungsrisiken. Das Wesentliche ist schnell erzählt: Währungsrisiken tragen grundsätzlich die Kundinnen und Kunden.

Dies zeigten zunächst drei Fälle rund um die Aufhebung des Mindestkurses von CHF 1.20 pro Euro durch die Schweizerische Nationalbank vom 15. Januar 2015.¹⁰ Im ersten Fall klagte ein Ehepaar gegen die Bank als Vermögensverwalterin mit der Begründung, diese habe pflichtwidrig gehandelt, indem sie ein EUR/CHF-Short-Put-Geschäft abschloss, welches schliesslich aufgrund der Aufhebung des Euro-Mindestkurses zu einem Verlust führte (LB190062-O, r17). Das Obergericht Zürich verneinte eine Pflichtverletzung der Bank insbesondere mit der Begründung, dass die Aufgabe des Euro-Mindestkurses am 15. Januar 2015 und der damit verbundene Kursverlust des Euros selbst für Finanzfachleute nicht vorhersehbar gewesen seien. Das Bundesgericht differenzierte, dass die Aufgabe des Mindestkurses insofern unvorhersehbar gewesen sei, als dies nicht den allgemeinen Erwartungen entsprochen habe. Vorliegend habe sich die Erwartung, auf die spekuliert wurde (Aufrechterhaltung des Mindestkurses), nicht erfüllt. Dies bedeute aber nicht, dass der Bank betref-

fend ihre Einschätzung hinsichtlich der Aufrechterhaltung des Mindestkurses eine Pflichtverletzung vorzuwerfen wäre.

Eine grosse Bedeutung massen die Gerichte auch dem Umstand zu, dass am selben Tag, an dem die strittige Short-Put-Option geschrieben wurde, ein gleiches Geschäft abgerechnet wurde, das die Kunden nicht bemängelten, weil es offenbar zu ihrer Zufriedenheit verlaufen war. Dies erinnert an einen früheren Entscheid, in dem das Handelsgericht Zürich einem professionellen Anleger eine Absage erteilte, der jahrelang OTC-Devisentermingeschäfte getätigt hatte, sich dann aber auf eine Aufklärungspflichtverletzung der Bank berufen wollte, als er wegen der Aufhebung des Euro-Mindestkurses Verluste erzielte.¹¹

Zwei weitere Fälle betrafen Stop Loss-Orders, d.h. Weisungen zum Kauf oder Verkauf bei Erreichen eines bestimmten Kurses. Die Aufhebung des Mindestkurses führte auf den Devisenmärkten zu einem CHF-Liquiditätsengpass, was in beiden Fällen zur Folge hatte, dass die effektiv realisierten Verkaufspreise erheblich von der in der Stop Loss-Order festgelegten Kurslimite abwichen.

In einem Fall erblickte der Kunde in der Empfehlung der Stop Loss-Order an sich eine Verletzung des Anlageberatungsvertrages (LB190051-O, r18): Die Bank habe ihn dahingehend informiert, dass die Stop Loss-Order eine ausreichende Absicherung im Falle der Aufhebung des Euro-Mindestkurses darstelle – was nichts anderes bedeuten könne, als dass seine USD 5 Mio. bei Erreichen der Limite von 0.98 auch zu einem Kurs von 0.98 in Schweizer Franken umgewandelt werden könnten. Das Obergericht Zürich kam zum Schluss, dass seine Schadenersatzklage bereits an einer hinreichenden Schadenssubstantiierung scheitere. Denn der Kunde hätte darlegen müssen, wie sein Vermögensstand gewesen wäre, wenn ihm die Bank eine «pflichtgemässe» Sicherungsmassnahme gegen die Aufhebung der Kursuntergrenze CHF/EUR durch die SNB empfohlen und er sich zu dieser entschieden hätte.

Im anderen Fall bestand die Besonderheit, dass die Bank aufgrund der mangelnden Liquidität auf den Devisenmärkten den Devisenhandel am 15. Januar 2015 für eine knappe Stunde aussetzte (VD HC/2020/857, r19). Als sie den Handel wieder aufnahm, wurde die gehebelte Euro-Position des Kunden, der

¹⁰ Die Aufhebung des Euro-Mindestkurses beschäftigte uns schon in früheren Berichtsperioden in verschiedensten Konstellationen, vgl. SZW 2018 187, 198 r13 (nachträgliche Anpassung des Ausführungspreises von Devisengeschäften unzulässig); SZW 2019 205 r15 (keine Verletzung der Aufklärungspflicht der Anlageberaterin bei OTC-Devisentermingeschäften durch einen professionellen Anleger); SZW 2020, 175 f., 185 r8 (Schuldnerin trägt das Währungsrisiko bei Darlehensrückzahlung per Check in einer anderen als der geschuldeten Währung).

¹¹ Siehe SZW 2019 205 r15.

eine Stop Loss-Order bei 1.194 angesetzt hatte, automatisch zu einem Kurs von 1.04 liquidiert. Die hinterlegte Marge reichte nicht aus, weshalb ein Minussaldo von CHF 287'642 resultierte. Der Kunde wehrte sich gegen die Klage der Bank u.a. mit dem Argument, diese habe durch die Aussetzung des Handels ihre vertraglichen Pflichten verletzt. Er drang damit aber nicht durch, denn gemäss dem E-Forex-Vertrag war die Bank nicht verpflichtet, zu jedem beliebigen Zeitpunkt Devisengeschäfte anzubieten. Im Übrigen enthielt der Vertrag explizit eine Klausel, wonach eine Stop Loss-Order nicht zwingend eine Risikobegrenzung garantiere; vielmehr könnten bestimmte Marktbedingungen bewirken, dass die Stop Loss-Order nicht ausgeführt werden könne.

In zwei weiteren Fällen verwirklichte sich das jeweilige Währungsrisiko nicht erst mit der Aufhebung des Euro-Mindestkurses, sondern bereits im Jahr 2011. Im ersten Fall (HG170093-O, **r13**) hatte die Kundin bei der Bank Kredite in Höhe von rund CHF 26 Mio. aufgenommen, die mit den von der Bank verwalteten Wertpapieren besichert waren. Als der Eurokurs im Jahr 2011 abstürzte, waren die Kredite nicht mehr hinreichend besichert und die Bank musste das Portfolio nach und nach veräussern. Das Handelsgericht Zürich verneinte eine Pflicht der kreditgebenden Bank zur Aufklärung über das mit der Kreditaufnahme verbundene Währungsrisiko, da dieses zu den üblichen Risiken gehöre. Im zweiten Fall (VD HC/2020/126, **r20**) hatte sich der Kunde entgegen der Empfehlung der Vermögensverwalterin nicht gegen das Währungsrisiko abgesichert. Als die Schweizerische Nationalbank am 6. September 2011 den Euro-Mindestkurs einführte, erlitt er Verluste, die er aber nicht auf die Vermögensverwaltungsgesellschaft überwälzen konnte.

5. Retrozessionen

Erinnern Sie sich an das Jahr 2006? Das war noch vor der Finanzkrise. Bitcoin gab es noch nicht. Spotify gab es noch nicht. Es gab noch nicht einmal das iPhone. So lange ist es her, dass das Bundesgericht entschied, dass Retrozessionen an die Kundinnen und Kunden herauszugeben sind (BGE 132 III 466). Und doch berichtet die Tagespresse noch immer über die Schwierigkeiten, mit welchen Bankkundinnen und Bankkunden konfrontiert sind, wenn sie von ihrem Finanzintermediär Auskunft und Herausgabe der Re-

trozessionen verlangen.¹² Dabei hat die Retro-Thematik mittlerweile über die privatrechtliche Dimension längst eine aufsichtsrechtliche (FIDLEG) und eine strafrechtliche (BGE 144 IV 295) Dimension hinzugewonnen. Aber auch im rein privatrechtlichen Bereich sah sich das Bundesgericht genötigt, seine 2011 ergangene Retro II-Rechtsprechung zu den Informationsstandards für einen gültigen Herausgabeverzicht zu bestätigen (4A_355/2019, **r39**): Es genügt nicht, dass die Prozentbandbreite der einzelnen Produktkategorien ausgewiesen wird. Vielmehr muss die Prozentbandbreite des *verwalteten Vermögens* angegeben werden, die vereinnahmt werden. Das ist kein Streit um Worte: Die Angabe der Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens schafft eine andere Art von Transparenz als die Listen von Produktkategorien. Vorzugsweise werden beide Informationssaspekte kumuliert. Zu beachten ist auch, dass das Bundesgericht für die Beurteilung der strafrechtlichen Pflichtverletzung im Rahmen von Art. 158 StGB (ungetreue Geschäftsbesorgung) auf den privatrechtlichen Informationsstandard abstellt. Wer ungenügend über Retrozessionen informiert, setzt sich mittelfristig einem strafrechtlichen Risiko aus.¹³

Nachdem die portfoliobasierte Anlageberatung Eingang ins FIDLEG gefunden hat, stellt sich auch hier die Frage nach dem privatrechtlichen Informationsstandard für den gültigen Verzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen. Denkbar ist, dass man gleich wie bei der Vermögensverwaltung die Angabe einer Prozentbandbreite des der Beratung unterstehenden Portfolios verlangt. Allerdings kann man auch argumentieren, dass bei der Anlageberatung und beim Execution-Only-Geschäft das empfohlene bzw. gewählte Produkt im Zeitpunkt der Investitionsentscheidung feststeht, weshalb mit Blick auf das Erfordernis einer informierten Verzichtserklärung eine produktspezifische Information möglich wäre – zusätzlich zur Gesamtbandbreite im Fall der portfoliobasierten Anlageberatung, ausschliesslich im Fall der einfachen Anlageberatung und dem Execution-Only-

¹² Siehe etwa Finanz und Wirtschaft vom 23. Januar 2021, 10 (Und ewig locken die Retrozessionen); NZZ vom 9. September 2020, 23 (Milliarden warten auf ihre rechtmässigen Eigentümer); NZZ vom 14. Oktober 2020, 21 (Das Problem «Retros» ist ungelöst).

¹³ Siehe dazu im Einzelnen Reber/Emmenegger/Lehmkuhl, Retro-Strafbarkeit nach Art. 158 StGB: Questions and (some) Answers, SZW 2021 ## (in diesem Heft).

Geschäft. Der Aufwand dafür ist nicht unerheblich. Insofern ist zu fragen, ob nicht insgesamt eine Lösung vorzugswürdig wäre, bei der die vorgängige Information sich auf Bandbreiten beschränkt und dafür eine automatische und umfassende Offenlegung im Rahmen der Abrechnung *ex post* erfolgt.

6. Legitimationsmängel

Die unautorisierten Transaktionen in Gestalt der Legitimationsmängel sind ein *evergreen* in der bankprivatrechtlichen Rechtsprechung. In dieser Berichtsperiode hat das Bundesgericht nun eine Prüfungsabfolge für die Risikoverteilung entwickelt und diese gleich mehrfach angewendet (**r2–r6**).¹⁴

Nach dieser Prüfungsabfolge ist *erstens* zu prüfen, ob die Zahlung auf Anweisung oder ohne Anweisung der Kundin erfolgte. Dies wirft namentlich auch Fragen des Stellvertretungsrechts auf. Fehlt die rechtsgültige Anweisung, bleibt der Erfüllungsanspruch der Kundin bestehen und die Bank trägt in einem ersten Schritt den Schaden der unautorisierten Transaktion. Diesfalls ist *zweitens* zu prüfen, ob die Parteien die Schadenstragung abweichend geregelt haben, indem die Bank unter bestimmten Voraussetzungen ihren Schaden auf die Kundin überwälzen kann (sog. Schadensabwälzungs- oder Risikoüberwälzungsklausel). Fehlt es an einer (gültigen) Schadensabwälzung, so ist *drittens* zu prüfen, ob die Kundin schuldhaft ihre Pflichten gegenüber der Bank verletzt und so zur Entstehung oder Vergrößerung des Schadens beigetragen hat. Ist dies der Fall, kann die Bank gegenüber dem Erfüllungsanspruch der Kundin verrechnungsweise einen Schadenersatzanspruch (Art. 97 Abs. 1 OR) geltend machen.¹⁵

Vorab ist festzuhalten, dass Schadensabwälzungsklauseln in verschiedenen Ausgestaltungen vorkommen. Entsprechend unterschiedlich sind auch ihre Wirkungen, weshalb bei allgemeinen Aussagen Vorsicht geboten ist. Massgeblich ist die jeweilige Klausel, die sodann auszulegen ist.

Grundsätzlich hat die Vereinbarung einer Schadensabwälzung für die Bank den Vorteil, dass sie von der gesetzlich vorgesehenen Schadenstragung befreit ist, wenn sie die Transaktionen mit gehöriger Sorgfalt geprüft und ausgeführt hat. Einige (überkommene) Klauseln sehen sogar vor, dass die Bank den Schaden immer dann überwälzen kann, wenn sie kein schweres Verschulden trifft.¹⁶ Solche Klauseln waren Gegenstand der Entscheide in der vorliegenden Berichtsperiode. Ihre Auslegung führt zum Schluss, dass die Bank den Schaden auch dann abwälzen kann, wenn die Kundin ihrerseits nichts falsch gemacht hat. Anders als bei einer Schadenersatzklage braucht es also keine schuldhaft Pflichtverletzung seitens der Kundin. Im Gegenteil: Bis hin zur Zufallshaftung liegt die gesamte Schadenstragung auf der Kundenseite.¹⁷ Das ist keineswegs zwingend; moderne (kundenfreundliche) Klauseln lassen die Kundin den Schaden nicht tragen, wenn er auf Umstände zurückzuführen ist, die nicht in ihrem Einflussbereich liegen. Bei den überkommenen Schadensabwälzungsklauseln, die das Bundesgericht zu beurteilen hatte, liegt aber die Risikotragung ganz bei der Kundin. Bei diesen Klauseln gibt die Schadensabwälzung der Bank für den Fall einer unautorisierten Transaktion ein Schutzschild in die Hand, an dem die gesetzlich vorgesehenen Erfüllungsansprüche der Kundinnen und Kunden von vornherein abprallen. So jedenfalls sieht es das Bundesgericht, wenn es ausführt, «[la clause] met préventivement à la charge du client le dommage subi par la banque.»¹⁸

Die «Schutzschild-Lösung», die gemäss Bundesgericht den Erfüllungsanspruch der Kundin beschränkt, hat allerdings auch Nachteile. Denn mit der Vereinbarung einer solchermassen verstandenen

¹⁴ BGE 146 III 121 (r2); BGer 4A_616/2019 (r3); BGer 4A_161/2020 (r4); BGE 146 III 326 (r5); BGE 146 III 387 (r6). Siehe dazu im Einzelnen *Liégeois/Hirsch*, *Ordres bancaires frauduleux : discours de la méthode*, SJ II 2021 (erscheint demnächst).

¹⁵ BGer 4A_504/2018 E. 5 a.A. (r2); BGer 4A_337/2019 E. 2.2 a.E. (r7, ausdrücklich für den Fall der nicht gültig vereinbarten Schadenabwälzung).

¹⁶ Eine solche Regelung unterliegt der weiteren Prüfung nach Art. 100 Abs. 2 OR analog: Das Gericht kann entscheiden, dass die Bank für jedes Verschulden haftet. Anzuführen bleibt, dass es sonderbar anmutet, wenn das Bundesgericht die Klausel, wonach die Schadensabwälzung immer dann stattfindet, wenn die Bank kein schweres Verschulden trifft, als Standardklausel bezeichnet («générallement»), so etwa in BGE 146 III 326 E. 6.1 S. 332 (r5). Siehe dazu die weiteren Quellenhinweise beim nächsten Punkt: Die Bank: Kein obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe (mehr)?

¹⁷ Explizit zur Zufallshaftung, die durch eine solche Klausel abgedeckt ist: BGE 146 III 326 E. 6.2.1.1 S. 334 (r5), m.w.H. Siehe auch BGer 4A_161/2020 E. 5.1.1 (r4), m.w.H.

¹⁸ BGer 4A_161/2020 E. 5.1.1 (r4).

Schadensabwälzungsklausel treffen die Parteien eine abschliessende Lösung über die Schadenstragung bei Legitimationsmängeln. Und bei dieser Lösung kommt es einzig auf das Verhalten der Bank an: Sie kann den Schaden abwälzen, sofern ihr Verhalten unterhalb der Verschuldensgrenze liegt, die sie in der Schadensabwälzungsklausel angibt. Das Verhalten der Kundin spielt keine Rolle: Auch wenn die Kundin alles richtig gemacht hat, trägt sie den Schaden immer dann, wenn die Bank ihrerseits die Voraussetzungen für die Abwälzung erfüllt. Das muss dann allerdings auch im umgekehrten Fall gelten: Erfüllt die Bank die Voraussetzungen für die Abwälzung nicht, so trägt die Kundin den Schaden auch dann nicht, wenn sie gegenüber der Bank pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt hat.

Beide Parteien bleiben der von ihnen getroffenen, abschliessenden Regelung über die Schadenstragung verpflichtet: Die Bank kann keine Schadenersatzklage nachschieben, wenn sie den Schaden tragen muss. Und auch die Kundin kann sich bei einer Abwälzungsklausel, die eine Schadenstragung der Bank nur bei schwerem Verschulden vorsieht, nicht auf den Standpunkt stellen, ihr entstehe aus der Anwendung der Abwälzungsklausel ein Schaden, den sie gegen die pflichtwidrig und leicht schuldhaft Bank geltend machen könne. Vielmehr gilt: *The buck stops here*.

Oder auch nicht. Denn das Bundesgericht tut sich trotz didaktischer Meisterleistung im Hinblick auf ein Prüfschema für Legitimationsmängel schwer, die Schadensabwälzungsklausel so, wie sie vereinbart wurde, anzuwenden. Das Bundesgericht hält zwar fest, es gäbe im Fall einer Schadensabwälzungsklausel keine dritte Phase: «Lorsque les parties ont conclu une clause de transfert de risque, il n'y a pas de troisième étape». Das heisst: Wenn eine Schadensabwälzung vereinbart wird, wird die Schadenstragung abschliessend geregelt. Es kommt nicht zur Schadenersatzklage der Bank gegen die Kundin und es ist nicht zu prüfen, ob die Kundin schuldhaft ihre Pflichten verletzt hat. Dann aber schiebt das Bundesgericht nach: «C'est dans le cadre de l'examen de la faute grave de la banque, qui est réservée [...], que le juge doit ensuite examiner la faute concomitante du client comme facteur d'interruption du lien de causalité adéquate ou de réduction de l'indemnité qui lui est

due.»¹⁹ Man muss einen Moment lang innehalten: Es soll im Rahmen der Prüfung, ob die Bank ein schweres Verschulden trifft, das (Mit-)Verschulden der Kundin geprüft werden, denn dieses soll den Kausalzusammenhang unterbrechen oder den Schadenersatz mindern können. Die Erklärung, auf welcher Rechtsgrundlage ein solches Vorgehen beruhen soll, bleibt das Bundesgericht schuldig.

Rechtlich vorgesehen ist die Berücksichtigung eines kausalitätsunterbrechenden oder schadenersatzmindernden Selbstverschuldens im Fall eines Schadenersatzanspruchs (vgl. Art. 44 OR). Somit wäre ein Schadenersatzanspruch die taugliche Rechtsgrundlage für ein solches Vorgehen. Einen Schadenersatzanspruch seitens der Kundin gibt es aber nicht. Die «*indemnité qui lui est due*» ist ein Erfüllungsanspruch gegen die Bank. Dieser wird, falls eine Schadensabwälzungsklausel vorliegt, abschliessend modifiziert – und zwar in den hier beurteilten Fällen dahingehend, dass der Erfüllungsanspruch nur dann zum Erfolg führt, wenn die Bank ein (schweres) Verschulden trifft. Auf diese Modifikation müssen sich beide Parteien behaften lassen.

Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass die Bank, welche ihre AGB ohne die Mitwirkung der Kundin formuliert, es in der Hand hat, die Schadensabwälzung anders zu regeln. Sie kann beispielsweise vorsehen, dass sich bei fehlendem Verschulden beider Parteien die Schadenstragung nach der Risikosphäre der Parteien richten soll, sodass jede Partei den Schaden trägt, der sich in ihrer Risikosphäre ereignet. Sobald ein Verschulden ins Spiel kommt, ist dieses im Rahmen eines Schadenersatzspruchs der Bank gegen die Kundin zu berücksichtigen; der Klarheit halber kann ein solcher Anspruch ausdrücklich in den AGB vorbehalten werden. Die Kundin haftet bei einer Pflichtverletzung für jedes Verschulden,²⁰ das Verhalten der Bank spielt im Rahmen des kausalitätsunterbrechenden oder schadenersatzmindernden Selbstverschuldens eine Rolle. Damit kann man

¹⁹ Beispielhaft BGE 146 III 326 E. 4.2 S. 331 (r5); BGer 4A_161/2020 E. 3.2 (r4).

²⁰ Dass man eine Pflichtverletzung darin sieht, dass die Kundin ihre Kontoauszüge nicht geprüft hat (BGer 4A_161/2020 E. 5.2, r4), ist umstritten und wird von der Autorenschaft dieses Beitrags uneinheitlich beurteilt. Für eine Pflichtverletzung: Thévenoz, *Les conditions générales des banques*, in FS Tercier, Genf 2008, 460. Nach einer anderen Auffassung (Emmenegger) müsste eine solche Pflicht vertraglich vereinbart werden, sie besteht nicht *per se*.

eine im Einzelfall differenzierte (z.B. Schadenersatzminderung) und somit auch sachgerechte Lösung erreichen. Ob man hier der Bank die Möglichkeit einräumen soll, sich im Rahmen von AGB einen weiteren Gestaltungsspielraum zu ihren Gunsten auszubedingen, indem ihr Selbstverschulden nur unter erschwerten Umständen zu berücksichtigen ist, bedarf der vertieften Prüfung, ist aber tendenziell zu verneinen.²¹

Hinzuweisen ist immerhin darauf, dass die europäische Regelung hier einen deutlichen Kontrast zum Bankenplatz Schweiz setzt: Bei unautorisierten Transaktionen trägt die Bank den Schaden. Eine Schadenersatzklage der Bank gegen die Kundinnen und Kunden steht unter der Voraussetzung, dass die Kundin oder der Kunde absichtlich gehandelt hat oder ihn oder sie ein schweres Verschulden trifft – und letzteres auch nur dann, wenn die Bank ihrerseits die erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen getroffen hat. Im Falle des leichten Verschuldens der Kundin haftet diese für einen Höchstbetrag von 50 Euro.²²

7. Die Bank: Kein obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe (mehr)?

Einen bemerkenswerten Nebenschauplatz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Legitimationsmängeln bildet die Frage, ob Banken nach wie vor als «obrigkeitlich konzessioniert» im Sinne von Art. 100 Abs. 2 OR gelten. Bislang bejahte dies das Bundesgericht.²³ Entsprechend unterlagen Freizeichnungsklauseln von Banken der Überprüfung nach Art. 100 Abs. 2 OR und Art. 101 Abs. 3 OR – im Falle von Schadenüberwälzungsklauseln erfolgte die Anwendung analog.²⁴ Gestützt auf diese Rechtsprechung wurde in der Vergangenheit einigen Risikoüberwälzungsklauseln die Anwendung versagt.²⁵

In dieser Berichtsperiode hat sich aber nunmehr ein Textbaustein durchgesetzt, wonach die Schadensabwälzung im Regelfall («généralement») vorsehe, dass die Bank den Schaden nur bei schwerem Verschulden trage.²⁶ Damit leistet das Bundesgericht einem überkommenen Verständnis über die Risikotragung der Bank in Legitimationsfällen Vorschub.²⁷ Denn damit wird die Ansicht zementiert, die Kundin trage den Schaden über das gesamte Spektrum des Zufalls bis an die Grenze des schweren Verschuldens der Bank, ohne dass transparent gemacht wird, dass eine weitere Kontrollschranke mit Art. 100 Abs. 2 OR und Art. 101 Abs. 3 OR besteht. Längst nicht jeder Legitimationsstreit endet auf dem Schreibtisch von Anwaltskanzleien. Die AGB bilden den Ausgangspunkt für die Auseinandersetzung zwischen Kundin und Bank. Entsprechend erwünscht wäre deshalb eine bundesgerichtliche Klarstellung.

Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass die EBK im Jahr 2006 vor dem Hintergrund der doktrinen Kritik an den Schadensüberwälzungsklauseln die Banken aufgefordert hatte, ihre AGB «kundenfreundlich, transparent und fair [zu] formulieren.» Dieser Aufforderung haben (nach dem Vorbild der UBS) zahlreiche Banken im Sinne einer Anpassung der Legitimationsklauseln Folge geleistet.²⁸ Zeitgemässe Klauseln sehen vor, dass die Bank den Schaden trägt, wenn sie die geschäftsübliche Sorgfalt nicht beachtet. Das entspricht der Regelung über die Freizeichnung in Art. 100 Abs. 2 OR und der allgemeinen gesetzlichen Regelung in Art. 99 Abs. 1 OR. Eine Schadensabwälzung ist damit nach wie vor verbunden: Die Kundin trägt den Schaden, wenn die Bank kein Verschulden trifft – und zwar auch dann, wenn die Kundin selbst kein Verschulden trifft (Zufallshaftung).

Das Bundesgericht hat aber in der vorliegenden Berichtsperiode eine solche (moderne) Klausel beurteilt und dazu festgehalten, die Parteien hätten keine Schadensabwälzung vereinbart.²⁹ Das ist nicht nur

²¹ Zu Recht kritisch *Schaller*, Legitimationsmängel, in: Emmenegger (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Basel 2017, 54 f.

²² Siehe Art. 74 der zweiten Zahlungsdiensterichtlinie 2015/2366 (PSD2) und dazu *Emmenegger*, PSD2: Eckpunkte und Relevanz für Schweizer Finanzdienstleister, in: Emmenegger (Hrsg.), Zahlungsverkehr, Basel 2018, 55 f.

²³ Siehe z.B. BGE 132 III 449 E. 2 S. 452 f.; BGer 4A_438/2007 E. 5.1 f., SZW 2008 422 r1; BGer 4A_54/2009 E. 1 f., SZW 2009 278 r4; BGer 4A_398/2009 E. 5.1.2, SZW 2010 312 r3.

²⁴ Vgl. BGE 132 III 449 E. 2 S. 452 f.

²⁵ Vgl. z.B. BGE 132 III 449 E. 4 S. 454; ZH Handelsgericht, HG150071-O, SZW 2017 221, 225 r2a; GR Kantonsgericht, ZK2 13 4, SZW 2018 192 f. r3.

²⁶ BGE 146 III 326 E. 4.2 S. 331 (r5); BGE 146 III 387 E. 5.2 S. 197 f. (r6); BGer 4A_161/2020 E. 3.2 (r4). Aus früheren Berichtsperioden z.B. BGer 4A_119/2018 E. 3.1, SZW 2019 199 r1; BGer 4A_379/2016 E. 3.3.1, SZW 2018 191 f. r1; BGer 4A_81/2018 E. 3, SZW 2019 191, 200 r2.

²⁷ Siehe dazu bereits SZW 2017 221.

²⁸ Siehe zum Ganzen SZW 2008 418; EBK-Jahresbericht 2006, 41; *Rusch*, Schadensabwälzungsklauseln in der Inhaltskontrolle, SZW 2012 440.

²⁹ BGE 146 III 387 E. 5.3 S. 398 (r5).

rechtlich unzutreffend, es sendet auch die falschen Signale an die Banken. Und es führt auch beim Bundesgericht dazu, dass Art. 100 Abs. 2 OR in einem toten Winkel zu liegen kommt. So hat das Bundesgericht in der vorliegenden Berichtsperiode in zwei Fällen, in denen die Zulässigkeit einer Risikoüberwälzungsklausel zu beurteilen war, nur Art. 100 Abs. 1 OR, nicht aber Art. 100 Abs. 2 OR geprüft.

So zunächst im Entscheid betreffend den gehackten E-Mail-Account eines Kunden (BGE 146 III 326, r5). Zwar hielt das Bundesgericht bei der (abstrakten) Darlegung der Rechtslage unter Hinweis auf BGE 132 III 449 noch fest, dass sich die Gültigkeit von Risikoüberwälzungsklauseln in analoger Anwendung von Art. 100 und Art. 101 Abs. 3 OR beurteile (E. 6.1). Die konkrete Prüfung des Bundesgerichts erschöpfte sich dann aber in der Prüfung, ob ein schweres Verschulden der Beklagten vorlag (vgl. E. 6.3.1 ff.). Die Vorinstanz hatte ein schweres Verschulden bejaht, weshalb sich die Prüfung des leichten Verschuldens erübrigte. Das Bundesgericht hingegen verneinte das schwere Verschulden, weshalb im Anschluss die Prüfung eines leichten Verschuldens der Bank angezeigt gewesen wäre. Diese Prüfung nahm das Bundesgericht aber nicht vor.

Dass die unterlassene Prüfung dem Umstand geschuldet war, dass es sich im Entscheidfall um eine Effektenhändlerin und nicht um eine Bank handelte, ist nicht anzunehmen. Denn die *ratio legis* der Anwendbarkeit von Art. 100 Abs. 2 OR auf polizeiliche Bewilligungsträger, namentlich das Machtungleichgewicht zwischen den Parteien, würde auch auf Effektenhändler zutreffen. Zudem bezeichnet das Bundesgericht die Beklagte stellenweise als Bank (vgl. z.B. E. 6.3.2.1). Und schliesslich reduzierte es die bedingungslose Schadensabwälzung beim E-Mailverkehr auf eine Schadensabwälzung gemäss Art. 100 Abs. 1 OR (E. 6.3.1).³⁰

Auch in r4 (BGer 4A_161/2020) ging das Bundesgericht nicht auf Art. 100 Abs. 2 OR ein (vgl. E. 3.2, 5.1.1). Da es in diesem Fall aber ein grobes Verschulden der Bank im Sinne von Art. 100 Abs. 1

OR bejahte, war eine Prüfung von Art. 100 Abs. 2 OR ohnehin nicht angezeigt.

Bislang hat sich das Bundesgericht noch nicht ausdrücklich von seiner Rechtsprechung distanziert, wonach Banken als obrigkeitlich konzessionierte Gewerbe im Sinne von Art. 100 Abs. 2 OR gelten. Vielmehr hat es jeweils auf die frühere Rechtsprechung verwiesen, die mit Art. 100 Abs. 2 OR operierte. Die aktuellen Textbausteine zu den Legitimationsmängeln und ihre konkrete Anwendung in der Berichtsperiode lassen es aber als unsicher erscheinen, ob das Bundesgericht an seiner Rechtsprechung festhalten wird.

8. Garantiestreng

Keine grundsätzlichen Änderungen sind hinsichtlich der Garantiestreng bei der Bankgarantie zu vermelden. Der Grundsatz «zuerst zahlen, dann prozessieren» behält seine Gültigkeit. Dass die Garantiestreng trotzdem mit dem nötigen Augenmass gehandhabt wird, zeigt ein Urteil des Bundesgerichts (BGer 4A_223/2020, r30). Der Fall betraf die Bankgarantie einer Bauunternehmerin zugunsten einer Bauherrin, deren Abruf an die Bedingung geknüpft war, dass die Bauherrin der Bank erklärte, die Bauunternehmerin sei ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen. Die Bankgarantie verwies im Ingress auf beide Parteien sowie auf das fragliche Bauprojekt. Anlässlich des Garantieabrufs bezeichnete die Begünstigte die Bauunternehmerin fehlerhaft. Die Garantienummer, die Garantiesumme und die Bezeichnung der Bauherrin stimmten aber mit der Bankgarantie überein. Das Bundesgericht hielt an seiner Rechtsprechung fest, dass der Begünstigte dem Garanten gegenüber nur die (aber auch alle) Voraussetzungen erfüllen muss, die in der jeweiligen Garantieklausel festgelegt sind. Die Formstreng bewirke aber nicht, dass offensichtliche Schreibfehler in der Bezeichnung eine Rolle spielen würden. Entsprechend erachtete es den Garantiefall als erfüllt.

9. Grundversorgungsauftrag der PostFinance

Der wohl prominenteste Fall dieser Berichtsperiode stammt für einmal nicht aus Lausanne, Zürich oder Genf, sondern aus Bern. Das Handelsgericht des Kantons Bern hat Viktor Vekselberg die Weiterführung seines PostFinance-Kontos verweigert (HG 19 16, r10). Zur Diskussion steht diesmal keine AGB-Proble-

³⁰ In diesem Punkt ist das Bundesgericht nicht konsistent: Unzulässigen Freizeichnungen in AGB, die zulasten der schwächeren Partei gehen, wird die geltungserhaltende Reduktion verwehrt: Es gilt dann wieder die gesetzliche Haftung für jedes Verschulden, siehe BGer 4A_404/2008 E. 5.6.3.2.1 m.w.H.

matik:³¹ Das Gericht hielt fest, dass Gesetz und Verordnung die Ausnahmen vom Grundversorgungsauftrag abschliessend regeln würden. Unerheblich sei daher die AGB-Bestimmung der PostFinance, wonach sie Kunden ausschliessen könne, wenn «durch die Überwachung der Kundenbeziehungen zur Erfüllung ihrer Sorgfaltspflichten ein unverhältnismässiger Aufwand entsteht».

Der zum Entscheidzeitpunkt in Kraft stehende Art. 45 Abs. 1 aVPG enthielt folgende Ausnahmen vom Grundversorgungsauftrag: Den Widerspruch zu Finanzmarkt-, Geldwäscherei- oder Embargobestimmungen (Bst. a) und das Drohen von Rechts- oder Reputationsschäden (Bst. b). Per 1. Januar 2021 wurde Art. 45 Abs. 1 Bst. a VPG um den Ausnahmetatbestand ergänzt, dass die Einhaltung der Finanzmarkt-, Geldwäscherei- oder Embargobestimmungen einen unverhältnismässig hohen Aufwand verursachen. Obschon diese Ergänzung zum Entscheidzeitpunkt noch nicht in Kraft war, war das Handelsgericht der Ansicht, dass die PostFinance bereits vor dem 1. Januar 2021 Kundinnen und Kunden ausschliessen könne, wenn die Einhaltung der Finanzmarkt-, Geldwäscherei- oder Embargogesetzgebung einen unverhältnismässig hohen Aufwand verursache. Zwar fänden sich weder in Wortlaut, Zweck oder Systematik noch in der Botschaft zum Postgesetz Anhaltspunkte für eine entsprechende Ausnahme vom Grundversorgungsauftrag. Allerdings spreche sich einerseits bereits der Erläuterungsbericht des UVEK zur geltenden Postverordnung vom 29. August 2012 (Erläuterungsbericht 2012) gegen eine Pflicht der PostFinance zur Eingehung von Kundenbeziehungen aus, «die beispielsweise zu einem *nicht vertretbaren Aufwand* bei der Überwachung der Kundenbeziehungen zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten führen».³² Andererseits ergebe sich aus dem Erläuterungsbericht des UVEK vom 10. März 2020 (Erläuterungsbericht 2020),³³ dass es sich bei der per 1. Januar 2021 in Kraft tretenden Anpassung nicht um neues Recht, sondern bloss um eine redaktionelle Präzisierung des

geltenden Rechts handle. Vekselberg wurde sein PostFinance-Konto schliesslich mit der Begründung verweigert, dass der Aufwand für die Einhaltung der Geldwäschereigesetzgebung unverhältnismässig hoch wäre.

Das Urteil ist sehr sorgfältig begründet, was es auch erlaubt, die zentralen Erwägungsgründe klar zu identifizieren. Diese Erwägungsgründe vermögen aber im Ergebnis nicht zu überzeugen. Der Ausnahmetatbestand des unverhältnismässigen Aufwands findet im Wortlaut von Art. 45 aVPG keine Stütze. Vielmehr spricht Art. 45 Abs. 1 Bst. a aVPG von einem *Widerspruch* gegen Finanzmarkt-, Geldwäscherei- oder Embargobestimmungen. Das Handelsgericht führt selbst aus, dass damit nur ein Verbot gemeint sein könne (E. 36). Damit geht die Auslegung des Gerichts über die Wortlautgrenze hinaus. Dies ist nur im Rahmen der Lückenfüllung zulässig und bedürfte entsprechend starker teleologischer Argumente im Sinne einer zwingenden weiteren Einschränkung des Grundversorgungsauftrags, die planwidrig im bestehenden Regelungsrahmen fehlt.³⁴ Das lässt sich aber nicht begründen.

Es bleibt die Frage einer materiellen Vorwirkung des künftigen Rechts in Gestalt des neuen Art. 45 Bst. a VPG. Eine solche Vorwirkung muss sich «widerspruchlos in das bestehende Gesetzesrecht und dessen Wertungen einfügen.»³⁵ Das Gesetzesrecht sieht in Art. 1 PG eine Grundversorgung mit Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs vor. Eine aufwandbedingte Einschränkung des Grundversorgungsauftrags fügt sich nicht widerspruchsfrei in die Wertentscheidungen des bestehenden Gesetzesrechts ein, sondern sie beinhaltet vielmehr eine weitreichende Relativierung desselben. Eine solche Relativierung lässt sich nicht mit dem Hinweis auf die Erläuterungsberichte des UVEK auffangen. Erstens können solche Berichte nur erläutern, nicht aber neue Ausnahmetatbestände schaffen. Zweitens unterstützen die Erläuterungsberichte die Auffassung des Handelsgerichts nicht. So spricht der Erläuterungsbericht 2012 von einem «nicht vertretbaren», nicht von einem «unverhältnismässigen» Aufwand. Ein nicht vertretbarer Aufwand ist, wie das Handelsgericht zutreffend festhält, viel enger zu verstehen als ein unverhältnismässiger Auf-

³¹ Anders BGer 4A_417/2009, wo ein in den AGB vorgesehenes jederzeitiges Kündigungsrecht der PostFinance aus wichtigem Grund zur Diskussion stand. Siehe hierzu SZW 2011 372, 378 r1.

³² UVEK, Erläuterungsbericht zur Postverordnung vom 29. August 2012, 25, Hervorhebungen hinzugefügt.

³³ UVEK, Teilrevision der Postverordnung (VPG), Erläuternder Bericht vom 10. März 2020.

³⁴ Siehe hierzu BK ZGB-Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 N 229.

³⁵ BGE 135 II 1 E. 3.5 S. 7. Siehe auch BK ZGB-Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 N 335.

wand (vgl. E. 23.4.1). Darüber hinaus fände selbst ein nicht vertretbarer Aufwand in Art. 45 VPG keine Stütze. Auch aus dem Erläuterungsbericht 2020 geht nicht hervor, dass die Ausnahme des unverhältnismässigen Aufwands nur eine Präzisierung bestehenden Rechts und somit eine systemkonforme Weiterentwicklung darstellen würde.³⁶ Im Ergebnis sprechen gewichtige Argumente gegen eine materielle Vorwirkung des neuen Art. 45 Bst. a VPG.

Darüber hinaus fragt sich, ob der revidierte Art. 45 Abs. 1 Bst. a VPG sich auf eine genügende gesetzliche Grundlage stützen kann. Dies insbesondere, wenn man auf den Erläuterungsbericht 2020 abstellt, wonach ein Aufwand bereits dann als unverhältnismässig gilt, wenn er im Vergleich zum Standard-Kunden unüblich gross ist.³⁷ Die PostFinance nimmt auf dem Bankenplatz Schweiz eine Sonderstellung ein. Ihr Eigner ist der Bund, und ihr obliegt die Grundversorgung der Wohnbevölkerung mit Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs als *service public*. Verordnungsbedingte Ausnahmen vom Grundversorgungsauftrag können daher nur in sehr engen Grenzen zulässig sein. Denn dem Auftrag zur Grundversorgung kommt naturgemäss gerade dort Bedeutung zu, wo Zahlungsdienstleistungen nicht allen Personen mit Wohnsitz in der Schweiz zugänglich sind.³⁸

Schliesslich fragt sich, ob – selbst wenn man von einer genügenden gesetzlichen Grundlage ausgehen würde – im konkreten Fall ein übermässiger Aufwand zu bejahen wäre. Die PostFinance machte geltend, bei der Geschäftsbeziehung «Vekselberg» handle es sich um eine mit erhöhten Risiken gemäss Art. 13 Abs. 2 GwV-FINMA, was zu erhöhten Überwachungs- und Kontrollpflichten führe; diese könnten mit den aktuellen Ressourcen nicht bewältigt werden (E. 49.4). Das Handelsgericht liess dieses Argument gelten und sah daher eine Befreiung vom Grundversorgungsauftrag als gerechtfertigt an. Dazu ist anzumerken, dass Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 13 Abs. 2 GwV-FINMA zu den üblichen operationellen Herausforderungen einer jeden Bank gehören.

Wenn sich diese im Einzelfall schwierig gestalten, so ist für die Frage des Übermasses wiederum zu bedenken, dass sich die PostFinance im besonderen Feld des Grundversorgungsauftrags bewegt, den sein staatliches Aktionariat sicherzustellen hat.

10. US-Sanktionen und Schweizer Verträge

Für Viktor Vekselberg war das Jahr 2020 mit Blick auf seine Bankbeziehungen wahrlich kein gutes Jahr. Nicht nur wurde ihm ein PostFinance-Konto verwehrt. Auch über seine Vermögenswerte kann er aufgrund der gegen ihn verhängten OFAC-Sanktionen nur mehr eingeschränkt verfügen. Gemäss einem Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich (HG180215-O, r46) ist die Bank Julius Bär insbesondere nicht dazu verpflichtet, Wertschriften in USD eines Depots, an dem Vekselberg wirtschaftlich berechtigt ist, zu veräussern oder zu deblockieren. Dies sei ihr einerseits aus aufsichtsrechtlichen Gründen untersagt und andererseits unzumutbar. Das aufsichtsrechtliche Verbot begründet das Gericht mit dem Positionspapier der FINMA zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft. Tatsächlich ergibt sich aus diesem Positionspapier aber keine Pflicht der Beaufsichtigten zur Befolgung ausländischen Rechts. Das Bundesgericht hat denn auch ausdrücklich festgehalten, «dass die Durchsetzung ausländischer Rechtsvorschriften in der Schweiz – in Übereinstimmung mit dem das öffentliche Recht beherrschenden Grundsatz des Territorialitätsprinzips – grundsätzlich nicht Aufgabe der Schweizerischen Finanzmarktaufsicht ist».³⁹ Das Positionspapier Rechtsrisiken verpflichtet die Beaufsichtigten lediglich zur Risikoanalyse und der anschliessenden Risikoeliminierung oder -minimierung.⁴⁰ Das Aufsichtsrecht statuiert daher keine Pflicht der Bank, die OFAC-Sanktionen zu respektieren.⁴¹

Als zweite Begründungslinie führte das Handelsgericht Zürich aus, dass der Beauftragte keine Weisungen befolgen müsse, die seine Stellung unzumutbar erschwerten. Diese Unzumutbarkeit sei vorlie-

³⁶ Vgl. UVEK, Teilrevision der Postverordnung (VPG), Erläuternder Bericht vom 10. März 2020, 10.

³⁷ Vgl. UVEK, Teilrevision der Postverordnung (VPG), Erläuternder Bericht vom 10. März 2020, 10.

³⁸ Siehe dazu für den Fall Vekselberg *Hässig*, Hosenscheiser-Banking, 80 Banken meiden Viktor Vekselberg, Inside Paradeplatz, 4. Juni 2018.

³⁹ BGE 142 II 243 E. 3.1 S. 250.

⁴⁰ Vgl. FINMA, Positionspapier zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft vom 22. Oktober 2010, S. 14 ff.

⁴¹ So zutreffend das Handelsgericht Bern, HG 19 16, E. 38 S. 20 (Vekselberg vs. PostFinance), r10.

gend gegeben, da die Bank bei der Ausführung der Weisungen gegen die OFAC-Sanktionen verstiesse und Strafzahlungen oder sogar einen Ausschluss aus dem US-Finanzmarkt riskieren würde. Sie sei daher vertragsrechtlich nicht verpflichtet, die Instruktionen auszuführen.

Das Handelsgericht erblickt also einen Anwendungsfall von Treu und Glauben als Schranke des Weisungsrechts des Beauftragten.⁴² Demnach braucht der Beauftragte einer Weisung insbesondere dann nicht Folge zu leisten, wenn diese eine erhebliche und unzumutbare Erschwerung seiner Stellung bewirken würde.⁴³

11. SED-Gelder

Die Saga der verschwundenen DDR-Millionen hat uns seit dem Jahr 2010 immer wieder mit Entscheidungen für unsere Rechtsprechungsübersicht versorgt. Rudolfine Steindling, auch bekannt als die «Rote Fini», fungierte als Geschäftsführerin verschiedener Firmen, die der DDR zur Devisenbeschaffung dienten. In den Jahren 1991 und 1992 nahm sie von den Konten, die diese Firmen bei Schweizer Banken unterhielten, Abbuchungen in Höhe mehrerer Millionen vor. Die Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (BvS), vormalige Treuhandanstalt, war mit der Rückführung dieser Gelder betraut. Zunächst klagte sie gegen die UnionCredit Bank Austria AG und machte geltend, Steindling sei zur Abhebung der Millionen nicht legitimiert gewesen. Die BvS obsiegte 2010 vor dem Obergericht Zürich und 2013 vor Bundesgericht.⁴⁴ 2014 klagte die BvS gegen die Bank Julius Bär. Nachdem die sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich höchststrichterlich geklärt worden war,⁴⁵ wies dasselbe Bezirksgericht die Klage ab. Zur Begründung führte es aus, die Bank habe keinen Anlass gehabt, an der Legitimation von Steindling zu zweifeln.⁴⁶ Das Obergericht wies die von der BvS erhobene Berufung ab. Es bejahte zwar grundsätzlich eine Zahlungspflicht der Bank. Allerdings müsse sich die BvS eine von Steindling erhaltene Vergleichssumme anrechnen lassen, die die von

der Bank geforderte Summe übersteige.⁴⁷ Das Bundesgericht bestätigte das Vorliegen eines Legitimationsmangels, erblickte jedoch keine Hinweise darauf, dass Steindling mit der Zahlung nicht eine eigene Schuld, sondern eine Verbindlichkeit der Bank bezahlen wollte. Es wies den Entscheid zur Neu Beurteilung an das Obergericht zurück.⁴⁸ Dieses kam zum Schluss, dass sich die BvS die Vergleichszahlung von Steindling insoweit an ihren Erfüllungsanspruch gegen die Bank Julius Bär anrechnen lassen müsse, als diese tatsächlich in Bezug auf die in Frage stehenden Abverfügungen geleistet wurden. Konkret sei die Zahlung Steindlings in erster Linie auf die Zinsen, in zweiter Linie auf das Kapital und in dritter Linie auf die Kosten anzurechnen.⁴⁹ Sowohl die BvS als auch die Bank haben gegen diesen Entscheid Beschwerden erhoben, die das Bundesgericht beide abgewiesen hat (BGer 4A_29/2020; 4A_31/2020, r9).

Dreissig Jahre nach der erfolgten Abbuchung ist das Kapitel aus Sicht der BvS abgeschlossen. Zu Ende ist die Geschichte aber noch nicht: Julius Bär hat den Rechtsstreit im Zuge der Übernahme der Bank Cantrade von der UBS «geerbt». Die Presse vermeldet, dass Julius Bär die Gelder von der UBS zurückfordern wolle.⁵⁰

12. Kundenprofile

Eine zentrale Pflicht eines jeden Vermögensverwalters ist die Erstellung eines Kundenprofils. Nur wenn er die Risikofähigkeit und die Risikobereitschaft seiner Kundin kennt, kann er eine geeignete Anlagestrategie entwerfen. Trotzdem misst die Rechtsprechung dem Kundenprofil nicht die Bedeutung zu, die ihm gebührt.

Dies zeigt ein Fall, in dem ein unabhängiger Vermögensverwalter gar kein Kundenprofil erstellt hatte (BGer 4A_72/2020, r24). Diese Pflichtverletzung blieb für ihn jedoch folgenlos. Das Bundesgericht bestätigte seine frühere Rechtsprechung, wonach sich ein Kunde, der sich mit einer spekulativen Anlagepolitik einverstanden erklärt hatte, nicht darauf berufen könne, dass das nicht erstellte Kundenprofil eine konservative Anlagestrategie ergeben hätte

⁴² Siehe hierzu BK OR-Fellmann, Art. 397 N 82 ff.

⁴³ BK OR-Fellmann, Art. 397 N 83.

⁴⁴ Vgl. ZH Obergericht, LB080075, SZW 2010 313 r4; BGer 4A_258/2012, SZW 2013 315 f. r2.

⁴⁵ BGer 4A_242/2015, SZW 2016 212 r1.

⁴⁶ ZH Bezirksgericht, CG140080, SZW 2017 221 f., 226 r3.

⁴⁷ ZH Obergericht, LB170004-O.

⁴⁸ BGer 4A_302/2018, SZW 2019 200 f. r3.

⁴⁹ ZH Obergericht, LB190004-O, SZW 2020 176, 182 f. r3.

⁵⁰ NZZ Online vom 25. September 2020 (Die Bank Julius Bär muss einstige DDR-Vermögen zurückzahlen).

(E. 5.1.3).⁵¹ Diese Rechtsprechung überzeugt nicht. Nicht nur kommt sie im Ergebnis einer gänzlichen Ablehnung einer Pflicht zur Erstellung des Kundenprofils gleich.⁵² Darüber hinaus blendet sie wichtige Kausalitätsüberlegungen aus: Hätte nämlich der Vermögensverwalter seine (vor-)vertragliche Pflicht erfüllt und ein Kundenprofil erstellt, hätte er die Kundin darüber aufklären müssen, dass die fragliche Anlagestrategie nicht mit dem Kundenprofil übereinstimmt. Ob die Kundin dann dieser Anlagestrategie trotzdem zugestimmt hätte, bleibt fraglich.⁵³ Damit verbunden ist die Frage, ob überhaupt eine informierte Zustimmung vorliegt, wenn der Kundin nicht bewusst ist (bzw. sein kann), dass eine Anlagestrategie nicht mit ihrem Kundenprofil übereinstimmt, weil gar keines erstellt wurde.

Doch selbst wenn ein Kundenprofil erstellt wurde, ist die in Anlagegeschäften erfahrene Kundin gehalten, die ihr von der Vermögensverwalterin zugesandten Bankauszüge und Portfolio-Auswertungen minutiös zu studieren und bei Unstimmigkeiten sofort zu reklamieren. Ansonsten läuft sie Gefahr, eine Änderung der Anlagestrategie stillschweigend zu genehmigen.⁵⁴ Dies zumindest, sofern sie zuvor von der Bank eine Erhöhung der Performance ihres Portfolios verlangt hat. So lautet die Quintessenz eines Bundesgerichtsentscheids, den ein Spannungsverhältnis zwischen hohen Renditeerwartungen und geringer Risikobereitschaft prägt (BGer 4A_556/2019, r25). Dieses Spannungsverhältnis zeigte sich bereits zu Beginn der Vertragsbeziehung: Trotz konservativem Kundenprofil hatte die Kundin der Bank in einem Zusatzformular die Erlaubnis für Optionsgeschäfte, Futures, Devisengeschäfte und Produkte mit Hebelwirkung erteilt. Das Bundesgericht hielt zutreffend fest, dass diese Zusatzvereinbarung nicht zu einer Änderung der konservativen Anlagestrategie führe. Vielmehr könnten solche Instrumente lediglich in Übereinstimmung mit der vereinbarten konservativen Anlagestrategie verwendet werden. Die Frage, ob solche Instrumente überhaupt mit einer konservativen Anlagestrategie vereinbar sind, liess das Bundesgericht offen.

Etwa ein halbes Jahr nach Vertragsabschluss verlangte die Kundin von der Bank, die Performance ihres Portfolios zu erhöhen, dabei aber das Verlustrisiko auf maximal 5% zu beschränken. Daraufhin senkte die Bank den Anteil klassischer Anlagen und erhöhte den Anteil alternativer Anlagen im Portfolio. Zwei Wochen später unterzeichnete die Kundin die Portfolio-Auswertung, die eine vollständige Entlastung der Bank vorsah. Das Bundesgericht führt aus, dass die Änderung der ursprünglichen Anlagestrategie auch stillschweigend angenommen werden könne. Vorliegend sei die Aufforderung der Kundin zur Verbesserung der Performance als Antrag zur Änderung der ursprünglichen Anlagestrategie zu verstehen. Die Bank habe diese Änderung akzeptiert. Nicht ins Gewicht fiel der Umstand, dass die Bank der Weisung der Kundin, das Verlustrisiko auf 5% zu begrenzen, nicht nachgekommen war. Dies begründet das Bundesgericht damit, dass die Kundin durch die Unterzeichnung der Portfolio-Auswertung die Zusammensetzung des Portfolios genehmigt habe.

Das unterzeichnete Dokument enthielt zwar eine Klausel, wonach die Kundin die gesamte Bankdokumentation überprüft und sämtliche notwendigen Erklärungen erhalten habe, um die ausgeführten Geschäfte zu beurteilen. Dennoch fragt sich, ob der Kundin im vorliegenden Fall wirklich bewusst war, dass das Verlustrisiko – abweichend von ihrer Weisung – 5% überstieg. Zumindest wenn die Bank von Weisungen ihrer Kunden abweicht, wäre zu fordern, dass sie sie ausdrücklich darüber in Kenntnis setzt. Auch die Möglichkeit einer stillschweigenden Annahme einer Änderung der Anlagestrategie verlangt viel von Vermögensverwaltungskunden. Immerhin beschränkt sie das Bundesgericht offenbar auf Fälle, in denen die Kundin zuvor eine Erhöhung der Performance ihres Portfolios verlangt hat (vgl. E. 5.1) und auf geschäftserfahrene Kundinnen (vgl. E. 5.2).

13. Comptes-joints

Ein Gemeinschaftskonto (compte-joint) zeichnet sich dadurch aus, dass jeder von mehreren Kontoinhabern selbständig über das Konto verfügen kann. Die Genfer Cour de Justice hatte sich in dieser Berichtsperiode mit der Frage zu befassen, wie die Bank vorzugehen hat, wenn sich die Weisungen der verschiedenen Kontoinhaber widersprechen (ACJC/1433/2020, r1).

⁵¹ So etwa bereits BGer 4A_118/2019 E. 3.1.2, SZW 2020 188, r15; BGer 4A_140/2011 E. 2.1, SZW 2012 323, 328 f. r7.

⁵² Siehe dazu bereits SZW 2018 188.

⁵³ Ähnlich C. Hirsch, <cdfb.ch/1167>.

⁵⁴ So Cuevas, <cdfb.ch/1172/>.

Bei den Kontoinhabern handelte es sich um Vater und Sohn, beide griechische Anwälte. Der Vater wies die Bank an, EUR 18 Mio. auf ein Konto zu überweisen, das auf ihn und seine Gattin lautete. Die Bank informierte den Sohn, der anschliessend die Auszahlung des gesamten Kontoguthabens auf ein Konto, das nur auf ihn selbst lautete, verlangte. Am nächsten Tag machte der Sohn ein Schlichtungsverfahren gegen die Bank anhängig. Einen knappen Monat später leitete der Vater Betreuung gegen die Bank ein. Das erstinstanzliche Gericht war der Ansicht gewesen, dass die Bank zunächst die zeitlich früher erfolgte Weisung des Vaters auszuführen hatte.

Die Cour de Justice hob diesen Entscheid auf: Vorliegend komme Art. 150 Abs. 3 OR zur Anwendung, da er von den Parteien nicht ausgeschlossen worden sei. Diese Norm sehe vor, dass der Schuldner wählen könne, an welchen Solidargläubiger er bezahlen wolle, solange er nicht von einem rechtlich belangt worden sei. Vorliegend habe der Sohn zuerst rechtliche Schritte gegen die Bank eingeleitet, weshalb diese an ihn zu leisten habe.

Stichwortregister

Adhäsionsklage r51, r52 – Anlageberatung r15, r16, r18, r21 – Anfechtungsklage r45 – Anlagestrategie r24, r25, r42 – Arrest r44 – Art. 8 UWG r19 – Aufklärungs- und Beratungspflicht r13, r15, r21 – Auskunftspflicht r21, r37, r41 – Bankgarantie r28, r29, r30, r34, r35 – Bankkonkurs r48 – Banklagernd-Vereinbarung r7, r26 – Bauhandwerkerpfandrecht r34, r35 – Beweis r41, r42 – Blankopfandvertrag r33 – Bonus r54 – Comptes-Joints r1 – Cum-Ex r15 – Datendiebstahl r40 – Datenschutzrechtliches Auskunftsrecht r37, r41 – Datenübermittlungen DoJ r50 – Darlehen r12 – Derivate r27 – Devisenhandel r19 – Devisenmanipulation r21 – Drei-Schritte-Methode (Legitimationsmangel) r2, r3, r4, r5, r6 – Echtheit von Urkunden r22 – Garantiestrenge r30 – Geldwäscherei r51, r53 – Gemeinschaftskonto r1 – Genehmigung r3, r25, r26, r27 – Grundversorgungsauftrag r10 – Genehmigungsfiktion r4 – Herausgabeverzicht r39 – Hypothekarkredit r31 – Indossamentenkette r32 – Kollokationsklage r48 – Kontoschliessung r49 – Kontosperre r37 – Kundenprofil r24, r42 – Legitimationsmangel r2, r3, r4, r5, r6, r7, r8, r9 – Lombardkredit r13 – Margin Call r27 – Mindestkurs CHF/EUR r17, r18, r19 – Mitverschulden r33 – Passivhypothese r15, r16 – Paulia-

nische Anfechtung r45 – Provisorische Rechtsöffnung r32 – Rechenschaftspflicht r21, r38 – Rechtshängigkeit r47 – Rechtsmissbrauch r12, r24, r26, r28, r29, r30 – Retrozessionen r39 – Risikoprofil r24, r42 – Risikoüberwälzung r4, r5 – Sanktionen r37, r46 – Schadensabwälzung r4, r5 – Schadenssubstantiierung r15, r16, r52 – Schuldbrief r32 – SED-Gelder r9 – Short Put-Option r17 – Solidargläubigerschaft r1 – Solidarhaftung r51 – Sorgfalt r23 – Stellvertretung r2, r12 – Stop Loss-Order r18, r19 – Überschreitung der Vollmacht r2 – Überwachungspflicht in Steuerfragen r18 – Unautorisierte Kreditaufnahme r22 – Unautorisierte Transaktionen r14 – Unerlaubte Handlung r33, r40, r53 – Ungewöhnlichkeitsregel r48 – Verjährung r40 – Vermögensübertragung r31, r32 – Vermögensverwaltung r8, r13, r17, r20, r24, r25, r38, r42 – Vertrauensprinzip r22 – Veruntreuung r3 – Währungsrisiken r17, r18, r19, r20 – Warnpflicht r21 – Wechsel r36 – Widerspruchsklausel r26 – Widerspruchsverfahren r43 – Willensvollstreckerbescheinigung r11.

I. Bankgeschäfte – Activités bancaires

1. Konten, Einlagen, Vollmacht, Legitimation – Comptes, dépôts, procuration, légitimation

r1 Compte joint. Solidarité active. Action. Pour-suite. – Gemeinschaftskonto. Solidargläubigerschaft. Klage. Betreuung.

A et B (deux avocats dans un rapport de filiation) ouvrent trois comptes joints avec pouvoir de signature individuelle. Le 5 juin 2013, A donne l'ordre à la banque de virer 18 millions d'euros sur un autre compte dont il est titulaire avec son épouse. Le gestionnaire informe B de cet ordre en raison de son caractère inusuel. Le même jour, B demande à la banque de transférer l'ensemble des avoirs disponible sur un compte courant dont il est le seul titulaire. La banque informe les deux cotitulaires qu'elle n'exécutera aucun des deux ordres. Le 6 juin 2013, B dépose une requête en conciliation contre la banque tendant à l'exécution de son ordre. Le 2 juillet 2013, A dépose une réquisition de poursuite à l'encontre de la banque pour le montant de son ordre. A forme ensuite une demande en intervention principale dans la procédure opposant B à la banque. Le Tribunal de première instance considère que la banque devait exécuter la première instruction reçue (instruction de A). Sur appel, la Cour

de justice condamne la banque à exécuter l'instruction de B.

1. Aux termes de l'art. 150 al. 1 CO, il y a solidarité entre plusieurs créanciers, lorsque le débiteur déclare conférer à chacun d'eux le droit de demander le paiement intégral de la créance et lorsque cette solidarité est prévue par la loi. Le paiement fait à l'un des créanciers solidaires libère le débiteur envers tous (al. 2). Le débiteur a le choix de payer à l'un ou à l'autre, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux (al. 3). – 2. Lorsque le contrat de compte joint confère à chaque titulaire le droit de disposer du compte, il crée une solidarité active. Chacun des cocontractants est titulaire d'une créance distincte et la banque se libère ainsi valablement en payant à l'une des parties à la relation contractuelle. Les rapports internes sont en principe ignorés de la banque et constituent pour cette dernière une *res inter alios acta*. – 3. Après un examen minutieux de la jurisprudence et de la doctrine, la Cour de justice considère que l'art. 150 al. 3 CO s'applique au contrat de compte joint, sauf dérogation contractuelle – 4. En application de l'art. 150 al. 3 CO, la banque qui se trouve confrontée à deux ordres exécutables peut exécuter l'un des deux sans engager sa responsabilité. Néanmoins, lorsqu'une action en justice ou une poursuite est initiée à son encontre, elle perd ce choix et doit exécuter l'ordre du cotitulaire qui l'a poursuivie ou actionnée en premier. – 5. En l'espèce, B a déposé une action en justice avant la réquisition de poursuite introduite par A. B bénéficie ainsi de l'application de l'art. 150 al. 3 CO, disposition qui n'a pas été exclue par les parties. La banque doit ainsi exécuter l'ordre de B.

GE Cour de justice ACJC/1433/2020 du 6 octobre 2020 (arrêt entré en force).

r2 Défaut de légitimation. Méthode en trois étapes. Représentation. Excès des pouvoirs. Bonne foi de la banque (non). – Legitimationsmangel. Drei-Schritte-Methode. Stellvertretung. Überschreitung der Vollmacht. Guter Glaube der Bank (verneint).

Une personne donne à un homme de confiance une procuration générale et illimitée sur son compte bancaire. Celui-ci détourne environ CHF 13 000 000 à l'aide de 14 ordres de virement en faveur de son propre compte auprès de la banque ou d'une banque tierce. Ces transferts lui permettent d'obtenir des crédits hypothécaires auprès de la même banque afin de

s'offrir un luxueux chalet à Villars. Le Tribunal fédéral condamne la banque à rembourser à la cliente l'intégralité des montants débités de son compte en raison des virements.

1. Le Tribunal fédéral énonce pour la première fois une méthode de raisonnement en trois étapes applicables aux cas de défaut de légitimation. 1° Dans la première étape, le tribunal examine si les virements ont été exécutés «sur mandat» ou «sans mandat» du client. Dans la première hypothèse, les sommes qui ont été transférées sont à la charge du client. Dans le cas contraire, le tribunal passe à la deuxième étape. 2° Dans cette deuxième étape, le tribunal détermine si, par une clause contractuelle, les parties ont valablement dérogé au système légal en faisant supporter au client le dommage résultant d'un ordre «sans mandat». Si la clause contractuelle est valable, le tribunal l'applique. Si la clause n'est pas valable ou en son absence, le tribunal passe à la troisième étape. 3° Dans la troisième et dernière étape, le tribunal examine si la banque peut opposer, en compensation à l'action en restitution de son client, une prétention en dommages-intérêts lorsque celui-ci a fautivement contribué à causer ou à aggraver le dommage de la banque. – 2. Lorsque la banque vire de l'argent à un tiers sur ordre (avec mandat) du client, elle acquiert une créance en remboursement contre celui-ci (art. 402 CO). Au contraire, lorsque la banque vire de l'argent depuis ce compte à un tiers sans ordre («sans mandat») du client, elle n'acquiert pas de créance en remboursement et le client dispose alors d'une action en restitution de ses avoirs (action en exécution). – 3. Lorsque l'ordre de virement émane d'un représentant du client, le virement est exécuté «sur mandat» si le représentant avait le pouvoir d'en donner l'ordre (art. 32 al. 1 CO). Lorsque le représentant n'a pas de pouvoirs (internes), l'acte lie le représenté si ce dernier a porté à la connaissance du tiers une procuration qui va au-delà des pouvoirs (internes) et que, se fiant à cette communication, le tiers a cru de bonne foi à l'existence des pouvoirs (procuration externe; art. 33 al. 3 CO). Il n'en va pas différemment dans les relations avec les banques, la loi n'ayant pas prévu de représentation spéciale. – 4. En l'espèce, la banque était en conflit d'intérêts puisque les prélèvements opérés par l'homme de confiance servaient de garantie pour les crédits que la banque lui octroyait. Les montants étaient par ailleurs en moyenne plus importants que les ordres précédents. Enfin, deux employés ont émis des doutes sur ces ordres. Partant, les

circonstances permettaient d'attendre de la banque qu'elle effectue des vérifications supplémentaires suite aux ordres de virement importants donnés par le représentant (art. 3 al. 2 CC). N'ayant pas fait preuve de l'attention requise par les circonstances, la banque ne peut pas se prévaloir de sa bonne foi en invoquant la procuration externe. Les ordres ont ainsi été donnés «sans mandat». – 5. Concernant la deuxième étape, le Tribunal fédéral retient que l'existence d'une clause de transfert de risque n'a pas été alléguée par la banque. – 6. Enfin, concernant la troisième étape, la banque n'a pas allégué et fourni les moyens de preuve propres à établir l'existence et la quotité de la prétention qu'elle entendait opposer en compensation. Partant, le Tribunal fédéral admet l'action en restitution de la cliente.

ATF 146 III 121 (4A_504/2018 du 10 décembre 2019, Ire Cour de droit civil). **Recours contre GE Cour de justice ACJC/897/2018 du 5 juillet 2018. Recension:** Voir remarques introductives (6. *Legitimationsmängel*; 7. *Die Bank: kein obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe (mehr)?*); Liégeois, <cdbf.ch/1135/>; C. Hirsch, <lawinside.ch/947/>; D.A. Fischer, PJA 2020 1250 ss; Werro/Stöckli/Siegenthaler, DC 2020 357; Bernet/von der Crone, RSDA 2020 489; ius.focus 2020 N° 178; iusNet DB 23.06.2020.

r3 Défaut de légitimation. Fondation. Abus de confiance. Ratification (oui). Responsabilité de la banque (non). – Legitimationsmangel. Stiftung. Veruntreuung. Genehmigung (bejaht). Verantwortlichkeit der Bank (verneint).

Une fondation de famille de droit liechtensteinois a une bénéficiaire unique. La fille de celle-ci, employée et membre de la direction de la banque dépositaire, procède à de nombreux prélèvements en espèces sur le compte de la fondation pendant plusieurs années. Les quittances de ces retraits sont envoyées au conseil de fondation. Le membre du conseil de fondation avec signature individuelle valide ces prélèvements sans jamais procéder à aucune vérification, malgré l'importance des sommes retirées. La fille est par la suite reconnue coupable d'abus de confiance aggravé. L'action de la fondation contre la banque est rejetée par les tribunaux cantonaux et le Tribunal fédéral.

1. Rappel de la méthode en trois étapes en cas de défaut de légitimation. – 2. Lorsqu'un représentant a agi sans pouvoirs (internes), son acte demeure sans effet pour le titulaire du compte (i.e. représenté), à moins que ce dernier ne ratifie après coup l'acte passé (art. 38 al. 1 CO). L'acte est notamment ratifié dès qu'une personne autorisée en vertu de la formule de

procuration l'a contresigné. En l'espèce, la fille a procédé aux retraits comme employée, sans pouvoir de représentation. Il s'agit ainsi d'ordres exécutés sans mandat. – 3. Tous les prélèvements litigieux ont toutefois été soumis à l'approbation du membre du conseil de fondation qui disposait de la signature individuelle sur le compte. Celui-ci a contresigné les quittances bancaires relatives à ces prélèvements qui lui ont été adressées par la fille de la bénéficiaire. Il les a ainsi validés, c'est-à-dire ratifiés conformément à l'art. 38 al. 1 CO. – 4. Le Tribunal fédéral examine ensuite si la responsabilité extra-contractuelle de la banque peut être engagée sur la base de l'art. 55 CO, respectivement de l'art. 722 CO, du fait du comportement délictueux d'un membre de sa direction (fille de la bénéficiaire de la fondation). – 5. La signature des quittances et le défaut de vérification par le membre du conseil de fondation, qui sont imputables à la fondation elle-même, constituent des comportements concomitants de la lésée d'une gravité telle qu'ils interrompent le lien de causalité adéquate entre l'acte illicite de la fille et le dommage. La responsabilité de la banque n'est donc pas engagée.

TF, 4A_616/2019 du 17 avril 2020 (Ire Cour de droit civil). **Recours contre GE Cour de justice ACJC/1656/2019 du 31 octobre 2019.**

Recension: Voir remarques introductives (6. *Legitimationsmängel*; 7. *Die Bank: kein obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe (mehr)?*); ius.focus 2020 N° 232.

r4 Défaut de légitimation. Falsification de signature. Clause de transfert de risque. Faute grave de la banque (oui). Clause de réclamation. Abus de droit (non). – Legitimationsmangel. Fälschung der Unterschrift. Risikoüberwälzung. Grobes Verschulden der Bank (bejaht). Genehmigungsfiktion. Rechtsmissbrauch (verneint).

Un gérant indépendant falsifie la signature de sa cliente afin de détourner plus d'un million d'euros. La correspondance bancaire, qui comprend les avis de débit des détournements, est régulièrement envoyée à un avocat titulaire de la signature individuelle sur les comptes de la cliente. Celui-ci ne conteste aucun avis de débit relatif aux ordres frauduleux. Les tribunaux vaudois considèrent que la clause de réclamation est valable et déboutent la cliente.

1. Rappel de la méthode en trois étapes en cas de défaut de légitimation. – 2. Première étape: il est établi que le gérant a falsifié la signature de la cliente. Les ordres ont ainsi été exécutés sans mandat. – 3. Dans la deuxième étape, le tribunal doit examiner la vali-

dité et l'application de la clause de transfert de risque et de la clause de réclamation. Le Tribunal fédéral confirme l'appréciation du Tribunal cantonal qui avait retenu une faute grave de la banque dans la vérification des ordres litigieux. La clause de transfert de risque est ainsi inapplicable (art. 100 CO). – 4. En vertu de la clause de réclamation, toute réclamation relative à une opération doit être formulée par le client dans un certain délai dès réception de l'avis d'exécution de l'ordre ou du relevé de compte ou de dépôt, faute de quoi l'opération ou le relevé est réputé accepté par le client. Cette clause s'applique également pour les avis de débit en relation avec des ordres frauduleux. Une telle clause n'est pas insolite. Contrairement à la clause de transfert de risque, l'art. 100 CO ne s'applique ni directement ni par analogie à la clause de réclamation. L'exception d'abus de droit admise lorsque la correspondance bancaire est adressée en banque restante n'est pas applicable lorsque la communication est faite au client ou à son représentant qui n'est pas l'auteur des opérations frauduleuses. Le Tribunal fédéral confirme ainsi l'application *in casu* de cette clause et rejette le recours de la cliente.

TF, 4A_161/2020 du 6 juillet 2020 (Ire Cour de droit civil). **Recours contre** VD Tribunal cantonal PT13.039668-191425 78 du 11 octobre 2019.

Recension: Voir remarques introductives (6. Legitimationsmängel; 7. Die Bank: kein obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe (mehr?); iusNet DB 17.08.2020.

r5 Défaut de légitimation. Courrier électronique. Clause de transfert de risque. Faute grave de la société de négoce (non). – Legitimationsmangel. E-Mail. Risikoüberwälzung. Grobes Verschulden der Handelsgesellschaft (verneint).

Un client d'un négociant en valeurs mobilières se fait pirater son adresse e-mail. Les pirates envoient par courriels à la société de négoce du client huit ordres, à hauteur d'environ GBP 380 000, en l'espace d'un mois. La société s'exécute avant de découvrir plus tard l'escroquerie. La Cour de justice genevoise considère que certains ordres étaient insolites, que le négociant a commis une faute grave et ne peut donc pas se prévaloir de la clause de transfert de risque. Recours du négociant admis par le Tribunal fédéral.

1. Rappel de la méthode en trois étapes en cas de défaut de légitimation. – 2. Première étape: il est établi que les ordres provenaient de pirates. Ils ont donc été exécutés sans mandat du client. – 3. Deuxième étape: la clause de transfert de risque prévoit que le dommage résultant de défauts de légitimation ou de faux

non décelés est à la charge du client, sauf en cas de faute grave de la banque. La validité d'une telle clause doit être examinée par application analogique des art. 100 et 101 CO. Par conséquent, si la banque a commis un dol ou une faute grave, la clause d'exonération est nulle. En matière d'ordres frauduleux, il y a faute grave lorsqu'il saute aux yeux de toute personne raisonnable que l'ordre transmis ne puisse émaner du client, en particulier en raison de son adresse, de son texte, de son contenu ou d'un lieu de virement exotique. – 4. En l'espèce, le client a toujours communiqué avec la société par courriers électroniques. La destination des virements était en faveur d'une banque connue du Royaume-Uni, et non une banque d'un pays exotique. Enfin, la fréquence élevée des ordres reçus et leur montant élevé ne constituent pas non plus des indices sérieux d'un piratage de la messagerie du client. Partant, le négociant en valeurs mobilières n'a pas violé les règles les plus élémentaires de prudence. En application de la clause de transfert de risque, le dommage est à la charge du client.

ATF 146 III 326 (4A_9/2020 du 9 juillet 2020, Ire Cour de droit civil). Recours contre GE Cour de justice ACJC/1603/2019 du 31 octobre 2019.

Recension: Voir remarques introductives (6. Legitimationsmängel; 7. Die Bank: kein obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe (mehr?); C. Hirsch, <cdfb.ch/1150/> et <LawInside.ch/973/>; ius.focus 2020 N° 204; iusNet DB 24.08.2020.

r6 Défaut de légitimation. Fraude au président. Représentation de la société. Faute concomitante de la banque (oui). – Legitimationsmangel. CEO-Betrug. Vertretung der Gesellschaft. Mitverschulden der Bank (bejaht).

Trompée par une personne se faisant passer pour l'avocat de la société qui l'emploie et par un courrier électronique émanant apparemment de l'administrateur délégué et CEO (en vacances), la comptable transmet à la banque, par courrier électronique, plusieurs ordres de virement à hauteur de 4 millions d'euros. Ces ordres sont confirmés par courrier électronique du prétendu CEO et sont exécutés par la banque. La société dont le compte est débité agit contre la banque. Le Tribunal cantonal de Neuchâtel admet une responsabilité de la banque à hauteur de 60% pour les trois premiers ordres et de 40% des deux derniers. Sur recours, le Tribunal fédéral condamne la banque à supporter l'intégralité du dommage.

1. Rappel de la méthode en trois étapes lors d'ordres bancaires frauduleux. – 2. Dans la première étape, savoir si les virements ont été exécutés sur mandat ou sans mandat du client (titulaire du compte) présuppose, si le client est une personne morale, de se poser la question des pouvoirs de représentation des personnes physiques habilitées à représenter celle-ci. Dans les relations avec les banques, les pouvoirs des organes de la SA et les pouvoirs octroyés par celle-ci à des représentants civils sont habituellement consignés dans une procuration. Les parties peuvent également prévoir l'utilisation d'une plateforme électronique (e-banking), laquelle présuppose que le représentant dispose d'un mot de passe. L'utilisation de ce système peut également être subordonnée à l'exigence d'une représentation collective à deux. – 3. En l'espèce, la comptable ne pouvait pas à elle seule engager la société, puisqu'elle ne disposait que d'une signature collective à deux. Les courriels de confirmation ont été envoyés par le soi-disant CEO et n'ont été ni précédés, ni suivis d'une conversation téléphonique avec le vrai CEO. On se trouve donc bien en présence d'ordres de paiement exécutés sans mandat de la société cliente. – 4. Concernant la deuxième étape, le Tribunal fédéral constate que les parties ne sont pas convenues d'une clause de transfert de risque, de sorte que la banque supporte le dommage. – 5. Dans la troisième étape, c'est-à-dire dans l'examen de l'éventuelle prétention en dommages-intérêts de la banque contre la cliente, le tribunal peut devoir encore examiner la faute de la banque. Si elle est admise, celle-ci constitue une faute concomitante, qui peut soit interrompre le rapport de causalité adéquate, soit réduire l'indemnité qui serait due à la banque. – 6. En l'espèce, l'employé de banque n'a pas respecté la méthode convenue entre les parties. Non seulement il ne devait pas recevoir d'ordre par courriel, mais en plus il a reçu une confirmation par contact direct d'une seule personne, et sans signature manuscrite, alors que la société s'engageait valablement à l'égard de la banque qu'avec une signature collective à deux. La faute de la banque interrompt le lien de causalité adéquate entre la faute du client et le dommage subi par la banque.

ATF 146 III 387 (4A_178/2019, 4A_192/2019 du 6 août 2020, Ire Cour de droit civil). **Recours contre** NE Tribunal cantonal CACIV.2017.75 du 14 mars 2019.

Recension: Voir remarques introductives (6. *Legitimationsmängel*; 7. *Die Bank: kein obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe (mehr)?*); C. Hirsch, <cdbf.ch/1160/> et <lawinside.ch/978/>; iusNet DB 14.09.2020.

r7 Défaute de légitimation. Banque restante. Faute de la cliente (non). – *Legitimationsmangel. Bank-lagernd-Vereinbarung. Verschulden der Kundin (verneint).*

Un gérant de fortune indépendant commet cinq détournements en falsifiant la signature de la cliente pour un total de EUR 1.3 mio. La cliente ne consulte pas son courrier conservé banque restante. Sur renvoi du TF (RSDA 2018 191 r1), le Tribunal cantonal (TC) a jugé que la cliente n'a pas commis de faute en ne relevant pas pendant plus de quatre ans son courrier adressé en banque restante. Recours admis par le TF qui considère que la cliente a commis une faute (RSDA 2019 199 r1). Sur renvoi du TF, le TC exclut l'existence d'un lien de causalité et considérant que, même si elle avait relevé son courrier, la cliente n'aurait pas pu se rendre compte du premier ordre falsifié (RSDA 2020 181 r1).

1. Contrairement au TC, le TF considère que si la cliente avait relevé sa banque restante en temps utile en janvier 2007, elle y aurait trouvé l'état des avoirs. Néanmoins, la banque n'a remis dans le dossier de banque restante ni l'avis de débit correspondant au premier virement de litigieux du 29 juin 2006, ni le relevé de compte au 30 juin 2006, mais seulement l'état des avoirs au 31 décembre 2006. Vu que cet état mentionne uniquement un montant global de sorties de 180 984,31 euros (au lieu de seulement 98 184,31 euros), le TF considère que la cliente n'aurait pas pu ou dû découvrir le premier détournement litigieux. Le TF rejette ainsi le recours par substitution de motifs.

TF, 4A_337/2019 du 18 décembre 2019 (Ire Cour de droit civil). **Recours contre** VD Tribunal cantonal PT12.047882-190064, 296 du 28 mai 2019. **Recension:** iusNet DB 29.06.2020.

r8 Défaute de légitimation. Signature du client falsifiée par le gérant de fortune. Responsabilité de la société de gestion de fortune. – *Legitimationsmangel. Fälschung der Unterschrift des Kunden durch den Vermögensverwalter. Haftung der Vermögensverwaltungsgesellschaft.*

L'administrateur (avec droit de signature individuelle) d'une société de gestion de fortune falsifie la signature d'une cliente sur trois ordres de virement, lesquels sont exécutés par la banque dépositaire. La cliente agit contre la société en soutenant que celle-ci serait responsable des actes illicites de son organe.

Les tribunaux genevois ont débouté la demanderesse; le Tribunal fédéral leur renvoie la cause.

1. Aux termes de l'art. 722 CO, la société anonyme répond des actes illicites commis dans la gestion de ses affaires par une personne autorisée à la gérer ou à la représenter. Cet article institue le principe de la «responsabilité» de la personne morale pour les actes illicites de ses organes. – **2.** Afin que l'art. 722 CO trouve application, il faut que, du point de vue du lésé, l'acte ait été commis dans la gestion des affaires de la société. Tel est le cas lorsque l'acte entre, par un rapport fonctionnel, dans le cadre général des attributions de l'organe. – **3.** La société anonyme doit supporter le risque qu'un de ses organes falsifie une signature; il serait incompatible avec la sécurité des transactions qu'elle s'en décharge sur les tiers. – **4.** En l'espèce, l'organe était notamment chargé de transmettre des ordres émanant directement de la cliente. La transmission des ordres falsifiés entre donc bien, par un rapport fonctionnel, dans le cadre général de ses attributions d'organe. Le fait qu'il ait préalablement falsifié les ordres n'est à cet égard pas déterminant. Le Tribunal fédéral admet ainsi le recours et renvoie la cause à la Cour de justice afin qu'elle examine si les autres conditions prévues par l'art. 722 CO sont réunies.

TF, 4A_613/2018 du 17 janvier 2020 (Ire Cour de droit civil). **Recours contre GE** Cour de justice ACJC/1300/2018 du 25 septembre 2018.

Recension: Geissbühler, <cdf.ch/1132/>; iusNet DB 15.06.2020.

r9 Legitimationsmangel. SED-Gelder. Erfüllungsanspruch gegen die Bank. Anspruchskonkurrenz. – *Défaut de légitimation. Avoirs du Parti socialiste unifié d'Allemagne. Prétention en exécution contre la banque. Concours de créances.*

Entscheidungssachverhalt siehe Vorbemerkungen (11. SED-Gelder).

1. Die BvS vermag nicht aufzuzeigen, inwiefern die Vorinstanz mit ihrer Erwägung zur nicht gegebenen Anrechenbarkeit der Verfahrenskosten die massgebenden Grundsätze der Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip (Art. 2 ZGB) missachtet hätte. Ebenso wenig ist eine Verletzung von Art. 1 und Art. 18 OR ersichtlich. – **2.** Vorliegend bestand zwischen dem vertraglichen Erfüllungsanspruch der BvS auf Auszahlung des Kontoguthabens und dem (rechtskräftig zugesprochenen) Anspruch auf Schadenersatz gegenüber Steindling unechte Solidarität

im Sinne von Art. 51 Abs. 1 OR. Die Vorinstanz ging daher zutreffend davon aus, dass die teilweise Erfüllung der Schadenersatzpflicht Steindlings auch zur teilweisen Tilgung des Erfüllungsanspruchs der BvS gegenüber der Bank führte. – **3.** Der Bank kann nicht gefolgt werden, wenn sie geltend macht, Steindling habe mit der Vergleichszahlung von EUR 106 Mio. die gesamte gegen sie bestehende Kapitalforderung von EUR 101 Mio. bezahlt, weshalb nach Art. 114 Abs. 2 OR die damit verbundene Zinsforderung der BvS untergegangen sei. Denn Art. 114 Abs. 2 OR setzt eine vorbehaltlose Annahme voraus, was hier aber nicht gegeben war: Im Gegenteil hatten die BvS und Steindling ausdrücklich eine Anrechnung der Zahlung auf Forderung und Zinsen vereinbart.

BGer 4A_29/2020, 4A_31/2020 vom 27. August 2020 (I. zivilrechtliche Abteilung, BvS gegen Bank A. AG und Bank A. AG gegen BvS). **Vorinstanz:** ZH Obergericht, LB190004-O vom 3. Dezember 2019, SZW 2020 r3. **Siehe bereits** BGer 4A_302/2018 vom 17. Januar 2019, SZW 2019 r3 (Rückweisungsentscheid); ZH Obergericht, LB170004-O/U vom 18. April 2018; ZH Bezirksgericht, CG140080-L/U vom 7. Dezember 2016, SZW 2017 r3; BGer 4A_242/2015 vom 19. August 2015, SZW 2016 r 1 (sachliche Zuständigkeit); BGer 4A_258/2012 vom 8. April 2013, SZW 2013 315 f. r2 **Besprechungen:** Siehe die Vorbemerkungen (11. SED-Gelder); Hirsch, ius.focus 2020 Nr. 275; z.B. Spiegel Online vom 25. September 2020, (Schweizer Bank Julius Bär muss DDR-Vermögen zurückzahlen); NZZ vom 26. September 2020 (Bank Julius Bär muss DDR-Vermögen zurückgeben); Luzerner Zeitung Online vom 25. September 2020 (Verschwundene DDR-Gelder: Schweizer Bank Julius Bär muss 150 Millionen zurückzahlen).

r10 Vekselberg vs. Postfinance. Ausnahme vom Grundversorgungsauftrag. – *Vekselberg vs. Postfinance. Exception du service universel.*

Viktor Vekselberg wurde im April 2018 vom US Office of Foreign Asset Control im Rahmen der erweiterten Sanktionierung Russlands als «Specially Designated National and Blocked Person» (SDN) gelistet. Im Oktober 2018 ersuchte Vekselberg die PostFinance um Eröffnung zweier Privatkonti in CHF und EUR. Im November 2018 wurden die Konten eröffnet. Bereits im Dezember 2018 beendete die PostFinance die Geschäftsbeziehung. Vekselberg will die PostFinance gerichtlich verpflichten, das Konto in CHF weiterzuführen. Das Handelsgericht des Kantons Bern weist die Klage ab.

1. In den AGB der PostFinance findet sich die Bestimmung, wonach ein Ausschluss eines Kunden insbesondere möglich ist, «wenn PostFinance durch die Überwachung der Kundenbeziehungen zur Erfüllung ihrer Sorgfaltspflichten ein unverhältnismässiger

Aufwand entsteht». Die Ausnahmen, welche die PostFinance von ihrer Verpflichtung zur Grundversorgung befreien, sind in Gesetz und Verordnung abschliessend geregelt. Eine zusätzliche Ausnahmebestimmung in den AGB wäre deshalb unzulässig. Somit erübrigt sich die Prüfung, ob diese AGB-Bestimmung Vertragsbestandteil geworden ist. – 2. Weder der Wortlaut noch der Zweck noch die Systematik von Art. 32 Abs. 2 PG und Art. 45 VPG sprechen für eine Ausnahme von der Grundversorgung bei unverhältnismässigem Aufwand. Auch die Botschaft schweigt sich aus. Allerdings spricht sich der Erläuterungsbericht des UVEK zur VPG gegen eine Pflicht der PostFinance aus, Kundenbeziehungen aufnehmen zu müssen, die «zu einem nicht vertretbaren Aufwand bei der Überwachung der Kundenbeziehungen zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten führen». Ein nicht vertretbarer Aufwand ist enger zu fassen als ein unverhältnismässiger Aufwand, nämlich als eine Art qualifizierte Unverhältnismässigkeit. – 3. Per 1. Januar 2021 wird Art. 45 Abs. 1 Bst. a VPG um die Ausnahme des unverhältnismässig hohen Aufwands ergänzt. Bei diesen Anpassungen handelt es sich nicht um neues Recht, sondern um eine bloss redaktionelle Präzisierung der bereits geltenden Bestimmungen. Dies erlaubt, den Vorarbeiten auch bei der Anwendung und Auslegung des geltenden Rechts Rechnung zu tragen. Daran ändert der Einwand des Klägers nichts, dass eine belastende positive Vorwirkung unzulässig sei und daher das alte Recht zur Anwendung gelange. Die PostFinance kann sich daher zusätzlich zu den explizit festgehaltenen Ausnahmen auch auf einen Ausnahmegrund des unverhältnismässigen Aufwands bei der Überwachung der Kontobeziehung zur Einhaltung der Finanzmarkt-, Geldwäscherei- und Embargogesetzgebung berufen. – 4. Durch die Eingehung der Geschäftsbeziehung mit dem Kläger entsteht kein unmittelbarer Widerspruch mit finanzmarkt-, geldwäscherei- oder embargorechtlichen Bestimmungen im Sinne von Art. 45 Abs. 1 Bst. a VPG. – 5. Weiter besteht kein ernsthaftes Risiko dafür, dass die USA Sekundärsanktionen gegen die PostFinance aussprechen könnten. Auch dafür, dass Korrespondenzbanken ihre Beziehungen zur PostFinance kündigen, bestehen keine Anhaltspunkte, wenn die PostFinance für Vekselberg lediglich Inlandzahlungen in CHF ausführt. Selbst falls eine solche Kündigung erfolgen sollte, würde dies keinen schwerwiegenden Rechtsschaden im Sinne von Art. 45 Abs. 1 Bst. b VPG darstellen. Auch schwerwie-

gende Reputationsschäden hat die PostFinance bei Eingehen der Kontobeziehung mit Vekselberg keine zu erwarten. – 6. Hingegen hat die PostFinance mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen, dass ihr beim Bestehen der Kontobeziehung mit Vekselberg im Zusammenhang mit der Sicherstellung ihrer Sorgfaltspflichten ein unverhältnismässiger Aufwand entstehen würde. Sie ist deshalb in Bezug auf dieses Vertragsverhältnis von ihrem Grundversorgungsauftrag befreit.

*BE Handelsgericht, HG 19 16 (Vekselberg Viktor gegen PostFinance AG), nicht rechtskräftig. **Besprechungen:** Siehe die Vorbemerkungen (9. Grundversorgungsauftrag der PostFinance); siehe weiter z.B. Handelszeitung Online vom 31. Dezember 2020 («Berner Handelsgericht: Postfinance darf Viktor Vekselberg abweisen»); Tagesanzeiger Online vom 30. Dezember 2020 («Postfinance darf Vekselberg ihre Dienste verweigern»).*

11 Willensvollstreckerbescheinigung mit Vorbehalten. Deklaratorische Bedeutung. – Attestation avec réserve de l'exécuteur testamentaire. Force déclaratoire.

Eine Willensvollstreckerin erhielt vom Erbschaftsamt eine Willensvollstreckerbescheinigung, auf der vermerkt war, dass gegen das Testament Einsprache erhoben wurde. Sie verlangt die Ausstellung einer vorbehaltlosen Willensvollstreckerbescheinigung mit dem Argument, die Banken würden eine Willensvollstreckerbescheinigung mit Vorbehalten nicht als Ausweis über die Verfügungsberechtigung akzeptieren. Sie unterliegt.

1. Eine Willensvollstreckerbescheinigung hat nur deklaratorischen Charakter. Die Befugnisse der Willensvollstreckerin ergeben sich aus dem Gesetz und der Verfügung von Todes wegen. Eine Willensvollstreckerbescheinigung mit Vorbehalten ändert somit nichts an der Verfügungsberechtigung der Willensvollstreckerin. – 2. Wenn die Bank der Bescheinigung eine Bedeutung beimisst, die ihr rechtlich gar nicht zukommt, lässt sich das nicht durch eine andere Bescheinigung beheben. Vielmehr muss sich die Bank damit abfinden, dass die Willensvollstreckerbescheinigung immer nur deklaratorisch ist und bezüglich der Verfügungsbefugnis selber weder Rechtswirkungen entfalten noch Rechtssicherheit schaffen kann.

*BGer 5A_804/2019 vom 18. März 2020 (II. zivilrechtliche Abteilung, A. AG gegen Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft). **Besprechungen:** Bleichenbacher/Fankhauser, *BJM* 2020 349, 360; Breitschmid/Vögeli, *SJZ* 2021 232, 234; Künzle, *successio* 2021 21, 24; von Kaenel, *ius.focus* 2020 Nr. 139.*

r12 Contrat de prêt. Représentation. Abus de droit procédural (oui). – Darlehensvertrag. Stellvertretung. Prozessualer Rechtsmissbrauch (bejaht).

Deux sociétés concluent un contrat de prêt en 2011. En 2013, l'emprunteuse informe la prêteuse qu'elle ne remboursera pas le montant du prêt. La prêteuse dépose une réquisition de poursuite contre l'emprunteuse, laquelle forme opposition. L'emprunteuse dépose une action en libération de dette et la prêteuse dépose une demande reconventionnelle. L'action est rejetée et la demande reconventionnelle est admise par les instances vaudoises. Le Tribunal fédéral rejette le recours de l'emprunteuse.

1. L'emprunteuse ne conteste pas qu'elle a conclu un contrat de prêt avec la prêteuse, ni qu'elle a reçu sur son compte bancaire le montant de ce prêt, ni qu'elle s'est acquittée de tranches d'intérêts. En revanche, elle soutient que le contrat de prêt est nul parce qu'il n'est pas établi que celui qui l'a signé au nom de la prêteuse avait les pouvoirs de représenter celle-ci au moment de sa conclusion. – 2. La volonté d'une personne morale s'exprime par ses organes ou par des représentants civils au sens des art. 32 ss CO. Selon le système des art. 32 ss CO, lorsque le représentant qui conclut le contrat manifeste agir au nom du représenté, le représenté est lié dans trois cas de figure: (1) lorsque le représenté avait conféré les pouvoirs nécessaires au représentant dans leurs rapports internes (procuration interne); (2) en l'absence de pouvoirs internes conférés au représentant par le représenté, lorsque le tiers pouvait déduire l'existence de tels pouvoirs du comportement du représenté dans leurs rapports externes (procuration apparente; art. 33 al. 3 CO); et (3) en l'absence de pouvoirs internes conférés au représentant par le représenté, lorsque celui-ci a ratifié le contrat (art. 38 al. 1 CO). En particulier, en vertu de l'art. 38 al. 1 CO, il y a ratification lorsque la personne au nom de laquelle le «représentant» a agi déclare reprendre l'acte conclu en son nom par le «représentant». Cet acte juridique unilatéral formateur n'est en principe soumis à aucune forme et peut donc être exprès ou résulter d'actes concluants. – 3. En l'espèce, le signataire n'était pas un organe. Il ne peut donc avoir agi qu'en tant que représentant civil au sens des art. 32 ss CO. – 4. L'art. 33 al. 3 CO ne s'applique pas car l'emprunteuse refusait précisément d'être liée par le contrat passé par le représentant sans pouvoirs de la prêteuse. – 5. La prêteuse a ratifié le contrat de prêt en l'exécutant, soit en versant à l'emprunteuse le montant du

prêt (art. 38 al. 1 CO). C'est à tort que l'emprunteuse soutient que le simple versement du montant sur son compte ne suffirait pas pour admettre une ratification. – 6. Tous les participants au procès doivent agir de bonne foi et, partant, ne pas commettre d'abus de droit (art. 52 CPC). Constitue notamment un abus de droit l'attitude contradictoire d'une partie. Lorsqu'une partie adopte une certaine position, elle ne peut pas ensuite soutenir la position contraire, car cela revient à tromper l'attente fondée qu'elle a créée chez sa partie adverse; si elle le fait, c'est un *venire contra factum proprium* qui constitue un abus de droit, car la partie adverse pouvait compter que cette partie n'abandonnerait pas la position qu'elle avait prise antérieurement en connaissance de cause. – 7. En l'espèce, l'emprunteuse avait toujours traité avec le signataire et n'a pas demandé, en première instance, plus de mesures probatoires à ce sujet. Au contraire, elle a déclaré se contenter du résultat des démarches entreprises par le juge. Cette démarche devait être comprise de bonne foi comme une renonciation de sa part à contester que le signataire représentait la société prêteuse en procédure. En revenant en appel, puis dans le présent recours au Tribunal fédéral sur sa déclaration, l'emprunteuse adopte une attitude contradictoire qui est abusive et ne mérite aucune protection.

TF, 4A_181/2020 du 30 novembre 2020 (Ire Cour de droit civil). Recours contre VD Tribunal cantonal PO13.042863-191263, 619 du 27 novembre 2019.

Recension: iusNet DB 08.03.2021.

2. Kredite – Crédits

r13 Lombardkredit. Aufklärungs- und Beratungspflicht. – Crédit lombard. Devoir d'information et de conseil.

Die Kundin wollte ursprünglich nur einen Teil ihres Vermögens von EUR 28 Mio. anlegen und den Rest für nicht bankmässige Investitionen liquide halten. Die Bank B. riet ihr, den gesamten Betrag anzulegen und für allfällige nicht bankmässige Investitionen Kredite zu beziehen. Also schloss die Kundin mit der Bank B. einen Vermögensverwaltungsvertrag für die gesamten EUR 28 Mio. ab. Zwischen 2006 und 2010 nahm sie bei der Bank B. Kredite in Höhe von rund CHF 26 Mio. auf – auf Anraten der Bank B. in Schweizer Franken. Diese Kredite waren mit den verwalteten Wertschriften besichert. Der Kurssturz des Euro 2011 führte dazu, dass die Darlehensposition nicht mehr hinreichend besichert war. Die Bank B. musste

für die Ablösung der Kredite das Portfolio nach und nach veräussern. Die Kundin klagt gegen die Bank auf Zahlung von rund EUR 7 Mio. und macht geltend, die genannten Ratschläge der Bank im Zusammenhang mit der Kreditgewährung seien pflichtwidrig gewesen. Unbestritten ist, dass die Bank B. das Vermögen vereinbarungsgemäss nach einer defensiven Anlagestrategie verwaltet hat. Das Handelsgericht weist die Klage ab.

1. Vorliegend handelt es sich nicht um eine kreditfinanzierte Anlage. Insbesondere fehlt das für kreditfinanzierten Anlagen typische Überschuldungsrisiko, da die Kredite, mit denen die Kundin ihre Investitionen tätigte, mit den verwalteten Wertschriften besichert waren. Weiter führte die Kreditaufnahme vorliegend nicht zu einer für den Leverage-Effekt typischen Erhöhung des Gewinnpotenzials bzw. Verlustrisikos der Vermögensanlage, denn das Portfolio entsprach dem vereinbarten defensiven Anlageprofil und die Kreditaufnahme hatte auf die getroffenen Anlageentscheide keinen Einfluss. – **2.** Die Kundin hat den Entscheid, Kredite in Schweizer Franken aufzunehmen und sich dadurch – abweichend von der bei der Vermögensverwaltung gefahrenen defensiven Strategie – dem Währungsrisiko auszusetzen, selber getroffen. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich nicht, die bei der Vermögensverwaltung geltende erhöhte und umfassende Sorgfaltspflicht der Bank analog auf die Kreditgewährung zu übertragen. – **3.** Das Vermögensverwaltungsmandat und die Kreditverträge stellen vorliegend kein einheitliches Rechtsverhältnis, sondern separate Verträge dar. Gegenteiliges kann die Kundin insbesondere nicht aus dem Umstand ableiten, dass sie sich für sämtliche Geschäfte an dieselbe Ansprechperson wandte. – **4.** Die kreditgebende Bank trifft keine allgemeine Aufklärungspflicht über die Zweckmässigkeit der Kreditaufnahme, die Angemessenheit der Konditionen des gewählten Kredits oder die Risiken des damit finanzierten Geschäfts. Bei der Aufnahme von Krediten gehört das damit einhergehende Währungsrisiko zu den üblichen Risiken, über die nicht aufgeklärt werden muss. – **5.** Die Bank haftet für eine Empfehlung nur, wenn diese im Zeitpunkt der Erteilung offensichtlich unvernünftig war. Es ist unbestritten, dass die Rendite des Vermögensverwaltungsmandates die Kreditkosten mit Ausnahme des Finanzkrisenjahrs 2008 jeweils überstieg. Die Empfehlung zur Aufnahme von Krediten aus Renditeüberlegungen war somit sinnvoll. Es liegt somit keine Verletzung der Beratungs-

pflicht im Zusammenhang mit der Kreditgewährung vor. – **6.** Der Rat zur Aufnahme der Kredite in Schweizer Franken basiert mit der Währungsentwicklung auf einem künftigen und ungewissen Ereignis. Das damit einhergehende Risiko hat die Kundin selber zu tragen.

ZH Handelsgericht, HG170093-O vom 16. März 2020 (A. B.V. gegen B. AG), rechtskräftig.

II. Finanzgeschäfte – Services financiers

r14 Unautorisierte Transaktionen. Falscher Streitgegenstand. Rechtliches Gehör. – Transactions non autorisées. Objet du litige mal décrit. Droit d'être entendu.

Der Kunde klagt gegen seine Bank wegen unautorisierter Transaktionen. Statt einer Erfüllungsklage hat er eine Schadenersatzklage eingeleitet. Das Handelsgericht Zürich hatte die Klage abgewiesen, dabei aber auch eingehend die Rechtslage geprüft, die gälte, wenn man die Schadenersatzklage in eine Erfüllungsklage umdeuten würde. Der Kunde ist der Ansicht, dass das Handelsgericht nach dem Grundsatz «*iura novit curia*» verpflichtet war, seine Schadenersatzklage in eine Erfüllungsklage umzudeuten. Strittig sind vorliegend nur noch die Ausführungen im Rahmen der Beurteilung der Erfüllungsklage. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde teilweise gut und weist die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück.

1. Die Berufung der Bank auf die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion darf nicht rechtsmissbräuchlich sein. Vorliegend läge dann ein Rechtsmissbrauch vor, wenn der Kunde nachweisen könnte, dass der zuständige Kundenberater tatsächlich sich selber bzw. seine Ehefrau mit dem Geld des Kunden bereichert hätte. – **2.** Als Beweismittel hatte der Kunde insbesondere die Zeugenaussage von Frau E. von der Compliance-Abteilung der Bank dafür offeriert, dass die von ihm benannten 21 Transaktionen ohne Anweisung vorgenommen worden seien. Indem die Vorinstanz auf die Zeugenbefragung verzichtete, verletzte sie das rechtliche Gehör.

In seiner Neuurteilung wies das Handelsgericht Zürich die Klage ab und verzichtete darauf, die Compliance-Mitarbeiterin E. als Zeugin zu befragen.

1. Kann der Kunde beweisen, dass er seine Anweisungen ausnahmslos handschriftlich per Fax erteilt hat, besteht ein Indiz dafür, dass sein Kundenberater die

Überweisungen, für die kein korrespondierendes, per Fax übermitteltes handschriftliches Schreiben vorliegt, ohne die Anweisung des Kunden ausgeführt hat. Dieser Beweis gelingt dem Kunden aber nicht: Als am 15. Juni eine Überweisung in Höhe von EUR 660 000 getätigt wurde, lag noch keine handschriftliche, per Fax übermittelte Anweisung des Kunden vor. Vielmehr erfolgte eine solche erst rund zwei Wochen später. Daraus kann geschlossen werden, dass der Kunde die fragliche Anweisung per Telefon erteilte. Es ist somit erwiesen, dass der Kunde nicht alle Anweisungen handschriftlich per Fax erteilt hat. – **2.** Gegenstand eines Zeugnisses können nur Tatsachen sein, die ein Zeuge unmittelbar wahrgenommen hat, nicht aber Negative. Compliance-Mitarbeiterin E. wäre daher nur dann einzuvernehmen gewesen, wenn der Kunde positive Sachumstände behauptet hätte, die Gegenstand der Wahrnehmung von E. waren. Solche positiven Sachumstände behauptet der Kunde aber nicht. – **3.** Zusammenfassend wäre die vorliegende Klage damit auch dann abzuweisen, wenn das klägerische Begehren als Erfüllungsanspruch uminterpretiert werden könnte.

ZH Handelsgericht, HG200107-O vom 8. Dezember 2020 (A. gegen B. AG), nicht rechtskräftig. **Rückweisungsentscheid:** BGer 4A_386/2019 vom 26. Mai 2020 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen Bank B. AG). **Vorinstanz:** ZH Handelsgericht, HG160177-O vom 13. Juni 2019, SZW 2020 r22. **Besprechung:** L. Hirsch, <<https://cdbf.ch/1142/>>.

r15 Cum-Ex-Fonds. Verletzung der Beratungs- und Aufklärungspflicht aus Anlageberatungsvertrag. Schadenssubstantiierung. Passivhypothese. – Fonds ex-cum. Conseil en placement. Violation des devoirs de conseil et d'information. Allégation du dommage. Hypothèse passive.

Für den Entscheidsachverhalt siehe die Vorbemerkungen (1. Schadenssubstantiierung und Passivhypothese, 2. Negatives Interesse; 3. Naturalrestitution).

1. Der Kunde eines Anlageberatungsvertrages will grundsätzlich Investitionen tätigen. Deshalb setzt die Geltendmachung des Schadens im Sinn des Erfüllungsinteresses voraus, dass der Kunde darlegt, welche alternative Anlage er bei pflichtgemässer Beratung getätigt hätte. Die Annahme, dass überhaupt auf eine Investition verzichtet worden wäre (sog. Passivhypothese), darf nicht leichthin getroffen werden. – **2.** Vorliegend hatte die A. GmbH & Co. KG bislang ausschliesslich in Immobilien investiert, zeigte aber eine vage Bereitschaft zu einem Aktieninvestment. Der Kauf der Fondsanteile hatte den Charakter

eines Testlaufs mit kurzer Laufzeit, nach deren Ablauf man sich allenfalls zu weiteren Anlagen entscheiden könnte. Es ist daher überwiegend wahrscheinlich, dass die Kundin bei richtiger Aufklärung weder die Anlage getätigt noch die Geschäftsbeziehung eingegangen wäre. Sie ist daher so zu stellen, wie wenn sie die Vertragsbeziehung mit der Bank B. nie eingegangen wäre.

BGer 4A_297/2019 vom 29. Mai 2020 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. GmbH & Co. KG gegen Bank B. AG). **Vorinstanz:** ZH Handelsgericht, HG170121-O vom 7. Mai 2019, SZW 2020 r17. **Besprechungen:** Siehe die Vorbemerkungen (1. Schadenssubstantiierung und Passivhypothese; 2. Negatives Interesse; 3. Naturalrestitution); Ellenberger, AJP 2020 1351 ff.; C. Hirsch, <<https://cdbf.ch/1141/>>; A. Koller, AJP 2021 106 ff.; Schneuwly, ius.focus 2020 Nr. 169.

r16 Anlageberatung. Naturalrestitution (verneint). Passivhypothese (verneint). Ungenügende Schadenssubstantiierung. – Conseil en placement. Réparation en nature (non). Hypothèse passive (non). Allégation du dommage.

Der Kunde verklagt eine Schweizer Grossbank auf Schadenersatz aus fehlerhafter Anlageberatung. Er hatte in einen Fonds investiert, der sich gemäss Prospekt an Gesellschaften, die Anlagen der Wasserwirtschaft betreiben, beteiligt. Er macht insbesondere geltend, die Bank habe ihre Informations- und Warnpflicht verletzt, weil sie zum Zeitpunkt des Erwerbs der Fondsanteile durch den Kunden Kenntnis von einem Revisionsbericht gehabt habe, demgemäss weder die Existenz noch die Bewertbarkeit wesentlicher Vermögenswerte des Fonds überprüfbar seien und ihm dies verschwiegen habe. Der Fonds befindet sich mittlerweile in Liquidation. Das Handelsgericht Zürich weist die Klage ab.

1. Mit seinem Hauptbegehren verlangt der Kunde Naturalrestitution. Ein Geschädigter hat keinen Anspruch auf Naturalrestitution. Vielmehr liegt die Entscheidung, ob Geldersatz oder Naturalrestitution ausgesprochen wird, im Ermessen des Gerichts. – **2.** Die Entscheide des Bundesgerichts jüngeren Datums, welche Bezug auf die Naturalrestitution nahmen, bezogen sich auf mehrheitlich sachenrechtliche Sachverhalte, bei welchen der Schadensbegriff gemäss der Differenztheorie keine Rolle spielte. Es ging dabei um den Ersatz der Wiederherstellungskosten unabhängig von einer allfälligen Vermögenseinbusse im Sinne dieses Schadensbegriffes. Eine Naturalrestitution ist somit insbesondere dann sachgerecht, wenn bei einer nicht berechenbaren Vermögensdifferenz

ein besonderes Interesse an der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands besteht (Ausgleich der Zustandsdifferenz). **3.** Vorliegend ist eine Vermögensseinbusse berechenbar. Darüber hinaus besteht kein subjektives, besonderes Interesse am vormaligen Zustand, d.h. an der Zusammensetzung des Vermögens. Die Rechtsfigur der Zustandsdifferenz passt daher nicht. – **4.** Auch das Bundesgerichtsurteil 4A_297/2019 vom 29. Mai 2020 (**r15**) rechtfertigt keine Abweichung von den vorstehenden Erwägungen. Das Urteil geht selber vom Schadensbegriff i.S. der Differenztheorie aus, obwohl es danach keinen Schaden mittels Differenzrechnung erstellt und die Naturalrestitution mit der Passivhypothese zu verknüpfen scheint. Da das Urteil selber die Naturalrestitution nicht thematisiert, scheint daraus kein Bekenntnis zur Naturalrestitution als generell sachgerechte Art des Schadenersatzes bei Anlageverträgen oder Execution-Only-Verträgen mit Ausnahmetatbestand ableitbar. – **5.** Weiter wird in der Rechtsprechung immer wieder auf Naturalrestitution erkannt in Fällen, in denen der Vertragspartner den Schaden selber beheben kann bzw. von einem Dritten beheben lassen kann (Surrogat) oder wenn er über eine Sache verfügt, welche die beschädigte Sache ersetzen könnte. Auch ein solcher Fall ist vorliegend nicht gegeben. – **6.** Mit seinem Eventualbegehren verlangt der Kläger eine Schadensberechnung unter Anwendung der Passivhypothese, da er die bei der Beklagten gehaltenen Mittel nachweislich über längere Zeit grösstenteils (je nach Zeitpunkt zu 60–80%) liquide gehalten habe. In der Rechtsprechung finden sich zwei Entscheide, in denen das Bundesgericht statt auf das positive Interesse (Erfüllungsinteresse) auf die Passivhypothese abgestellt hat (BGE 124 III 155 E. 3d sowie BGer 4A_297/2019 vom 29. Mai 2020 E. 6.4). Bei beiden Fällen existierte keine vorbestehende Geschäftsbeziehung. Die Investition erfolgte auf eine erstmalige Beratung hin. Soweit ersichtlich, handelt es sich bei den letztgenannten Entscheiden nicht um eine generelle Rechtsprechungsänderung hin zur Passivhypothese. Das Bundesgericht weist in BGer 4A_297/2019 vom 29. Mai 2020 selber darauf hin, dass bei Anlageberatungsverträgen nicht leichthin angenommen werden könne, dass überhaupt auf eine Investition verzichtet worden wäre. Anders als in diesen beiden Entscheiden handelte es sich vorliegend nicht um eine einmalige Beratung. Überdies erscheint nicht überwiegend wahrscheinlich, dass der Kunde keine alternative Anlage getätigt hätte. Die

Passivhypothese ist daher nicht anwendbar. – **7.** Zur Substantiierung des (*subeventualiter* beantragten) positiven Interesses behauptet der Kläger, alternativ in hochverzinsliche USD-Unternehmensanleihen investiert zu haben. Dies erscheint nicht glaubhaft, zumal sich diese alternative Anlage stark von der tatsächlich getätigten Anlage unterscheiden (u.a. hinsichtlich Investitionsbereich, Risiko, Rendite und Anlagehorizont). Ferner hätte der Kläger als Vergleichswert für die Differenzrechnung auch den tatsächlichen Wert der Fondsanteile darlegen müssen, was er unterlassen hat. – **8.** Die Klage wäre darüber hinaus auch aufgrund fehlender Kausalität abzuweisen.

ZH Handelsgericht, HG180163-O vom 7. September 2020 (A. gegen B. AG und B. [Schweiz] AG), rechtskräftig, ZR 119/2020 S. 219. **Besprechungen:** Siehe die Vorbemerkungen (1. Schadenssubstantiierung und Passivhypothese; 2. Negatives Interesse; 3. Naturalrestitution); Haberbeck, <<https://insidelaw.ch/haftung-der-bank-fuer-anlageverluste-zur-grossen-bedeutung-des-rechtsgenueglichen-schadensnachweises/>>.

r17 Short Put-Option. Aufgabe des CHF/EUR-Mindestkurses durch die SNB. – Option short put. Abandon du cours plancher EUR/CHF par la Banque nationale.

Zum Entscheidsachverhalt siehe die Vorbemerkungen (4. Währungsrisiken).

1. Das strittige Short Put-Geschäft war vorliegend zulässig. Optionen waren als Anlageinstrumente vom Vermögensverwaltungsvertrag gedeckt. Für die Zulässigkeit spricht auch, dass die Kunden vor dem hier strittigen Geschäft bereits eine gleichartige Anlage getätigt haben. Weiter haben sie dem umstrittenen Short Put-Geschäft zugestimmt. – **2.** Die Short Put-Option kann auch nicht als unzulässige Anlage wegen fehlender Liquidität bezeichnet werden. Den Kunden war durchaus bewusst, dass sie gegebenenfalls CHF 1.2 Mio. würden bereitstellen müssen, um die Option einzugehen. Dass das von der A. Ltd. verwaltete Portfolio dazu nicht die notwendige Liquidität aufwies, ist unerheblich, da sich die Anlagestrategie sowie sämtliche Anlageentscheide gemäss Vermögensverwaltungsvertrag auf das Gesamtvermögen der Kunden bezogen, nicht nur auf den von der A. Ltd. verwalteten Teil. Da das Gesamtvermögen über genügend Liquidität verfügte, entstand durch das strittige Geschäft auch keine unzulässige Hebelwirkung. – **3.** Die Aufhebung des CHF/EUR-Mindestkurses am 15. Januar 2015 war auch für Finanzfachleute nicht vorhersehbar, genauso wenig der tatsäch-

liche Kursverlust des Euro gegenüber dem Schweizer Franken. Diese beiden Unwägbarkeiten verbieten den Vorwurf an die A. Ltd., sie habe pflichtwidrig gehandelt, indem sie den Kunden die Erneuerung der strittigen Short Put-Option empfohlen habe. Wer eine Wette eingeht, darf oder kann nicht mit Sicherheit davon ausgehen, dass sich seine Erwartung erfüllen wird.

ZH Obergericht, LB190062-O vom 5. März 2020 (II. Zivilkammer, A. Ltd. gegen B. und C.). **Bestätigt** in BGer 4A_210/2020 vom 9. November 2020 (I. zivilrechtliche Abteilung, A.A. und B.A. gegen C. Ltd.). **Besprechung:** Ceregato/Meyer, *ius.focus* 2021 Nr. 14.

r18 Stop Loss-Order. Aufhebung des CHF/EUR-Mindestkurses durch die SNB. Schadenssubstantiierung. Überwachungspflicht hinsichtlich der Einhaltung eines Steuerrulings verneint. – Ordre conditionnel de vente (stop loss). Abandon du cours plancher EUR/CHF par la Banque nationale. Allégation du dommage. Devoir de surveillance du respect d'un ruling fiscal (non).

Zum Entscheidsachverhalt siehe die Vorbemerkungen (4. Währungsrisiken).

1. Eine Bank haftet im Rahmen ihrer Tätigkeit als Anlageberaterin für eine Empfehlung nur, wenn diese im Zeitpunkt der Erteilung offensichtlich unvernünftig war. Der Kunde kann vorliegend nicht beweisen, dass ihn die Bank falsch beraten und ihm die Tauglichkeit der Stop Loss-Order zu Hedging-Zwecken zugesichert hat. Eine Pflichtverletzung der Bank ist daher zu verneinen. – 2. Selbst wenn eine Pflichtverletzung vorläge, würde die Klage an mangelnder Schadenssubstantiierung scheitern: Der Kunde hätte nämlich darlegen müssen, wie sein Vermögensstand gewesen wäre, wenn ihm die Bank eine «pflichtgemässe» Sicherungsmassnahme gegen die Aufhebung der Kursuntergrenze CHF/EUR durch die SNB empfohlen und er sich zu dieser entschieden hätte. – 3. Auch kann der Kunde nicht beweisen, dass ihm die Bank die Ausführung der Stop Loss-Order zu 0.98 nicht i.S.v. Art. 111 OR garantiert hätte. – 4. Der Nachweis, dass der Bank eine Überwachungspflicht hinsichtlich der *in situ assets oblag* und eine *allfällige Pflichtverletzung zu einem Schaden führte*, gelingt dem Kunden nicht.

ZH Obergericht, LB190051-O vom 18. Mai 2020 (I. Zivilkammer, A. gegen B. AG), rechtskräftig.

r19 Négoce de devises. Ordre conditionnel de vente (stop loss). Abandon du cours plancher. Responsabilité de la banque (non). Clause abusive (art. 8 LCD: non). – Devisenhandel. Stop Loss-Order. Aufhebung des CHF/EUR-Mindestkurses. Haftung der Bank (verneint). Missbräuchliche Klausel nach Art. 8 UWG (verneint).

Pour l'état de fait de l'arrêt voir remarques introductives (4. Währungsrisiken).

1. Le client soutient que son ordre *stop loss* correspond à un ordre de vente conditionnel. Or la banque n'aurait pas réalisé cette vente, malgré la réalisation de la condition suspensive, à savoir le franchissement du taux de 1.194 immédiatement après l'annonce de la BNS. – 2. Les règles du contrat de vente sont en l'espèce complétées par les clauses du contrat « e-forex » conclu par les parties. Or, selon ce contrat, la banque n'a aucune obligation d'offrir des cours à tout moment. En outre, le contrat ne garantit pas qu'un ordre d'achat ou de vente soit exécuté au prix limite fixé par le client, en particulier lors de certaines conditions du marché. Vu les circonstances exceptionnelles, notamment le manque de liquidité, le contrat permettait à la banque de ne pas exécuter l'ordre *stop loss* du client. – 3. Le Tribunal cantonal laisse indécise la question de savoir si l'art. 8 LCD ne vise que les prestations de consommation courante, ce qui exclurait son application aux contrats relatifs au négoce de devises. – 4. Au cas d'espèce, le Tribunal cantonal ne décèle aucun caractère abusif ou illicite dans les clauses du contrat « e-forex », y compris celles relatives au *stop loss*. La possibilité pour la banque de refuser d'exécuter un ordre en raison (ici) de l'absence de liquidité du marché ne crée pas un déséquilibre notable et injustifié entre les parties au sens de l'art. 8 LCD. En outre, la condition supplémentaire de violation des règles de la bonne foi n'est pas réalisée.

TC VD HC/2020/857 (Cour d'appel civile) du 18 décembre 2020 (recours pendant devant le Tribunal fédéral).

r20 Gestion de fortune. Pas de couverture du risque de change. Instructions du client. – Vermögensverwaltung. Keine Abdeckung des Währungsrisikos. Weisungen des Kunden.

Un citoyen américain conclut avec une société de gestion de fortune un contrat intitulé «*Discretionary Investment Management Agreement*». Sur recommandation de la société, le client emprunte CHF 3 millions qu'il investit en EUR, sans couvrir son risque monétaire, malgré les recommandations en ce sens de la

société. Le 6 septembre 2011, la BNS instaure le cours plancher de CHF 1.20 pour 1 EUR. Le patrimoine investi du client subit ainsi des pertes. Le Tribunal de première instance considère que, bien que l'exposition monétaire ne respectait pas le profil risque, cette exposition découlait des instructions du client. Le Tribunal cantonal rejette le recours.

1. Lorsque le client adresse à la banque des ordres précis et inconditionnels, celle-ci n'assume en principe aucun devoir d'information, car le client montre alors qu'il n'a pas besoin d'informations et de conseils de la banque et qu'il ne les souhaite pas. Un devoir d'information ne subsiste que dans des situations exceptionnelles. – **2.** L'établissement du profil du client avant ou au moment de la conclusion du mandat de gestion de fortune découle des devoirs de diligence du gestionnaire. Le profil du client ne revêt toutefois qu'une importance relative: s'il ressort du contrat de gestion de fortune que le client s'est dit prêt à poursuivre une politique d'investissement spéculative et risquée, ce dernier ne peut en cas de pertes subies par la suite faire valoir que son profil aurait, s'il avait été établi, permis de déterminer qu'une politique d'investissement plus conservatrice correspondait mieux à sa situation personnelle. – **3.** En l'espèce, le client ne réussit pas à prouver qu'il s'est opposé à l'acquisition des obligations litigieuses. Il ne réussit pas non plus à prouver qu'il aurait donné des instructions expresses concernant l'achat d'options destinées à couvrir ses expositions monétaires. Par ailleurs, vu les coûts générés par l'achat d'une option, le Tribunal cantonal ne voit pas comment elle aurait pu être effectuée sans des instructions expresses et claires du client.

TC VD HC/2020/126 du 28 février 2020 (Cour d'appel civile).
Recension: iusNet DB 16.11.2020.

r21 Anlageberatung. Beratungs-, Informations- und Warnpflicht der Bank. Auskunft und Rechenschaft über Schaden aus Devisenmanipulation. – Conseil en placement. Devoirs de conseil, d'information et de mise en garde de la banque. Information et reddition de compte concernant le dommage résultant d'une manipulation de devises.

Kunde A. verlangt von der Bank B. Schadenersatz in Höhe von CHF 1 Mio. Er macht geltend, die Bank habe ihre Beratungs-, Informations- und Warnpflicht aus Anlageberatungsvertrag verletzt. Weiter macht der Kunde geltend, die FINMA habe im November 2014 über einen schweren Fall von Manipulation von

Devisen- und Edelmetallkursen durch die Bank B. orientiert und fordert Auskunft und Rechenschaft darüber, ob und in welcher Höhe er dadurch geschädigt wurde.

1. Die Frage, ob ein konkludenter Anlageberatungsvertrag oder ein blosses Execution Only-Verhältnis vorliegt, hängt insbesondere von der Dauer und Intensität der Beziehung zwischen den Parteien ab. Für einen konkludenten Anlageberatungsvertrag sprechen vorliegend insbesondere die 99 Kundenkontakte zwischen November 2011 und Juni 2012 sowie die häufigen Telefonate, die regelmässig mehrmals täglich und auch über das Mobiltelefon des Kunden geführt wurden. Weiter gibt es Anhaltspunkte für punktuelle Anlageberatungen, beispielsweise einen persönlichen Anlagevorschlag, den die Bank dem Kunden per E-Mail zukommen liess. Zudem gibt es Anhaltspunkte, dass der Kunde die Beratung der Bank teilweise auch annahm. – **2.** Bei einer Anlageberatung, die ausserhalb einer eigentlichen Vermögensverwaltung erfolgt, kann der Kunde ohne anderslautende Vereinbarung grundsätzlich nicht erwarten, dass die Bank das Wertschriftendepot dauernd überwacht und ihn gegebenenfalls auf Gefahren hinweist. Vorliegend hatte die Bank keine spontanen Beratungs-, Aufklärungs-, Warn- oder Abmahnungspflichten gegenüber dem sach- und fachkundigen Kunden. Eine Anlageberatung war nur geschuldet, wenn der Kunde erkennbar um eine solche ersuchte. – **3.** Der Kunde wurde von der Bank wiederholt umfassend, teilweise zudem auch transaktionsbezogen über die Risiken informiert, die mit den von ihm getätigten Geschäften (insbesondere Kassa- und Termingeschäfte mit Devisen und Edelmetallen, Devisenswapgeschäfte, Optionsgeschäfte, Geschäfte mit strukturierten Produkten) verbunden waren. – **4.** Der Bank kann überdies keine unangemessene Beratung vorgeworfen werden. Selbst wenn ihr eine Pflichtverletzung vorgeworfen werden könnte, wäre diese infolge Genehmigung verwirkt. – **5.** Der Auskunfts- und Rechenschaftsanspruch ist auf Belange des Auftragsverhältnisses beschränkt. Der Kunde behauptet nicht, dass die erwähnten Devisen- und Edelmetallgeschäfte, für die er Auskunft und Rechenschaft verlangt, in einem Zusammenhang mit dem Anlageberatungsvertrag stehen. Er legt nicht einmal substantiiert dar, für welche konkreten Devisen- und Edelmetallgeschäfte er Auskunft und Rechenschaft verlangt. Das Begehren des Kunden scheitert im Übrigen bereits daran, dass

ein Schaden keine Tatsache ist, über welche Auskunft und Rechenschaft abzulegen ist.

ZH Handelsgericht, HG170202-O vom 1. September 2020 (A. gegen B. AG [Bank]. Bestätigt in BGer 4A_519/2020 vom 15. Februar 2021.

r22 Unautorisierte Kreditaufnahme (verneint). Echtheit von Urkunden. Vertrauensprinzip. – Emprunt non-autorisé (non). Authenticité d'un titre. Principe de confiance.

Ein Kunde macht eine unautorisierte Kreditaufnahme geltend und klagt gegen die Bank auf Erfüllung. Er behauptet insbesondere, seine Unterschrift sei auf diversen Dokumenten gefälscht worden. Das Handelsgericht hatte die Klage abgewiesen. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

1. Nach Art. 178 ZPO hat die Partei, die sich auf eine Urkunde beruft, deren Echtheit nur zu beweisen, sofern diese von der anderen Partei bestritten wird. Die Bestreitung nach Art. 178 ZPO muss «ausreichend begründet» werden. Der Prozessgegner hat hierfür konkrete Umstände darzutun, die beim Gericht ernsthafte Zweifel an der Echtheit des Urkundeninhalts oder der Unterschrift wecken. – 2. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass der Kunde seine Bestreitung der Echtheit der diversen Vertragsdokumente nicht ausreichend begründet hat. Folgerichtig ging sie implizit davon aus, dass die Bank den Echtheitsbeweis nicht anzutreten hat.

BGer 4A_540/2019 vom 15. Juni 2020 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen Bank B. AG). **Revisionsgesuch** abgewiesen in BGer 4F_5/2020 vom 17. September 2020 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen Bank B. AG). **Vorinstanz:** ZH Handelsgericht, HG170109-O vom 27. September 2019, SZW 2020 r20. **Besprechung:** Ollivier, <<https://cdbf.ch/1148/>>.

r23 Sorgfaltswidrige Beratung verneint – Conseil inadéquat (non)

Kundin A. verlangt von der Bank B. Schadenersatz. Sie behauptet, die Bank B. habe ihren Ehemann D. schlecht beraten. D. habe sich bei der Bank B. nach einer Direktinvestition in Rohöl erkundigt, welche 1:1 an den Rohölspotpreis gekoppelt sei. Er habe jedoch von der Kundenberaterin nur zwei Fact-Sheets erhalten, die sich auf Futures im Rohöl-Bereich bezogen hätten.

1. Bei D. handelte es sich um einen erfahrenen Anleger, der zum fraglichen Treffen mit der Bank B. von E., einem ehemaligen Mitarbeiter der Bank B. und langjährigen Vermögensverwalter, begleitet wurde. Aus dem Fact-Sheet ist ohne Weiteres ersichtlich,

dass die Futures den C3-Subindex und nicht den Spotpreis der Rohölsorte C. abbilden. Für D. und seinen Begleiter E. müsste deshalb rasch ersichtlich gewesen sein, dass es sich nicht um eine an den Spotpreis von C. gekoppelte Direktanlage handelte. – 2. Selbst für im Anlagegeschäft weniger erfahrene Personen ist nachvollziehbar, dass eine Direktinvestition in Rohöl zum Spotpreis, d.h. der direkte An- und Verkauf von Mengen bestimmter Rohölsorten, das physische Erwerben und zeitweilige Lagern des gehandelten Stoffes voraussetzen würde, weshalb eine solche Investition für Privatanleger nicht zu bewerkstelligen wäre. Es bestehen keine Gründe anzunehmen, dies sei von D. damals nicht erkannt worden.

BGer 4A_462/2020 vom 24. November 2020 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen B. AG). **Vorinstanz:** ZH Obergericht, LB200008-O vom 3. Juli 2020 (A. gegen B. AG).

r24 Gestion de fortune. Profil de risque. Stratégie de placement. Gestion agressive. Abus de droit (non). – Vermögensverwaltung. Risikoprofil. Anlagestrategie. Aggressive Vermögensverwaltung. Rechtsmissbrauch verneint.

Une cliente confie la gestion de ses avoirs à un gérant externe. Selon le mandat de gestion de fortune, le «profil d'investissement» vise un «rendement absolu». Quelques années plus tard, la cliente se plaint de deux investissements de 3 millions d'euros en affirmant que le gérant aurait dû opter pour une gestion conservatrice, alors que celui-ci soutient qu'ils étaient convenus d'une gestion agressive. Alors que le Tribunal de première instance donne raison à la cliente, la Cour de justice considère que les parties étaient convenues d'une gestion agressive. Le Tribunal fédéral rejette le recours.

1. Avant de conclure un contrat de gestion de fortune, le gérant doit tout d'abord établir le profil de risque du client. Celui-ci a pour but de définir l'ampleur des risques que le client est prêt à assumer et qu'il peut se permettre de prendre compte tenu de son niveau de vie. Le profil de risque permet ensuite au gérant d'établir la stratégie de placement de son client, laquelle comprend les objectifs d'investissement de celui-ci et les restrictions de placement. – 2. Même si un profil de risque n'a pas été établi, le client ne peut pas se plaindre après la conclusion du contrat de pertes subies, en faisant valoir qu'une politique d'investissement plus conservatrice correspondait mieux à sa situation personnelle, s'il ressort du contrat qu'il s'est dit prêt à poursuivre une politique d'investisse-

ment spéculative et risquée. Un tel comportement contradictoire ne mérite aucune protection (art. 2 al. 2 CC). Seule est donc déterminante la gestion convenue par les parties conformément aux règles générales sur la conclusion du contrat – **3.** En l'espèce, la Cour de justice a constaté que la volonté réelle et commune des parties était de procéder à une gestion agressive. Cette constatation factuelle n'est revue par le Tribunal fédéral que sous l'angle restreint de l'arbitraire. Or la cliente ne démontre aucune constatation arbitraire des faits.

TF, 4A_72/2020 du 23 octobre 2020 (Ire Cour de droit civil). **Recours contre GE** Cour de justice ACJC/1794/2019 du 3 décembre 2019. **Recension:** Voir remarques introductives (12. Kundenprofil); C. Hirsch, <cdfb.ch/1167>; iusNet DB 23.11.2020; Schneuwly, ius.focus 2021 N° 8.

r25 Gestion de fortune. Changement de stratégie de placement. Ratification. – Vermögensverwaltung. Wechsel der Anlagestrategie. Genehmigung.

Une société panaméenne donne un mandat de gestion à sa banque. Le profil indiqué est conservateur, mais la société signe également un complément au contrat qui permet à la banque d'effectuer des placements non traditionnels et alternatifs. Par la suite, la société demande d'augmenter la performance avec un risque maximal à 5%. Un mois plus tard, l'ayant droit économique de la société confirme avoir reçu toute la documentation et les explications nécessaires afin d'évaluer les opérations effectuées. Elle signe alors une décharge complète. Une année plus tard, la société suit son chargé de relation qui rejoint une société de gestion de fortune. Elle lui confie un mandat de gestion dynamique. À l'aide d'une expertise privée, la société actionne la banque pour un montant de USD 18 200 000. Les instances genevoises la déboutent. La Cour de justice considère en particulier que la gestion convenue n'était pas conservatrice; en tout état, l'ayant droit économique a ratifié tant la gestion initiale que le changement de gestion après la demande d'augmentation de la performance. Le Tribunal fédéral rejette le recours.

1. Rappel didactique du contrat de gestion de fortune et des responsabilités du gérant (profil de risque, stratégie de placement, devoir d'information, conclusion du contrat, interprétation du contrat, conditions de la responsabilité, analyse du dommage). – **2.** Le Tribunal fédéral considère que la Cour de justice a versé dans l'arbitraire en constatant la volonté réelle des parties. En effet, les parties étaient convenues

d'une stratégie conservatrice, et non dynamique, malgré le complément au contrat. – **3.** La modification de la stratégie initiale peut être acceptée tacitement. Lorsque le client contre-signé l'état de son portefeuille après avoir demandé à la banque d'en augmenter la performance, il accepte tacitement la nouvelle stratégie adoptée dans ce but. L'approbation de la nouvelle stratégie peut également résulter du défaut de contestation des différentes opérations effectuées par la banque après que le client lui a demandé d'augmenter la performance. Demeure réservée la possibilité pour le client inexpérimenté, qui a confié la gestion de sa fortune à un spécialiste et s'en est ainsi déchargé sur celui-ci, d'invoquer son erreur lorsqu'il ne pouvait se rendre compte, à leur simple lecture, que les opérations dont il a reçu communication ont été effectuées en violation du mandat confié. – **4.** En l'espèce, l'ayant droit économique a demandé d'augmenter la performance et a, par la suite, donné une décharge complète, après avoir reçu tous les avis des opérations effectuées. Cette demande doit être comprise comme une offre de modifier la stratégie initiale, laquelle a été acceptée par la banque. Même si cette demande comportait une limitation des pertes à –5%, la gestion a ensuite été ratifiée par l'ayant droit économique en toute connaissance de cause.

TF, 4A_556/2019 du 29 septembre 2020 (Ire Cour de droit civil). **Recours contre GE** Cour de justice ACJC/1385/2019 du 24 septembre 2019.

Recension: Voir remarques introductives (12. Risikoprofil); Cuevas, <cdfb.ch/1172/>, iusNet DB 01.01.2021; Bärtschi, ius.focus 2021 N° 62.

r26 Banque restante. Clause de réclamation. Abus de droit (non). Ratification (oui). – Banklagernd-Vereinbarung. Widerspruchsklausel. Rechtsmissbrauch (verneint). Genehmigung (bejaht).

Une cliente, rompue en finance, ouvre un compte avec une clause de banque restante et une clause de réclamation (délai de réclamation d'un mois). Aucun mandat de gestion ou de conseil n'est conclu. La banque est autorisée à procéder à des dépôts fiduciaires. Le gérant du compte procède cependant à des opérations sur le marché des changes. En 2008 puis en 2010, la cliente signe un document qui indique qu'elle a bien reçu toute la documentation comprenant 179 pages respectivement 521 pages. Début 2012, le nouveau gérant l'appelle et lui mentionne des pertes de EUR 500'000. La cliente demande l'intégralité de la documentation bancaire dont elle confirme la

réception, après l'avoir examinée, le 10 avril 2012. Le 31 juillet 2012, elle indique à la banque qu'elle n'avait jamais autorisé les opérations sur le marché des changes. La demande, déposée en 2015, est rejetée par le Tribunal de première instance et par la Cour de justice.

1. Lorsque l'invocation de la fiction de réception est jugée abusive au motif que la banque s'est écartée intentionnellement des instructions de son client alors que rien ne le laissait prévoir, le client n'est pas réputé avoir pris connaissance des communications de la banque au fur et à mesure de leur dépôt dans son dossier bancaire. Dans une telle hypothèse, il faut encore examiner si le client a effectivement reçu la documentation conservée en banque restante et pouvait, ou devait, se rendre compte de l'irrégularité des opérations non autorisées eu égard aux connaissances dont il disposait. – **2.** La ratification d'une stratégie de placement par réception des relevés n'est pas exclue, mais ne doit être admise que dans les cas clairs où elle «est apparente des documents bancaires en fonction de la perception du client». Cela présuppose de constater l'étendue des connaissances du client, afin de pouvoir déterminer si celui-ci était en mesure d'appréhender la portée des documents remis par la banque. – **3.** En l'espèce, la cliente a reçu l'intégralité de la documentation bancaire le 10 avril 2012. Dès cet instant, vu son niveau de formation, elle était en mesure d'identifier les opérations sur devises. La jurisprudence du Tribunal fédéral permettant d'exclure la fiction de ratification en vertu des règles sur l'abus de droit ne trouve dès lors pas application. Puisque la cliente n'a contesté les opérations litigieuses que le 31 juillet 2012, la clause de réclamation s'applique.

GE Cour de justice ACJC/1747/2020 du 1er décembre 2020 (entré en force). *Recension*: C. Hirsch, <cdf.ch/1178/>.

r27 Transactions sur dérivés. Marge insuffisante. Appel de marge. Liquidation anticipée. Ratification. – Transaktionen mit Derivaten. Ungenügende Marge. Margin Call. Vorzeitige Liquidation. Genehmigung.

Un ancien employé d'une banque, qui y travaillait comme analyste financier, procède pour son propre compte à des opérations d'achat et de vente à terme et à découvert de contrats d'options sur un indice. Pour cela, il bénéficie d'un accès à la salle des marchés. La relation contractuelle prévoit que, en tant qu'émetteur d'une option, le client doit constituer une marge

auprès de la banque. Si la banque la considère comme insuffisante, le client doit répondre à un appel de marge. Le client doit également respecter une limite du nombre autorisé de transactions sur options.

Suite à la perte de valeur de 30% d'un indice, alors que le client avait parié à la hausse, la banque l'informe qu'elle va procéder à un appel de marge. Après quelques échanges, la banque procède effectivement à cet appel auquel le client ne donne pas suite. La banque clôture alors les options, dont il résulte une perte totale de env. USD 1 573 000 et un découvert du client à hauteur de env. CHF 1 350 000. Les deux instances cantonales ont condamné le client à rembourser le montant du découvert à la banque.

1. Les transactions avec effet de levier impliquent un crédit de la part de la banque. Dans ce genre d'opération, le client peut prendre des positions pour des montants plus importants que les actifs dont il dispose; la différence est financée par la banque qui exigera, d'une part, le nantissement de tous les actifs en compte et, d'autre part, une couverture appropriée en matière de fonds propres (marge). Aucune réglementation n'existe en Suisse sur la marge minimale qui doit être disponible pour des transactions sur titres. – **2.** En l'espèce, la banque n'avait aucune obligation d'informer le client sur l'opportunité des ordres donnés par ce dernier, mais uniquement de surveiller l'exposition, ce qu'elle a fait en interpellant le client immédiatement après avoir constaté le découvert. – **3.** Dans le cadre d'une activité «*execution only*», le client qui veut se plaindre de la mauvaise exécution d'un ordre ne peut simplement rester passif. Il doit se plaindre énergiquement et entreprendre toutes les mesures nécessaires pour réduire son préjudice. S'il ne respecte pas ces devoirs, le client peut compromettre ses chances d'obtenir une indemnisation. L'obligation de réagir en cas de refus ou de désaccord avec une opération dont le client a reçu communication de la banque découle des règles de la bonne foi. – **4.** Une expertise judiciaire a constaté que l'appel de marge était justifié. – **5.** La banque n'a pas attendu l'échéance prévue contractuellement avant de liquider les positions. Néanmoins, le client connaissait l'intention de la banque et il ne s'y est pas opposé. Cette inaction vaut ratification. En outre, les échanges entre le client et la banque permettent de retenir qu'il y avait même une réelle et commune intention de liquider les positions de manière anticipée.

GE Cour de justice, ACJC/1015/2020 du 14 juillet 2020 (Chambre civile) (arrêt entré en force).

III. Sicherheiten und Verwertung – Sûretés et réalisation

1. Persönliche Sicherheiten/ Sûretés personnelles

r28 Bankgarantie. Rechtsmissbräuchlicher Abruf (verneint). – *Garantie bancaire. Appel abusif (non).* Die Mieterin eines Geschäftslokals hat zugunsten der Vermieterin als Sicherheit eine Bankgarantie in Höhe von CHF 84 000 ausgestellt. Die Mieterin will der garantierenden Bank superprovisorisch verbieten lassen, die Garantiesumme auszusahlen. Das Handelsgericht weist das Gesuch ab.

1. Gemäss der Rechtsprechung des Einzelgerichts werden provisorische Zahlungsverbote bei Bankgarantien nur mit grosser Zurückhaltung ausgesprochen, weil sie dem diesen Rechtsgeschäften zugrundeliegenden Grundsatz «zuerst zahlen, dann prozessieren» widersprechen. Ein Verbot kommt grundsätzlich nur in Frage, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Abrufung der Bankgarantie offensichtlich rechtsmissbräuchlich ist und wenn der Rechtsmissbrauch auch für die Bank erkennbar ist. – 2. Mit der blossen Behauptung, die Mietzinsforderung bestehe nicht und eine allfällige Forderung sei überdies zumindest teilweise verjährt, wird kein offensichtlich rechtsmissbräuchliches Abrufen der Bankgarantie geltend gemacht. Die diesbezüglich möglicherweise unterschiedlichen Auffassungen von Mieterin und Vermieterin sind im Streitfall in einem Prozess zwischen diesen Parteien und nicht in einem Verfahren zwischen der Garantin und der garantierenden Bank zu klären.

ZH Handelsgericht, HE200114-O vom 17. März 2020 (A. Schweiz AG gegen B. [Bank]), rechtskräftig.

r29 Bankgarantie. Rechtsmissbräuchlicher Abruf (verneint). – *Garantie bancaire. Appel abusif (non).* Die A. AG wurde von der C. AG mit der schlüsselfertigen Erstellung des Werks D. betraut. Der Totalunternehmervertrag sah eine Pflicht der A. AG zur Errichtung einer Erfüllungsgarantie zugunsten der C. AG vor, der die A. AG auch nachkam. Die A. AG will der Bank B. Switzerland AG superprovisorisch verbieten lassen, der C. AG die Garantiesumme von rund CHF 9 Mio. auszusahlen. Das Handelsgericht weist das Gesuch ab.

1. Provisorische Zahlungsverbote werden bei Bankgarantien praxisgemäss nur mit grosser Zurückhaltung ausgesprochen. Sie können nur erlassen wer-

den, sofern glaubhaft erscheint, dass die Abrufung des Betrags offensichtlich rechtsmissbräuchlich erfolgt. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung versteht unter «Offenkundigkeit» in Zusammenhang mit dem Missbrauch einer Bankgarantie dessen sofortige Beweisbarkeit. – 2. Die A. AG begründet einen rechtsmissbräuchlichen Abruf der Garantie durch die C. AG zunächst damit, dass diese ihre Gewährleistungsansprüche gegen sie an die E. Immobilien AG abgetreten habe und somit gar nicht mehr Begünstigte der Garantie sei. Eine solche Abtretung hätte die C. AG der A. AG gemäss Vertrag allerdings schriftlich anzeigen müssen. Ein entsprechendes Schriftstück liegt nicht vor. Die Abtretung der Gewährleistungsansprüche ist daher nicht schlüssig und ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der C. AG nicht glaubhaft gemacht. – 3. Weiter bringt die A. AG vor, die C. AG halte Werklöhne in Höhe von CHF 11 Mio. zurück, weshalb kein weiteres Sicherungsbedürfnis bestehe. Aus der Korrespondenz zwischen der A. AG und der C. AG ist ersichtlich, dass zwischen ihnen Unstimmigkeiten über die korrekte Erfüllung des Totalunternehmervertrages durch die A. AG bestehen. Der Einwand der A. AG ist aufgrund dieser Sachlage und der klar abstrakt formulierten Garantieerklärung unbeachtlich.

ZH Handelsgericht, HE200121-O vom 23. März 2020 (A. AG gegen B. Switzerland AG), rechtskräftig.

r30 Bankgarantie. Garantiestrenge. Rechtsmissbräuchlicher Abruf (verneint). – *Garantie bancaire. Conception strictement formaliste de la garantie. Appel abusif (non).*

Zum Entscheidsachverhalt siehe die Vorbemerkungen (8. Garantiestrenge).

1. In Bezug auf den Eintritt des Garantiefalles gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine streng formalisierte Betrachtungsweise, die allein auf den Wortlaut der Garantieklausel abstellt. Der Begünstigte muss dem Garanten gegenüber nur die (aber auch alle) Voraussetzungen erfüllen, die in der jeweiligen Garantieklausel als Bedingung für das Entstehen der Zahlungspflicht des Garanten ihm gegenüber festgelegt sind. – 2. Zwar ist die Bezeichnung «aa-bb GmbH» fehlerhaft. Die Garantienummer, die Garantiesumme und die Bezeichnung der Bauherrin stimmen aber mit der Bankgarantie überein. Aus dem Zusammenhang ergibt sich für die Bank demnach trotz der ungenauen Bezeichnung, dass die aa.bb.cc. GmbH gemeint sein muss, für welche die

Bank die Garantie abgegeben hat. Die Formstrenge bewirkt nicht, dass offensichtliche Schreibfehler in der Bezeichnung eine Rolle spielen würden. Denn auch formbedürftige Rechtsgeschäfte sind nach denselben Grundsätzen auszulegen wie formfreie, das heisst, es ist nach den gesamten Umständen zu ermitteln, was die Parteien tatsächlich gewollt haben oder – wenn sich dies nicht feststellen lässt – wie ihre Erklärungen nach Treu und Glauben zu verstehen sind. Steht der Vertragsinhalt fest, ist bei formbedürftigen Verträgen in einem weiteren Schritt zu beurteilen, ob der Inhalt in der gesetzlich vorgeschriebenen Form hinreichend zum Ausdruck gebracht worden ist. Dies ist hier der Fall. – **3.** Selbst wenn die Beschwerdeführerin formell nicht Vertragspartei gewesen sein sollte, sondern ausschliesslich das gleichnamige Unternehmen in der Schweiz, könnte sie daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Denn dann wäre von Anfang an ausgeschlossen gewesen, dass der Garantiefall bezüglich des Projekts eintreten könnte. Der Abschluss einer Garantie, deren Garantiefall von Anfang an nicht eintreten kann, wäre ein sinnloses Unterfangen.

BGer 4A_223/2020 vom 30. Oktober 2020 (I. zivilrechtliche Abteilung), aa.bb.cc. GmbH, Österreich gegen D. AG. **Vorinstanz:** SZ Kantonsgericht, ZK1 2019 24 vom 10. März 2020 (I. Zivilkammer, A. GmbH gegen C. AG).

2. Dingliche Sicherheiten/Sûretés réelles

r31 **Crédit hypothécaire. Transfert de patrimoine. Effets de l'inscription au registre du commerce (art. 933 CO). – Hypothekarkredit. Vermögensübertragung. Wirkung des Handelsregistereintrags (Art. 933 OR).**

Deux emprunteurs d'un crédit hypothécaire déposent contre leur banque une action en libération de dette. Les tribunaux genevois déclarent l'action irrecevable pour défaut de qualité pour défendre car les actifs, passifs, relations juridiques et autres droits de la banque ont été transférés à une autre personne morale par un transfert de patrimoine. Le Tribunal fédéral admet le recours.

1. En vertu de l'art. 69 al. 1 LFus, la société peut transférer tout ou partie de son patrimoine avec actifs et passifs à un autre sujet de droit privé. Ce transfert nécessite un contrat de transfert (art. 70 s. LFus), lequel doit contenir un inventaire des objets transférés (art. 71 al. 1 let. b LFus), et l'inscription de ce transfert au registre du commerce (art. 73 al. 1 LFus). –

2. Les effets du transfert de patrimoine à l'égard des tiers débiteurs sont régis par les art. 932 et 933 CO. À teneur de l'art. 932 al. 2 CO, l'inscription est opposable aux tiers dès le jour ouvrable qui suit celui dont la date figure sur le numéro de la FOSC où est publiée l'inscription. Ne sont en revanche pas inscrits ni publiés le contrat de transfert de patrimoine et la liste des actifs et des passifs, notamment les créances et les relations contractuelles, qui figurent dans l'inventaire. À moins qu'ils ne soient informés des détails du transfert, les débiteurs de bonne foi peuvent ainsi exécuter leur prestation auprès du transférant. De même, tant qu'il n'a pas été informé du transfert, le débiteur de bonne foi peut ouvrir action contre son créancier (transférant). – **3.** En l'espèce, la publication dans la FOSC mentionne (conformément à la LFus et à l'ORC) uniquement la valeur totale des actifs et des passifs transférés selon l'inventaire, ainsi que celle de la contrepartie. On ne saurait dès lors partir du principe que les emprunteurs, présumés de bonne foi (art. 3 al. 1 CC), aient eu connaissance du fait que leur dette hypothécaire a été transférée à une autre personne morale. Leur banque ne les en a pas non plus informés. Le transfert de patrimoine n'était ainsi pas opposable aux emprunteurs au jour de l'ouverture d'action et la banque ne pouvait se prévaloir avec succès de ce transfert pour contester sa qualité pour défendre. – **4.** La question de savoir si le transfert peut englober des contrats passés avec des tiers, sans qu'une approbation de leur part ne soit nécessaire, est expressément laissée ouverte.

TF, 4A_601/2019 du 25 novembre 2020 (Ire Cour de droit civil). **Recours contre** GE Cour de justice ACJC/1557/2019 du 11 octobre 2019. **Recension:** Brunner, ius.focus 2021 N° 9.

r32 **Schuldbrief als provisorischer Rechtsöffnungstitel. Einreichung im Original. Indossamentenkette bei Vermögensübertragung. – Cédule hypothécaire comme titre de mainlevée provisoire. Production du document original. Endossement lors d'un transfert de patrimoine.**

Provisorische Rechtsöffnung der Bank B. Switzerland AG mit zwei Namensschuldbriefen als provisorische Rechtsöffnungstitel. Die Schuldbriefe wurden nicht im Original, sondern in Kopie eingereicht. Aus den Schuldbriefen geht überdies nicht die Bank B. Switzerland AG, sondern die Bank B. AG hervor. Das Obergericht Bern weist die Beschwerde des Schuldners gegen die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung ab.

1. Ein Schuldbrief als provisorischer Rechtsöffnungstitel ist grundsätzlich im Original einzureichen, da für den Nachweis der Gläubigerstellung der Besitz der Urkunde notwendig ist. Die Praxis lässt allerdings Kopien genügen, sofern keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die in Kopie eingereichten Unterlagen nicht mit dem Original übereinstimmen, der Betriebebene keine dahingehenden Einwände geltend macht und die Gläubigerstellung unbestritten ist. – 2. Dass als Gläubigerin der Schuldbriefe nicht die Bank B. Switzerland AG, sondern die Bank B. AG hervorgeht, hat den Hintergrund, dass diese jener die Geschäftsbereiche M. und L. im Rahmen einer Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG übertragen hat. Dem Geschäftsbereich M. sind auch vorliegende Schuldbriefforderungen zuzurechnen. Eine Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG setzt keine Beachtung der üblichen Formvorschriften und daher keine Indossierung von Schuldbriefen voraus. Vorliegend ist die Gläubigerstellung der Bank B. Switzerland AG aus einer gemeinsamen Betrachtung der Schuldbriefe, der entsprechenden SHAB-Publikation und des Handelsregistereintrags ersichtlich.

BE Obergericht, ZK 20 264 vom 22. Juli 2020 (1. Zivilkammer, A. gegen Bank B. Switzerland AG), rechtskräftig.

r33 Contrat de gage «en blanc». Validité. Complètement. Acte illicite. Faute concomitante. – Blankopfandvertrag. Gültigkeit. Vervollständigung. Un-erlaubte Handlung. Mitverschulden.

Une société italienne, par son administrateur délégué, signe un acte de gage général «en blanc», grevant ses comptes auprès de la banque, mais dont l'identité du débiteur des engagements garantis est laissé en blanc. Le gérant de la succursale de la banque complète ensuite le contrat de gage en indiquant une autre société comme débitrice. La banque n'obtenant pas de cette dernière le remboursement d'un crédit de EUR 2 millions, elle débite ce montant du compte de la société italienne. Celle-ci conteste ce débit auprès des instances judiciaires du Tessin. Le *Pre-tura del Distretto di Lugano* condamne la banque à payer EUR 2 millions à A SA. Le *Tribunale d'appello* réduit la prétention de 50% en raison d'une faute concomitante.

1. Un contrat de gage dont l'indication du débiteur est laissée en blanc n'est pas nul pour vice de forme. La personne qui signe un document en blanc en sachant qu'il sera complété confère implicitement à l'autre partie le pouvoir de compléter le document –

2. Le contrat de gage n'est pas nul car contraire à l'art. 27 al. 2 CC (protection de la personnalité contre des engagements excessifs). Les créances garanties par le gage étaient raisonnablement prévisibles au sens de l'ATF 142 III 746. – 3. La banque n'a pas réussi à prouver que le contrat de gage avait été complété par la banque conformément à l'intention et aux instructions de la cliente. Le Tribunal cantonal retient un acte illicite imputable à la banque. Le comportement de l'administrateur délégué de A SA, qui agissait davantage dans son propre intérêt que dans celui de la société, constitue une faute concomitante justifiant une réduction de 50% de l'indemnité due par la banque.

TI seconda Camera civile del Tribunale d'appello 12.2019.149 du 15 octobre 2020. *Recension*: iusNet DB 01.03.2021.

r34 Bauhandwerkerpfandrecht. Bankgarantie als hinreichende Sicherheit. – Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Formulation d'une garantie bancaire en tant que sûreté suffisante.

Eine Subunternehmerin reicht 41 Gesuche um vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten gegen diverse Stockwerkeigentümer einer Überbauung ein. Die von den Stockwerkeigentümern gestellten Bankgarantien enthielten jeweils eine Klausel, die vorsah, dass die Garantie automatisch und vollumfänglich erlischt, sobald ein Auszug aus der rechtskräftigen Verteilungsliste bescheinigt, dass die Forderung der Subunternehmerin gegenüber der Totalunternehmerin aus dem Grundgeschäft oder das Recht auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bzw. auf Sicherstellung durch die Garantie im Konkurs der Totalunternehmerin nicht kolloziert wurde. Aufgrund dieser Klausel erachtete das Bezirksgericht die Bankgarantien nicht als hinreichende Sicherheiten. Das Obergericht hebt die Entscheide auf.

1. Die Vorinstanz war der Ansicht, dass die Subunternehmerin im Falle, dass die Totalunternehmerin nach rechtskräftiger Feststellung der Forderung aus dem Grundgeschäft in Konkurs fallen sollte, zunächst ein Kollokationsverfahren zu durchlaufen hätte, um auf die Bankgarantie greifen zu können. Die Subunternehmerin sei mithin gezwungen, am Konkursverfahren der Totalunternehmerin teilzunehmen, was ihre Rechtsstellung erschwere. Aus diesem Grund verneinte die Vorinstanz die Gleichwertigkeit der Garantie mit dem Bauhandwerkerpfandrecht. – 2. Dieser Auffassung der Vorinstanz ist nicht zuzustimmen: Liegt vor dem Konkurs der Totalunternehmerin ein

rechtskräftiges Forderungsurteil vor, kann die Subunternehmerin die Garantie ohne Weiteres abrufen, ohne dass sie sich am Konkursverfahren der Totalunternehmerin beteiligen müsste. Fällt die Totalunternehmerin demgegenüber in Konkurs, bevor ein rechtskräftiger Entscheid zum Grundgeschäft vorliegt, muss die Subunternehmerin ihre Forderung im Kollokationsverfahren durchsetzen. Dies wäre beim Bauhandwerkerpfandrecht jedoch nicht anders. Die Garantie ist somit auch im Falle des Konkurses der Totalunternehmerin vor rechtskräftigem Entscheid über die Grundforderung eine dem Grundpfand gleichwertige Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB.

ZH Obergericht, PF200005-O bis PF200045-O vom 16. Juni 2020 (II. Zivilkammer, A. AG sowie B. gegen C. AG), rechtskräftig.

r35 Bauhandwerkerpfandrecht. Bankgarantie als hinreichende Sicherheit. – Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Formulation d'une garantie bancaire en tant que sûreté suffisante.

Zur Bankgarantie als hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB wurde sodann in verschiedenen Entscheiden Folgendes festgehalten:

1. Wenn die Bankgarantie massgeblich Bezug auf ein vertragliches Verhältnis zwischen Gesuchstellerin und Gesuchsgegnerin nimmt, welches offenbar aber gar nicht besteht (z.B. bei einer Subunternehmerin), fehlt die Gleichwertigkeit mit dem Bauhandwerkerpfandrecht. – **2.** Die Unternehmerin darf keine Garantie verlangen, die mehr Sicherheit bieten würde als ein eingetragenes Bauhandwerkerpfandrecht. Eine Bankgarantie muss daher nicht die administrativen Kosten und Gebühren decken, denn diese wären vom Bauhandwerkerpfandrecht ebenfalls nicht erfasst.

ZH Handelsgericht, HE200197-O vom 28. September 2020 (A. AG gegen B. GmbH sowie C. Ltd.); HE190333-O vom 13. November 2019 (A. GmbH gegen B. AG und C. AG).

3. Wechselrecht – Effets de change

r36 Poursuite pour effet de change. Lettre de change ou billet à ordre. – Wechselbetreibung. Gezogener Wechsel oder eigener Wechsel.

Une société suisse souscrit 18 documents intitulés «promissory note guaranteed/(lettre de change à l'ordre tu tireur/aval)» (sic) en faveur d'une société étrangère. Cette dernière requiert une poursuite pour effets de change (art. 177 ss LP). Le débiteur fait opposition en invoquant la nullité des titres parce qu'ils

ne contiennent pas la mention «*bill of exchange*». La Cour de justice accorde la mainlevée.

1. La lettre de change («*bill of exchange*») est une instruction irrévocable par laquelle le tireur [celui qui émet la lettre] charge le tiré [celui qui doit payer] de payer la somme portée sur la lettre de change au preneur [celui auquel le paiement doit être fait ou à l'ordre duquel ce paiement sera fait]. Selon l'art. 991 CO, la lettre de change doit contenir, entre autres énonciations, la dénomination de lettre de change insérée dans le texte même du titre. Le titre dans lequel une des énonciations indiquées à l'art. 991 CO fait défaut ne vaut pas comme lettre de change, sauf dans certains cas (art. 992 CO). – **2.** Le billet à ordre est un écrit par lequel le tireur, que l'on dénomme le souscripteur, s'engage à payer à un autre, le bénéficiaire ou le preneur, ou à son ordre, une somme d'argent à une échéance déterminée (art. 1096 ss CO). Le débiteur doit savoir exactement s'il s'engage à titre cambiaire ou non, de sorte que le texte doit être clair, son contenu dépourvu d'ambiguïté et la portée des énonciations visible et compréhensible à la seule lecture du titre – **3.** Ce qui caractérise le billet à ordre et le distingue de la lettre de change, c'est que celui qui le souscrit, au lieu de donner mandat à une tierce personne – le tiré – d'effectuer un paiement à l'échéance, promet d'effectuer ce paiement lui-même. – **4.** En l'espèce, le terme de «*promissory note*», indiqué dans le titre litigieux, correspond à l'instrument juridique désigné, en français, sous le terme de billet à ordre. Le texte de ce document se réfère en revanche à plusieurs reprises à des dispositions du CO relatives à la lettre de change, qui se traduit en anglais par «*bill of exchange*». Dans tous les cas, selon ce titre, la société suisse promet de manière inconditionnelle de payer une somme d'argent à la société étrangère. Ainsi, en s'engageant, que ce soit par une lettre de change ou un billet à ordre, l'attention de la société suisse était attirée sur les conséquences qui pouvaient en découler pour elle. En outre, la lettre de change est *in casu* tirée sur le tireur lui-même et qu'elle a donc les caractéristiques d'un billet à ordre. Le seul fait que le titre ne comporte pas la mention de «*bill of exchange*» ne change ainsi rien quant à la volonté de la société suisse de s'engager de payer la somme indiquée à la date fixée. – **5.** Partant, le titre litigieux est valable comme effet de change au sens de l'art. 177 LP malgré la confusion qu'il contient entre les deux types d'effets de change.

GE Cour de justice ACJC/1254/2020 du 21 août 2020 (arrêt entré en force).

IV. Rechenschaftsablegung, Retrozessionen und Auskünfte – Reddition de compte, rétrocessions et renseignements

r37 Sanctions internationales. Blocage d'un compte bancaire, levé par le SECO. Droit d'accès aux données personnelles (art. 8 LPD). – *Internationale Sanktionen. Kontensperre aufgehoben durch das SECO. Datenschutzrechtliches Auskunftsrecht.*

En 2011, une banque suisse bloque les comptes appartenant à un client de nationalité syrienne. Un mois plus tard, le SECO lève les mesures de blocage. En 2015, la banque mandate un enquêteur externe afin d'éclaircir la situation de son client. Après levée du blocage par le SECO, le client demande que la banque soit condamnée à lui remettre une copie intégrale du rapport (dont il a reçu une copie caviardée du SECO) et de son dossier LBA.

1. Le droit d'accès prévu par l'art. 8 LPD peut être limité, en particulier lorsque l'intérêt de l'informateur, en l'espèce l'auteur du rapport, est supérieur à celui du requérant, *in casu* le client. Une telle restriction au droit d'accès est reconnue lorsque la levée de l'anonymat entraîne un risque pour l'intégrité physique ou psychique de l'informateur ou de ses proches ou met en danger de manière notable des biens immatériels ou économiques importants de l'intéressé. – **2.** En l'espèce, la Cour de justice considère que cette condition est remplie. En effet, si l'identité de l'auteur du rapport était dévoilée, ses intérêts immatériels, tels que sa réputation de fiabilité et de discrétion, et avec ceux-ci ses intérêts économiques, seraient compromis. Le client, homme d'affaires influent au Proche-Orient et dans les pays du Golfe, pourrait alors empêcher l'auteur d'exercer ses activités, alors que celui-ci a précisément besoin d'être discret afin de pouvoir pratiquer sa profession. Partant, la restriction du droit d'accès invoquée par la banque est admise et la demande de remise d'une version intégrale du rapport de l'enquêteur est rejetée. – **3.** La banque est condamnée à remettre au client une copie de son dossier LBA (5 classeurs fédéraux) après avoir caviardé les noms de ses employés ou anciens employés et les

noms de tiers caviardés par le Secrétariat d'État à l'économie dans le rapport déjà remis.

GE Cour de justice ACJC/1252/2019 du 29 août 2019 (Chambre civile) (arrêt entré en force). **Recension:** C. Hirsch, <cdfb.ch/1147/>.

r38 Mandat. Reddition de compte. Intérêt légitime. – *Auftrag. Rechenschaftspflicht. Schutzwürdiges Interesse.*

Une cliente ouvre un compte bancaire et confie à la banque un mandat de gestion de fortune avec une orientation «défensive». La cliente clôt son compte en 2009. En 2013, elle reproche à la banque de lui avoir causé un dommage de CHF 500 000 dans l'exercice de son mandat de gestion. Elle dépose une action en paiement contre la banque et prend également des conclusions en reddition de compte (art. 400 CO), même si elle dispose déjà de quelques relevés indiquant l'état de ses avoirs à des moments précis. La Cour d'appel civile du Tribunal cantonal la rejette, car la cliente disposerait déjà des documents pertinents lui permettant de comprendre les opérations effectuées. Le Tribunal fédéral admet le recours.

1. L'art. 400 al. 1 CO oblige le mandataire à rendre compte de sa gestion, en tout temps et à la demande du mandant. L'action en reddition de compte est fondée sur cette disposition. Les renseignements doivent mettre le mandant en mesure de réclamer ce que le mandataire doit lui restituer, et, s'il y a lieu, de lui réclamer aussi des dommages-intérêts. Les renseignements relatifs à un mandat de gestion de fortune doivent au minimum révéler quelles valeurs ont été achetées puis revendues pour le compte du client, à quelles dates et à quels prix. – **2.** Le mandant est autorisé à exercer l'action en reddition de compte sans avoir à justifier d'un intérêt légitime. L'action ne saurait être jugée chicanière et contraire à la bonne foi seulement parce que les renseignements demandés portent sur toute la durée du mandat, sans limitation dans le temps. – **3.** En l'espèce, les documents que la cliente possède déjà ne rendent notamment pas compte des valeurs par hypothèse achetées et revendues dans un laps séparant deux évaluations successives du portefeuille. Ils ne permettent pas de savoir quand et à quel prix la défenderesse a vendu les valeurs énumérées dans évaluations, et ils n'indiquent pas non plus, sinon de manière seulement partielle, quand et à quel prix ces valeurs ont été achetées. – **4.** Le Tribunal fédéral admet que les termes des conclusions de la cliente, repris dans le dispositif du juge-

ment de première instance, manquent de précision et semblent excéder ce que le mandant peut exiger sur la base de l'art. 400 al. 1 CO. Cela ne justifie cependant pas un rejet intégral de l'action, mais seulement une réforme du dispositif. – 5. En l'espèce, le dispositif doit être recentré sur l'information qui est nécessaire à la cliente pour reconstituer et contrôler la gestion de la banque. Il doit porter sur la liste des achats et des ventes de valeurs mobilières et de devises étrangères accomplis en exécution du mandat, avec la date et le prix de chaque achat et de chaque vente. – 6. Le fait que dans la procédure pendante au fond, le tribunal de première instance a ordonné une expertise, et que l'expert pourra au besoin exiger de la défenderesse des «documents bancaires supplémentaires», ne prive pas la cliente de son action en reddition de compte.

TF, 4A_353/2019 du 25 mars 2020 (Ire Cour de droit civil). **Recours contre NE Tribunal cantonal CACIV.2019.23** du 6 juin 2019. **Recension:** C. Hirsch, <<https://cdbf.ch/1131/>>; *ius.focus* 2020 N° 117; *Siegenthaler/Pichonnaz/Werro*, DC 2020 356.

r39 Rétrocessions. Renonciation à la restitution. Information du client sur le montant des rétrocessions. – Retrozessionen. Verzicht auf die Herausgabe. Information des Kunden über den Betrag der Retrozessionen.

En 2013, deux époux confient à une société un mandat de gestion discrétionnaire et renoncent contractuellement à la restitution des rétrocessions. L'art. 4 de la notice d'information prévoit que la «rémunération sur la masse détenue en fonds de placement, produits structurés, autres produits bancaires ou sur les apports effectués par le client se situe dans une fourchette allant de 0% à 1% du volume investi». Demande en remise des rétrocessions, rejetée par les instances cantonales, admise par le Tribunal fédéral.

1. Le devoir de restituer de l'art. 400 al. 1 CO est de nature dispositive. Une renonciation par le mandant n'est toutefois valable que s'il a reçu une information complète et véridique sur les rétrocessions attendues, et si sa volonté de renoncer à la restitution de celles-ci résulte expressément de l'accord passé avec le mandataire. – 2. Pour qu'une renonciation anticipée à la restitution soit valable, il faut que le mandant connaisse les paramètres qui permettent de calculer le montant global des rétrocessions et rendent possible une comparaison avec les honoraires convenus pour la gestion de fortune. Autrement dit, il faut que le

mandant qui renonce puisse comparer l'ampleur des rétrocessions aux honoraires de gestion de fortune convenus, de façon à savoir combien sa mandataire perçoit. Il faut donc que les rétrocessions escomptées soient indiquées, dans une fourchette déterminée, en *pourcentage de la fortune gérée*. – 3. En l'espèce, le tribunal cantonal a versé dans l'arbitraire en croyant discerner, à l'art. 4 de la notice d'information, une référence à la masse sous gestion. En effet, cette clause ne prévoit nullement que les rétrocessions correspondraient au pourcentage indiqué (entre 0% et 1%) de la fortune du client ou de sa masse sous gestion. La clause permet seulement de calculer les rétrocessions liées aux fonds de placement et aux produits structurés (résultant d'investissements), mais ne fournit pas la moindre indication susceptible de renseigner les mandants, en l'absence de tout investissement (au début de la relation contractuelle), sur le montant total des rétrocessions susceptibles d'être perçues en fonction d'un pourcentage déterminé de leur masse sous gestion. – 4. Partant, le contenu de la notice d'information ne permettait pas aux clients de comparer le montant des rétrocessions avec celui des honoraires de gestion de fortune convenus, de façon à pouvoir déterminer combien la société percevrait et, partant, à combien ils renonçaient. La renonciation à la restitution des rétrocessions n'est ainsi pas valable.

TF, 4A_355/2019 du 13 mai 2020 (Ire Cour de droit civil). **Recours contre GE Cour de justice ACJC/808/2019** du 28 mai 2019. **Recension:** Voir remarques introductives (5. *Retrozessionen*); Fischer, <cdbf.ch/1145/>; Tschentscher et al., RJB 156/2020 541; Tschentscher, RSJ 116/2020 789; *ius.focus* 2020 N° 197; *iusNet DB* 06.07.2020.

r40 Vol de données bancaires. Responsabilité délictuelle. Prescription. – Diebstahl von Bankkundendaten. Deliktshaftung. Verjährung.

Un homme d'affaires d'origine grecque, dont le nom se retrouve sur la liste *Falciani*, agit en décembre 2015 à l'encontre de Falciani et de HSBC. Il demande l'indemnisation du dommage causé (i) par une campagne de presse en 2013 relative à une procédure en Grande-Bretagne et (ii) par une (ou plusieurs) procédure(s) fiscale(s) en Grèce encore pendante(s). Les tribunaux genevois limitent la procédure à la question de la prescription et jugent que les prétentions sont intégralement prescrites. Le Tribunal fédéral admet partiellement le recours.

1. Selon la jurisprudence relative à l'art. 60 al. 1 CO, le créancier connaît suffisamment le dommage lorsqu'il apprend les circonstances propres à fonder et à

motiver une demande en justice; le créancier n'est pas admis à différer sa demande jusqu'au moment où il connaît le montant absolument exact de son préjudice, car le dommage peut devoir être estimé selon l'art. 42 al. 2 CO. – 2. Lorsque l'ampleur du préjudice résulte d'une «situation qui évolue», le délai de prescription ne court pas avant le terme de l'évolution. En l'espèce, l'hypothétique acte générateur de responsabilité de la banque consiste à ne pas avoir empêché le vol des données par *Falciani*. Ce prétendu comportement illicite de la banque ne s'inscrit néanmoins pas dans la durée. – 3. S'agissant du délai relatif de prescription en matière délictuelle [1 an avant la révision entrée en vigueur le 1. Janvier 2020], la jurisprudence a posé que les divers chefs de préjudice issus d'un même acte illicite ne constituent sous l'angle de la prescription en principe pas des dommages distincts mais les éléments d'un seul dommage. – 4. En l'espèce, le préjudice dont le recourant demande la réparation a trait à deux situations distinctes. Il convient donc de distinguer entre l'hypothétique dommage lié à la campagne de presse anglaise et celui consécutif à la procédure fiscale grecque. Le délai relatif de prescription court séparément pour chacun des dommages distincts occasionnés par l'utilisation par des tiers des données litigieuses. – 5. La procédure initiée par le recourant à l'encontre de sociétés de médias et de journalistes a trouvé son terme en septembre 2013. Le délai relatif de prescription pour toutes les prétentions ayant trait à cette campagne de presse a expiré. – 6. S'agissant de la (ou des) procédure(s) fiscale(s) grecque(s), l'enquête serait toujours en cours. La situation patrimoniale et fiscale du requérant revêt une certaine complexité rendant l'estimation du potentiel préjudice au début de la ou des procédure(s) particulièrement ardue, voire impossible. De plus, avant l'issue de la (ou des) procédure(s) fiscale(s), le recourant ne peut savoir si et dans quelle mesure une partie des frais liés à sa défense seront indemnisés. Les prétentions que fait valoir le recourant en lien avec la ou les procédure(s) grecque(s) ne peuvent, dès lors, être considérées comme étant prescrites. Le Tribunal fédéral admet ainsi le recours sur ce point.

TF, 4A_52/2020 du 19 août 2020 (Ire Cour de droit civil). **Recours contre** GE Cour de justice ACJC/1803/2019 du 3 décembre 2019.

Recension: Béguin, <dbf.ch/1156/>; Hochstrasser/Frey, PJA 2020 1463.

r41 Auskunft nach Art. 8 DSG. Beweisverfügung. – Droit d'accès aux données personnelles (art. 8 LPD). Ordonnance de preuves.

D. wurde im April 2013 von den US-Strafverfolgungsbehörden wegen Beihilfe zu Steuerdelikten angeklagt, was seinen Ausschluss aus der Zürcher Anwaltskanzlei F. AG zur Folge hatte. Aus dem daraus resultierenden Rechtsstreit erhielt D. von der F. AG einen Betrag von CHF 566 000 auf sein Konto bei der Bank B. AG gutgeschrieben. Zwei Wochen später wurde er von der Bank darüber informiert, dass sie die Geschäftsbeziehung mit ihm beenden wolle. Die Konten wurden saldiert und D. in der Datenbank der Bank als «unerwünschter Kunde» erfasst. D. behauptet, die Bank B. AG sei von einem Partner der Kanzlei F. AG darüber informiert worden, dass D. in den USA wegen Beihilfe zu Steuerdelikten angeklagt sei. Der Partner habe der Bank nahegelegt, die Geschäftsbeziehung zu ihm zu beenden. Demgegenüber behauptet die Bank, sie habe im Rahmen der Umsetzung einer Content Order, die sie mit der New Yorker Aufsichtsbehörde abgeschlossen hat, beschlossen, die Geschäftsbeziehungen zu Personen zu beenden, die in den USA wegen Steuerhinterziehung angeklagt oder verurteilt worden seien. D. verlangt von der Bank gestützt auf Art. 8 DSG Auskunft über sämtliche seiner Personendaten, die diese im Zusammenhang mit der Zahlung von CHF 566 000 sowie im Nachgang dieser Zahlung bearbeitet hat und die Herausgabe der entsprechenden Dokumente. Das Bezirksgericht erliess eine Beweisverfügung, worin es Zeugenbefragungen des angesprochenen Partners der F. AG und eines weiteren Anwalts sowie eine Parteibefragung des General Counsel der Bank vorsah. Dies zu folgenden Behauptungen von D.: a) dass im Zusammenhang mit der Zahlung von CHF 566 000 an D. ein Gespräch zwischen dem General Counsel und einem Partner der F. AG stattgefunden hat; b) dass der Partner der F. AG im Zuge dieses Gesprächs dem General Counsel personenbezogene Informationen über D. mitgeteilt hat und c) dass der General Counsel den Inhalt dieses Gesprächs einer anderen Person schriftlich mitgeteilt hat oder dass er diesen einem Mitarbeiter oder Organ der Bank mündlich mitgeteilt hat und diese Person den Inhalt des Gesprächs schriftlich festgehalten hat. Das Obergericht bestätigte diese Beweisverfügung. Das Bundesgericht hebt sie auf.

1. Das Auskunftsrecht erstreckt sich nicht auf sämtliche Informationen, die nach der Legaldefinition als

Personendaten anzusehen sind, sondern nur auf in der Datensammlung vorhandene Daten. Der datenschutzrechtliche Auskunftsanspruch erfasst kein allgemeines Recht, durch Partei- und Zeugenbefragung zu erfahren, zwischen wem wann worüber ein personenbezogenes Gespräch stattgefunden hat. Vielmehr erhellt aus der gesetzlichen Regelung der Formalitäten der Auskunftserteilung, dass es dem Gesetzgeber darum geht, schriftlich bzw. «physisch» vorhandene, und deshalb auf Dauer objektiv einsehbare Datensammlungen zu erfassen, nicht aber bloss im Gedächtnis abrufbare Daten. – 2. Im Rahmen der datenschutzrechtlichen Auskunft müssen weiter sämtliche Angaben über die Herkunft der Daten mitgeteilt werden – unabhängig davon, ob sie sich in- oder ausserhalb der Datensammlung befinden. Allerdings beschränkt sich die Auskunftspflicht gemäss Gesetzeswortlaut auf die «verfügbaren» Herkunftsangaben. Nicht erfasst sind Daten, die allenfalls im Gehirn unter den gewöhnlichen Erinnerungen einer Person gespeichert sein könnten (und nicht etwa auf Geheiss des Inhabers der Datensammlung auswendig gelernt wurden), denn über derartige Informationen kann der Inhaber der Datensammlung nicht verfügen. – 3. Selbst wenn vorliegend zwischen dem General Counsel und einem Partner der F. AG ein Gespräch stattgefunden haben sollte, lässt sich daraus keine Auskunftspflicht der Bank ableiten, da die betreffenden Angaben für sie nicht verfügbar sind.

BGer 4A_125/2020 vom 10. Dezember 2020 (I. zivilrechtliche Abteilung, A.A. AG, A.B. AG und A.C. AG gegen D.D. und E.D.), zur Publikation vorgesehen. **Vorinstanz:** ZH Obergericht, PP190037-O vom 30. Januar 2020. **Besprechung:** Vasella, <https://datenrecht.ch/4a_125-2020-amtl-publ-gegenstand-des-auskunftsrechts-insb-betr-herkunftsangaben-keine-auskunft-auf-daten-im-gedaechtnis/>; C. Hirsch, <[Lawinside.ch/1037/](https://www.lawinside.ch/1037/)>.

V. Zivilverfahren und Vollstreckung – Procédure civile et exécution forcée

r42 Gestion de fortune. Preuve à futur. Expertise. Profil d'investissement. – Vermögensverwaltung. Vorsorgliche Beweisabnahme. Gutachten. Anlageprofil.

Une personne confie à une société la gestion de ses avoirs (environ CHF 5 000 000). Les parties conviennent d'un objectif de croissance modérée avec une prise de risque et une volatilité non négligeable. La cliente se plaint des pertes et résilie le contrat de ge-

stion de fortune. Elle dépose une requête de preuve à futur auprès du Tribunal de première instance, alléguant une violation du contrat. Elle invite le Tribunal à désigner un expert afin qu'il réponde à quatorze questions, lesquelles portent notamment sur le profil d'investissement, les frais de gestion, l'existence de barattage (*churning*), le montant du dommage, la responsabilité de la société pour les pertes subies, et les éventuelles commissions perçues. Alors que le Tribunal de première instance rejette la requête, la Cour de justice admet le recours et ordonne l'expertise.

1. L'art. 158 al. 1 let. b 2^e hypothèse CPC prévoit que le tribunal administre les preuves en tout temps lorsqu'un intérêt digne de protection est rendu vraisemblable. La preuve à futur «hors procès» est destinée à permettre au requérant de clarifier les chances de succès d'un procès futur, de façon à lui éviter de devoir introduire un procès dénué de toute chance. Le requérant doit établir qu'il a un intérêt digne de protection à l'administration de la preuve. Il ne lui suffit pas d'alléguer avoir besoin d'éclaircir des circonstances de fait; il doit rendre vraisemblable l'existence d'une prétention matérielle concrète contre sa partie adverse, laquelle nécessite l'administration de la preuve à futur, telle une expertise. – 2. L'appréciation de l'exécution d'un mandat de gestion de fortune est complexe et demande des connaissances financières que ni les tribunaux ni les parties ne possèdent généralement. En l'espèce, la requérante a exposé de manière circonstanciée une éventuelle violation des obligations contractuelles par la société. Elle a également rendu vraisemblable l'existence d'un dommage. La condition prévue par l'art. 158 al. 1 let. b 2^e hypothèse CPC est ainsi remplie. – 3. La Cour examine ensuite chacune des quatorze questions proposées par la cliente afin de déterminer s'il s'agit effectivement de questions factuelles et non juridiques. Sont des questions factuelles qui peuvent être soumises à expertise: le caractère approprié de la stratégie d'investissement (profil «moyen»); la vérification que la gestion est conforme à la stratégie retenue; la conformité à l'usage du prélèvement des frais de gestion. En revanche, les questions relatives au barattage, au montant du dommage, à la perception des commissions et à la responsabilité de la société relèvent du droit et ne peuvent ainsi pas être soumises à l'avis d'un expert.

GE Cour de justice ACJC/1791/2020 du 14 décembre 2020 (entré en force).

Recension: C. Hirsch, <<https://cdbf.ch/1174/>>.

r43 Widerspruchsverfahren. Parteirollenverteilung. – Procédure de revendication. Attribution des rôles aux parties.

Für eine Forderung in Höhe von rund CHF 28 Mio. zuzüglich Zins werden das Bankkonto des Schuldners sowie der Inhalt seines Bankschliessfachs verarrestiert und anschliessend gepfändet. Seine Ehefrau erhebt Widerspruchsklage hinsichtlich der Hälfte des Kontoguthabens und der Hälfte des Schliessfachinhalts. Strittig ist, wem die Klägerrolle hinsichtlich des gepfändeten Schliessfachinhalts zukommt.

1. Für die Parteirollenverteilung bei der Widerspruchsklage ist bei beweglichen Sachen entscheidend, in wessen Gewahrsam sich die Gegenstände befanden. Befanden sie sich im ausschliesslichen Gewahrsam des Schuldners, ist die Klägerrolle der Drittsprecherin zuzuweisen. Befanden sich die Gegenstände demgegenüber im Gewahrsam oder Mitgewahrsam der Dritteigentümerin, wird die Klägerrolle der Gläubigerin zugeteilt. Der Gewahrsam ist einzig anhand der Verfügungsgewalt zu bestimmen. – **2.** Vorliegend lautete die Kontobeziehung inklusive Schliessfach einzig auf den Schuldner, wobei die Drittsprecherin vom Schuldner bezüglich des Schliessfachinhalts bevollmächtigt worden war. Dementsprechend hatte sie zumindest Mitgewahrsam am Schliessfachinhalt. Die Klägerrolle wurde daher zu Recht der Gläubigerin zugeteilt. – **3.** Irrelevant ist, wen die Bank als am Inhalt des Schliessfachs materiell berechtigt erachtete. Auch führt die Frage, für wen die Bank Gewahrsam ausgeübt hat, nicht weiter. Denn die Bank hat über den Inhalt des bei ihr befindlichen, gemieteten Schliessfachs keine Sachherrschaft, da der Kunde die im Schliessfach verwahrten Sachen ohne Wissen der Bank daraus entfernen kann.

ZH Obergericht, PS190091-O vom 16. Oktober 2019 (II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbeitreibung und Konkurs, A. Limited gegen B. und C.). **Bestätigt** in BGer 5A_859/2019 vom 9. November 2020 (II. zivilrechtliche Abteilung, A. Limited gegen B. und C.). **Besprechung:** Schwander, ZZZ 52/2020 356.

r44 Arrest. Beschwerdelegitimation der Bank als Drittschuldnerin (bejaht). Ungenügend bezeichneter Arrestgegenstand. – Séquestre. Qualité pour recourir de la banque en tant que tierce débitrice (oui). Détermination insuffisante de l'objet séquestré.

Die Bank A. AG wehrt sich gegen eine Arrestnotifikation, die sie insbesondere dazu verpflichtet, sämtliche Vermögenswerte zu verarrestieren, «dont Monsi-

eur D. est désigné ayant-droit économique, mais appartenant en réalité à C. Ltd.». Sie macht geltend, der Arrestgegenstand sei nicht hinreichend genau bezeichnet, was sie letztlich vor die Wahl stelle, sich entweder der Haftung gegenüber ihren Kunden auszusetzen, wenn sie Vermögenswerte zu Unrecht sperre, oder aber eine doppelte Leistungspflicht in Kauf zu nehmen, wenn sie entsprechende Vermögenswerte freigebe. Das Obergericht heisst die Beschwerde gut.

1. Als Drittschuldnerin bzw. Drittgewahrsamsinhaberin ist die Bank A. AG grundsätzlich nicht Partei des zugrunde liegenden Arrestverfahrens. Sie ist aber vorliegend direkt in ihren rechtlich geschützten Interessen betroffen, da eine nicht hinreichend genaue Bezeichnung des Arrestgegenstands einen erheblichen Nachteil für sie bedeuten würde. Die Bank A. AG ist somit beschwerdelegitimiert. – **2.** Die Beschwerdelegitimation kann der Bank auch nicht mit der Begründung abgesprochen werden, sie verweigere die Auskunft über vom Arrest allenfalls erfasste Vermögenswerte bzw. es stehe nicht fest, ob überhaupt von ihr gehaltene Vermögenswerte betroffen seien. Denn eine Auskunftspflicht der Drittschuldnerin entsteht gemäss Art. 275 i.V.m. Art. 91 Abs. 4 SchKG erst nach Beendigung des Arresteinspracheverfahrens. Bis zu diesem Zeitpunkt kann sich die Bank auf das Bankgeheimnis berufen. – **3.** Die Bewilligung des Arrests setzt unter anderem voraus, dass die Arrestgläubigerin die Vermögenswerte der Arrestschuldnerin hinreichend konkret bezeichnet. Verarrestierbar sind auch Vermögenswerte, die dieser nur wirtschaftlich zustehen. Zulässig wäre insbesondere die Verarrestierung «sämtlicher beim Finanzinstitut XY gehaltener Vermögenswerte, die entweder formell auf den Namen der Arrestschuldnerin lauten oder bezüglich derer diese gemäss interner Dokumentation des Finanzinstituts XY, insbesondere gemäss dem sog. Formular A, als wirtschaftlich Berechtigte bezeichnet wird». – **4.** Offenbar scheint das Arrestgericht vorliegend auch Vermögenswerte verarrestieren zu wollen, an denen Herr D. gemäss dem Formular A nur dem Schein nach – d.h. unter Angabe falscher Tatsachen – als wirtschaftlich Berechtigter bezeichnet wird, während dies in Wahrheit die Arrestschuldnerin wäre. Wie die Bank aber feststellen soll, inwieweit die von den Bankkunden gemachten Angaben unzutreffend sind, erhellt nicht. Der Arrestbefehl und die Arrestnotifikation verlangen von der Bank letztlich investigative tatsächliche Abklärungen hinsichtlich der «wirklichen wirtschaftlichen Berech-

tigung». Dies kann ihr nicht zugemutet werden und ist unzulässig. Insoweit ist der Arrestbefehl nicht vollziehbar und nichtig.

ZH Obergericht, PS200123-O vom 20. August 2020 (II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, A. AG gegen B. SA sowie C. Ltd.), ZR 119/2020 S. 143, nicht rechtskräftig.

r45 Absichtsanfechtung gegen fünf Banken. Schädigungsabsicht (verneint). – Action révocatoire des actes dolosifs. Intention de porter préjudice (non).

Die A. AG, Bauunternehmung in Nachlassliquidation, erhebt eine Absichtsanfechtungsklage gegen fünf Banken. Die anfechtbare Handlung erblickt sie in einer Vereinbarung zwischen den fünf Banken und der A. AG, die abgeschlossen wurde, als die A. AG in finanzielle Schieflage geraten war. Die Vereinbarung sah einerseits die Stillhaltung der Banken hinsichtlich der bestehenden Kredite sowie die stufenweise Reduzierung der Kreditlimiten mit Rückzahlung der Kredite vor. Andererseits sollte die A. AG ihr Betriebsinventar, die Arbeitsverträge und die nicht angefangenen Aufträge auf die G. AG übertragen und ihr Personal und Inventar von dieser zur Abwicklung der letzten, bereits angefangenen Aufträge zurückmieten. Weiter waren Rangrücktritte der Banken selbst (im Umfang von CHF 250 000), der Altaktionäre und der leitenden Mitarbeitenden vorgesehen sowie die Gewährung eines Darlehens durch den Verwaltungsratspräsidenten der A. AG. Das Bundesgericht verneint die Schädigungsabsicht.

1. Die Schädigungsabsicht liegt vor, wenn der Schuldner voraussehen konnte und musste, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteiligt oder gegenüber anderen bevorzugt. Bei der Rückzahlung eines Darlehens besteht nach der Rechtsprechung ein gewichtiges Indiz für eine Schädigungsabsicht, wenn sich der Schuldner seiner finanziellen Notlage bewusst ist. Die Schädigungsabsicht fehlt, wenn der Schuldner ernsthaft um seine Rettung kämpft und diese erfolgversprechend erscheint. Unter dem Aspekt der Schädigungsabsicht (und -erkennbarkeit) ist daher relevant, ob es sich beim Darlehen um ein sog. Sanierungsdarlehen handelt oder nicht. – 2. Die Aufnahme und Rückzahlung eines Darlehens wird unter folgenden Voraussetzungen als anfechtungsresistentes Sanierungsdarlehen betrachtet: Der Schuldner muss sich (1) um die Sanierung bemühen, (2) die Sanierungsbemühungen müssen erfolgversprechend er-

scheinen und (3) das Darlehen muss zum Zweck der Sanierung und damit im Interesse der übrigen Gläubiger gewährt werden. Auch die Verlängerung eines früher gewährten Darlehens kann zur Sanierung beitragen und als Sanierungsdarlehen gelten, sofern der Sanierungswille (z.B. durch eine Sanierungsvereinbarung) zum Ausdruck kommt und sich das Verhalten (wie durch Sonderleistungen, eigentliches Entgegenkommen, direkte Unterstützung) von gewöhnlichen Kreditgebern unterscheidet. – 3. Vorliegend kann die Verlängerung der Kredite trotz Teilrückführung als Sanierungsdarlehen qualifiziert werden. Insbesondere steht dieser Qualifikation nicht entgegen, dass das Stillhalteabkommen nicht auf die weitere Existenz der A. AG, sondern auf ihre Liquidation angelegt war. Denn aus Gläubigersicht kommt es nicht darauf an, ob die bisherige Gesellschaft nach vollständiger Befriedigung der Gläubiger weiterbesteht oder untergeht. Dass die Vorinstanz in der Verlängerung des Stillhalteabkommens (trotz Rückführung der Kredite von ca. 90%) und dem Rangrücktritt im Umfang von ca. 10% des Kredits ein Entgegenkommen der Banken erblickte, stellt keine Rechtsverletzung dar. Zudem bestand eine berechtigte Hoffnung auf Sanierung. Dass der Plan letztlich gescheitert ist, führt anfechtungsrechtlich nicht zum Nachteil.

BGer 5A_671/2018 vom 8. September 2020 (II. zivilrechtliche Abteilung, A. AG, Bauunternehmung in Nachlassliquidation, gegen Bank B., Bank C., Bank D., Bank E. und Bank F.). **Besprechungen:** Güngerich/Miescher, *ius.focus* 2020 Nr. 317; Kälin, *AJP* 2021 412 ff.; Mabillard, *SZZP* 1/2021 60; Schwander, *ZZZ* 52/2020, 359 ff.; Sturny/Zendeli, *RR-VR* 1/2021 12 ff.; Wiget, <*swissblawg.ch*>, 30. November 2020.

r46 OFAC-Sanktionen. Pflicht zur Ausführung von USD-Transaktionen (verneint). Fehlende Darlehensbesicherung durch blockierte Wertschriften. – Sanctions OFAC. Obligation d'effectuer des transactions en USD (non). Couverture du prêt grâce aux titres bloqués.

Zum Entscheidsachverhalt siehe die Vorbemerkungen (10. US-Sanktionen und Schweizer Verträge).

1. Die Kundin selbst ist zwar nicht auf der OFAC-Sanktionsliste als SDN aufgeführt. Sie ist aber einer sanktionierten Person gleichzusetzen, da sie von T. beherrscht wird («interests in property»). – 2. Die OFAC-Sanktionen sollen insbesondere bewirken, dass auch Nicht-US-Personen untersagt ist, die US-Finanzinfrastruktur zu benutzen, um mit sanktionierten Personen Geschäfte zu tätigen. Die US-Finanzinfrastruktur wird insbesondere bei jeder Transaktion in USD be-

nutzt. Die in USD denominierten Vermögenswerte sind somit durch die OFAC-Sanktionen blockiert. Demgegenüber werden nicht in USD denominierten Vermögenswerte nicht durch die OFAC-Sanktionen blockiert. – **3.** Entscheidendes Kriterium für allfällige Sekundärsanktionen ist, ob die Transaktionen als signifikant zu qualifizieren sind. Dies ist beim Verkauf von Wertschriften zur Tilgung eines Darlehens von rund USD 160 Mio., der Herausgabe von Coupon- und Dividendenzahlungen von rund USD 17 Mio. und der Deblockierung von Wertschriften in USD von rund USD 308 Mio. zu bejahen. Als Sekundärsanktionen würden der Bank hohe Strafzahlungen und im schlimmsten Fall der Ausschluss aus dem US-Finanzmarktsystem drohen, was für sie als international tätige Bank existenzbedrohend wäre. – **4.** Die OFAC-Sanktionen sind in der Schweiz nicht direkt anwendbar. Bei der Prüfung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung nach Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG wird aber als Vorfrage u.a. auch die Einhaltung von ausländischem Recht geprüft. Aus dem Positionspapier Rechtsrisiken ergibt sich, dass die FINMA erwartet, dass die Banken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft die Rechts- und Reputationsrisiken vertieft analysieren und im Anschluss an die Analyse der Rahmenbedingungen und der Risikobeurteilung die geeigneten Massnahmen zur Risikominimierung und -eliminierung treffen. Es ist der Bank daher aus aufsichtsrechtlichen Gründen untersagt, die von der Kundin verlangten Transaktionen auszuführen. – **5.** Der Beauftragte muss Weisungen, die rechtswidrig oder unsittlich sind, gegen öffentlich-rechtliche Normen verstossen oder die seine Stellung unzumutbar erschweren, nicht befolgen. Die Ausführung der von der Kundin verlangten Transaktionen würde die Stellung der Bank unzumutbar erschweren. Daher ist sie vertraglich nicht verpflichtet, die entsprechenden Weisungen zu befolgen. – **6.** Die Bank ist berechtigt, die U.-Aktien zu verwerten, da das Darlehen von rund USD 160 Mio. aufgrund der Blockierung der Wertschriften, durch die es besichert war, nicht mehr ausreichend besichert ist und die Kundin keine Sicherheit nachgeliefert hat.

ZH Handelsgericht, HG180215-O vom 16. November 2020 (A. Holding S.A. gegen B. AG), nicht rechtskräftig. **Prosequierung** des Massnahmeentscheids HE180247-O vom 13. September 2018, SZW 2019 r42. **Besprechungen:** Siehe die Vorbemerkungen (10. US-Sanktionen und Schweizer Verträge); NZZ vom 4. Dezember 2020 (Vekselbergs Depot bei der Bank Bär bleibt gesperrt); RR-COMP 1/2021 13.

r47 Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit nach Art. 63 Abs. 1 ZPO. Überspitzter Formalismus. – *Litispendance selon l'art. 63 al. 1 CPC. Formalisme excessif.*

Die Kantonalbank X. reichte 2012 beim Handelsgericht des Kantons Aargau eine paulianische Anfechtungsklage gegen die Y. GmbH ein. Das Gericht trat wegen fehlender sachlicher Zuständigkeit nicht darauf ein. Daraufhin reichte die Bank eine Kopie der beim Handelsgericht eingereichten Klage beim Friedensrichteramt ein.

1. Unstrittig ist, dass die Bank die zweijährige Verwirkungsfrist nach Art. 292 Ziff. 2 aSchKG durch die Erhebung der Anfechtungsklage beim Handelsgericht gewahrt hat. Vorliegend geht es einzig darum, ob die Neueinreichung der Klage beim Friedensrichteramt den Voraussetzungen von Art. 63 Abs. 1 ZPO genügt, damit die in dieser Norm vorgesehene Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit des Verfahrens greift. Anlass dazu bildet der Umstand, dass die Bank beim Friedensrichteramt nicht das Original, sondern eine Kopie der Klage an das Handelsgericht eingereicht hat. – **2.** Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat der Ansprecher die gleiche Rechtsschrift, die ursprünglich bei einem unzuständigen Gericht eingegeben hat, im Original bei der von ihm für zuständig gehaltenen Behörde neu einzureichen. Die Eingabe der Bank genügt daher an sich nicht, um mit ihr die Rechtshängigkeit nach Art. 63 Abs. 1 ZPO zu bewahren. – **3.** Vorliegend ist unbestritten, dass es sich bei der eingereichten Eingabe um eine Kopie des Originals handelte, diese mithin identisch war. Bei dieser Ausgangslage ist der Zweck der Vorschrift, das Original einreichen zu müssen, bereits erfüllt: Das Gericht hat die Identität der ursprünglichen und der neu eingereichten Eingabe bereits festgestellt. Das Beharren auf der Formvorschrift dient in Bezug auf den Inhalt der Eingabe somit keinem schutzwürdigen Zweck mehr. Die Rechtshängigkeit bleibt deshalb gewahrt.

BGer 5A_777/2019 vom 2. September 2020 (II. zivilrechtliche Abteilung, Y. GmbH gegen Kantonalbank X.). **Besprechung:** Schwander, ZZZ 52/2020 331 ff.

r48 Faillite bancaire. Contestation de l'état de collocation. Dommages-intérêts. Clause insolite (non). – Bankkonkurs. Kollokationsklage. Schadenersatz. Ungewöhnlichkeit einer Klausel (verneint). Faillite d'une banque. Collocation en troisième classe d'une prétention en dommages-intérêts de deux clients contre la banque. Contestation par les clients de

l'état de collocation. Contestation rejetée par les instances judiciaires vaudoises.

1. Une créance en dommages-intérêts contre une banque ne résulte pas d'un dépôt au sens de l'art. 5 al. 1 OB, mais d'une violation du contrat. Cette créance ne constitue donc pas un dépôt privilégié au sens de l'art. 37a LB. En cas de faillite, elle est colloquée non pas en deuxième classe (comme les dépôts), mais en troisième classe. L'art. 25 al. 2 let. c OIB-FINMA précise d'ailleurs que les demandes d'indemnisations contractuelles ou extracontractuelles ne constituent pas des dépôts privilégiés. – **2.** En revanche, si la banque fait des placements non autorisés par le débit du compte du client, la somme qu'elle doit lui restituer constitue un dépôt et le solde est un dépôt privilégié à hauteur de CHF 100 000. – **3.** En l'espèce, les clients ont conclu un «mandat pour placements fiduciaires». Ils avaient ainsi conscience que leur argent était investi. La banque a agi conformément aux instructions. Partant, la créance en dommages-intérêts ne bénéficie pas de la protection des dépôts. Elle est donc colloquée en troisième classe. – **4.** Contrairement à ce qu'invoquent les clients, le contrat de «mandat pour placements fiduciaires» ne contient pas de clause insolite. En tout état, certaines clauses contestées par les clients étaient en gras. Leur attention a ainsi été suffisamment attirée sur celles-ci. Enfin, tout lecteur raisonnable du contrat doit comprendre que des placements auprès des sociétés du groupe bancaire ne constituent pas de simples placements sur des comptes bancaires en Suisse. De tels placements restent sûrs et n'ont rien d'insolite.

TC VD HC/2020/23 (Cour d'appel civile) du 5 février 2021 (dans le contexte de la faillite du groupe Espirito Santo).

VI. Steuerkonformität der Kunden – Conformité fiscale du client

r49 Clôture du compte. Restitution des avoirs soumise à conditions (FATCA). Pas de titre de mainlevée. – Kontoschliessung. Herausgabe des Guthabens nur unter gewissen Bedingungen (FATCA). Kein Rechtsöffnungstitel.

Une banque demande à son client de signer des documents FATCA afin qu'elle puisse clôturer le compte. Refusant de les signer, le client fait notifier à la banque un commandement de payer avec comme mention «restitution dépôt bancaire». En procédure de mainlevée, le client invoque le relevé de compte et la

lettre qui l'accompagne comme titre de reconnaissance de dette.

1. Constitue une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 al. 1 LP l'acte authentique ou sous seing privé, signé par le poursuivi ou son représentant, d'où ressort sa volonté de payer au poursuivant, sans réserve ni condition, une somme d'argent déterminée, ou aisément déterminable, et exigible. La volonté de payer du poursuivi doit ressortir clairement des pièces produites, à défaut de quoi elle ne peut être déterminée que par le juge du fond. – **2.** En l'espèce, le relevé de compte ne comporte pas la signature de la banque et ne constitue pas à lui seul une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP. La lettre signée qui l'accompagne est, pour sa part, assortie de réserves en exigeant du client qu'il fournisse des documents FATCA. Or, il n'appartient pas au juge de la mainlevée de juger de la légitimité des réserves émises. Le client n'est ainsi au bénéfice d'aucune reconnaissance de dette.

TF, 5A_388/2019 du 7 janvier 2020 (Ile Cour de droit civil). *Recours contre GE Cour de justice ACJC/411/2019 du 18 mars 2019.*

Recension: Marchand, SJ 2020 I 263.

VII. Übermittlung von Personendaten an ausländische (Steuer-)behörden – Transmission de données aux autorités (fiscales) étrangères

r50 Datenübermittlungen an das DoJ nicht «unerlässlich» i.S.v. Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO. – Transmission de données au DoJ pas «indispensable» au sens de l'art. 6 al. 2 let. b LPD.

Auch in dieser Berichtsperiode wehrten sich Mitarbeitende, externe Vermögensverwalter und Rechtsanwältinnen gegen die Übermittlung ihrer Daten an das US-Department of Justice (DoJ). Das Handelsgericht Zürich hat dazu mehrere Entscheide gefällt.

1. Da keine Anhaltspunkte für Datenübermittlungen an andere US-Behörden als das DoJ vorliegen, haben die Kläger kein schutzwürdiges Interesse an einem Verbot der Datenbekanntgabe an andere US-Behörden. – **2.** Sofern die Unterlassungsklage nicht von einer Bankmitarbeiterin, sondern vom Inhaber eines Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungsunternehmens erhoben wurde, handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit. Der Streitwert beträgt in Datenschutzfällen praxisgemäss CHF 500 000. –

3. Da die USA über keine Gesetzgebung verfügen, die einen angemessenen Datenschutz gewährleistet, würde eine Bekanntgabe der Personendaten der Kläger an das DoJ eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSGVO darstellen. – 4. In einen Staat ohne angemessene Datenschutzgesetzgebung dürfen Personendaten insbesondere dann bekanntgegeben werden, wenn die Bekanntgabe im Einzelfall für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht unerlässlich ist (Art. 6 Abs. 2 Bst. d DSGVO). Unerlässlich ist eine Datenlieferung dann, wenn ohne sie davon auszugehen wäre, dass der Steuerstreit mit den USA erneut eskalierte und damit insgesamt der schweizerische Finanzplatz in Mitleidenschaft gezogen sowie der Ruf der Schweiz als zuverlässige Verhandlungspartnerin beeinträchtigt würde. Vorliegend wurde die Unerlässlichkeit nicht hinreichend dargetan.

ZH Handelsgericht, HG180114-O vom 10. Dezember 2019 (A. gegen B.); HG180170-O vom 25. Februar 2020 (A. und B. gegen C.); HG180126-O vom 10. Dezember 2019 (A. AG und B. gegen C.); HG190107-O vom 4. Februar 2020 (A. SA und B. gegen C. SA).

VIII. Diverses/Divers

r51 Adhäsionsklage. Solidarische Haftung des Geldwäschers mit den Vortätern. – Conclusions civiles en procédure pénale. Responsabilité solidaire de l'auteur du blanchiment d'argent avec les auteurs de l'infraction principale.

1. Gemäss Art. 126 Abs. 1 Bst. a StPO entscheidet das Gericht über die Adhäsionsklage, wenn es die beschuldigte Person schuldig spricht. Vorliegend hat die Vorinstanz D. schuldig gesprochen, weshalb sie zwingend über die – hinreichend begründete und bezifferte – Zivilklage hätte entscheiden müssen. – 2. Nach Art. 41 Abs. 1 OR wird zum Ersatz verpflichtet, wer einem anderen – sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit – widerrechtlich einen Schaden zufügt. Gemäss Art. 50 Abs. 1 OR haften, wenn mehrere den Schaden, sei es als Anstifter, Urheber oder Gehilfen, gemeinsam verschuldet haben, dem Geschädigten solidarisch. – 3. Die Vorinstanz nimmt an, der Geldwäscher, der nicht an der Vortat beteiligt gewesen sei, werde von Art. 50 Abs. 1 OR nicht erfasst. Für ihn bestehe hinsichtlich des durch die Vortat verursachten Schadens lediglich eine subsidiäre zivilrechtliche Verantwortlichkeit im Sinne einer Ausfallhaftung. – 4. Diese Auffassung verletzt Bundesrecht. Der Tat-

bestand der Geldwäscherei im Sinne von Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB schützt zwar in erster Linie die Rechtspflege in der Durchsetzung des staatlichen Einziehungsanspruchs bzw. das öffentliche Interesse an einem reibungslosen Funktionieren der Strafrechtspflege. Doch dient der Tatbestand nach der Rechtsprechung in Fällen, in denen die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte aus Delikten gegen das Vermögen herrühren, neben dem Einziehungsinteresse des Staates auch dem Schutz der individuell durch die Vortat Geschädigten. Der Schaden besteht danach im Umfang der Vermögenswerte, deren Einziehung durch die Geldwäscherei vereitelt worden ist. Die Einziehung zugunsten des Staates ist nur zulässig, wenn die Vermögenswerte nicht dem Geschädigten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden (Art. 70 Abs. 1 StGB). Bei Eigentums- und Vermögensdelikten erfolgt die Einziehung mithin im Interesse des Opfers. Die Geldwäscherei im Sinne der Vereitelung der Einziehung richtet sich in diesen Fällen somit auch gegen die Interessen desjenigen, der durch die Vortat geschädigt wurde. – 5. Der Geldwäscher haftet im Umfang der Vermögenswerte, deren Einziehung durch die Geldwäscherei vereitelt worden ist, für den Vortatschaden mit.

BGer 6B_1202/2019 vom 9. Juli 2020 (Strafabteilung, B. AG gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Graubünden, Erster Staatsanwalt, und D.) = BGE 146 IV 211.

Parallelverfahren: BGer 6B_1209/2019 (betreffend I.), 6B_1214/2019 (betreffend D.) und 6B_1201/2019 (betreffend A.).

Besprechungen: Z.B. Muskens, AJP 2021 127 ff.; L. Hirsch, <<https://cdhf.ch/1152/>>.

r52 Adhäsionsklage. Behaftung auf Anerkennung der Schadenersatzforderungen. Irrelevanz mangelnder zivilrechtlicher Substantiierung. – Conclusions civiles en procédure pénale. Reconnaissance de la créance en dommages-intérêts. L'absence d'allégation suffisante du dommage est irrelevant.

A. betreute als Senior Relationship Manager bei der Bank B. vornehmlich im Ausland wohnhafte türkische Staatsangehörige. Ihr wird vorgeworfen, ohne Wissen und Zustimmung der Kunden bzw. unter falschen und/oder unvollständigen Angaben Fremdwährungsgeschäfte getätigt zu haben und diese dadurch geschädigt zu haben. Zwecks Verschleierung der daraus resultierenden Verluste soll sie Konto- und Depotauszüge gefälscht und unbewilligte Vermögensstransfers zwischen Kundenkonten vorgenommen

haben. Sie wurde der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung, der mehrfachen Urkundenfälschung sowie der mehrfachen qualifizierten Veruntreuung schuldig gesprochen. Das Bundesgericht bestätigt die Schuldsprüche und äussert sich wie folgt zur Zivilforderung:

1. Der frühere Verteidiger von A. hat erklärt, A. anerkenne in denjenigen Fällen, in denen sie geständig sei, die Zivilforderungen der Kunden, und zwar in Höhe der Verluste, wie sie von dem von der Staatsanwaltschaft beigezogenen Revisor berechnet worden seien. Wie die Vorinstanz zutreffend annimmt, hat A. nicht die Klage bzw. das Rechtsbegehren der Privatkläger i.S.v. Art. 241 ZPO anerkannt, sondern nur die Schadenersatzforderungen bis zu einer bestimmten Höhe. Nicht halten lässt sich die Auffassung von A., die Anerkennung sei lediglich im Sinne eines Zugeständnisses zu verstehen, welches sich auf einzelne Tatsachen und nicht auf das Rechtsbegehren des Prozessgegners beziehe. Bei dieser Sachlage lässt sich die Anerkennung der Schadenersatzforderungen nicht mit einem Geständnis gleichsetzen, das jederzeit widerrufen werden kann. – 2. Die Vorinstanz durfte A. ohne Weiteres auf ihrer Anerkennung der Schadenersatzforderungen behaften und musste nicht selbst prüfen, inwiefern zivilrechtlich ein Schaden eingetreten war und ob die Anspruchsgrundlagen im Urteilszeitpunkt vorlagen. – 3. A. kann nichts aus den kantonalen und bundesgerichtlichen Urteilen in den von den Kunden gegen die Bank C. als Beklagte geführten Zivilverfahren ableiten, in denen die Gerichte zum Schluss gelangt sind, der Schaden sei nicht genügend substantiiert.

BGer 6B_936/2019 vom 2. Mai 2020 (Strafabteilung, A. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich und diverse Privatkläger). Siehe zum selben Sachverhaltskomplex auch die **zivilrechtlichen Urteile** BGE 144 III 155, SZW 2019 r 17; BGer 4A_374/2018 vom 12. September 2018 und 4A_357/2018 vom 11. September 2018, SZW 2019 r18; ZH Obergericht, LB170042-O vom 9. Mai 2018 (I. Zivilkammer, A. gegen B. SA) und ZH Handelsgericht, HG140233-O vom 4. Oktober 2017 (A. gegen B. SA), SZW 2018 r9.

r53 Action civile. Acte illicite. Blanchiment d'argent. – Zivilklage. Unerlaubte Handlung. Geldwäscherei.

Un gérant de fortune ouvre un compte destiné à recevoir ses honoraires de gestion, compte dont il indique être l'ayant droit économique. En réalité, il utilise ce compte pour transférer l'argent de ses clients qu'il escroque. Le compte passe néanmoins sous le radar

du système d'alerte mis en place par la banque. L'ouverture d'une procédure pénale à l'encontre du gérant, une dénonciation au MROS mentionnée dans la presse et l'ouverture d'une enquête de la Commission fédérale des banques n'ont pas non plus alerté la banque. Les clients de l'escroc, qui ont touché un dividende de faillite de 6%, agissent en responsabilité contre la banque. Ils allèguent que celle-ci a commis un acte de blanchiment d'argent par dol éventuel, ce qui leur aurait causé un dommage correspondant aux montants dilapidés après la date où la banque aurait dû bloquer le compte de l'escroc. Le Tribunal de première instance rejette la demande en considérant que la banque a agi par négligence consciente (et non par dol éventuel) et qu'il n'y a pas de lien de causalité entre le manque de contrôle interne et les détournements opérés par l'escroc. La Cour de justice admet le recours et renvoie la cause en première instance.

1. Le blanchiment d'argent peut être réalisé par omission si l'auteur se trouvait dans une position de garant qui entraîne pour lui une obligation juridique d'agir. – 2. Sur le plan subjectif, le blanchiment d'argent requiert l'intention de l'auteur, le dol éventuel étant suffisant. Partant, une responsabilité civile délictuelle fondée sur la commission d'un blanchiment d'argent est exclue lorsque l'auteur ne s'est rendu coupable que d'une négligence. Dès que la connaissance du client direct ou de l'ayant droit économique permet de présumer que les valeurs patrimoniales sont d'origine criminelle, celui qui opère dans le secteur financier doit s'abstenir de toute transaction, faute de quoi il se rend coupable de blanchiment d'argent intentionnel. – 3. En l'espèce, le service juridique a signalé en 2008 l'existence d'un risque de blanchiment d'argent et transmis le dossier au service de *compliance* pour examen des transactions, lequel aurait conclu que la situation était en ordre. Or ce constat n'est pas fondé. En effet, la banque aurait dû réaliser que les comptes litigieux étaient alimentés par de tierces parties sans expérience et que la structure des transactions était incompatible avec le but indiqué lors de l'ouverture des comptes. En tout état, il n'est guère compatible d'agir comme gestionnaire pour des tiers et de signer un formulaire A attestant que l'on est l'ayant droit économique des avoirs. Par ailleurs, la Commission de surveillance CDB a considéré que la banque avait omis, par dol éventuel, de répéter la procédure destinée à établir l'identité de l'ayant droit économique malgré des indices clairs suggérant que l'escroc ne pouvait lui-même être l'ayant droit

économique des fonds crédités sur son compte. Ainsi le dol éventuel est établi, ce qui permet de conclure à l'existence d'un acte illicite au sens de l'art. 41 CO. – **4.** Concernant la causalité, la passivité de la banque a permis à l'escroc de poursuivre ses agissements criminels jusqu'à sa mort et de provoquer le dommage subi par les demandeurs. La faute de l'escroc n'interrompt pas le lien de causalité car le comportement de la banque a favorisé la survenance du dommage. En effet, si la banque s'était conformée à ses obligations légales, l'escroc n'aurait pas pu commettre d'infractions. La causalité naturelle et adéquate est ainsi donnée.

GE Cour de justice ACJC/1202/2020 du 1er septembre 2020 (recours pendant devant le Tribunal fédéral).

r54 Droit du travail. Licenciement. Bonus. Frais d'une procédure américaine. – Arbeitsrecht. Kündigung. Bonus. Kosten eines amerikanischen Verfahrens.

Dès 1999, une banque suisse prend des mesures afin que les relations avec sa clientèle américaine soient conformes au droit américain. Des directives internes prévoient que les employés ne devaient pas voyager aux États-Unis pour rendre visite à des clients potentiels. En 2011, un employé, qui était chef du secteur de l'Amérique du Nord à Genève, fait l'objet d'une inculpation par un grand jury lui reprochant d'avoir aidé la mise en place de fraudes fiscales. La banque le libère alors de son obligation de travailler en février 2011 puis le licencie en août 2014, licenciement qu'il conteste. La banque produit des courriels qui relèvent que son comportement violait clairement les lois américaines et les directives internes de la banque. Un rapport de la FINMA constate aussi de graves manquements de la part des collaborateurs de la banque. Saisi par l'employé, le Tribunal des prud'hommes condamne la banque à payer à son ancien employé divers montants à titre d'indemnités pour licenciement abusif, bonus, perte de salaires futurs, perte de rentes de prévoyance professionnelle, perte d'autres avantages contractuels, dommages subis sur la vente de sa villa, tort moral et à prendre en charge ses frais de procès aux États-Unis. Sur appel, la Cour de justice rejette entièrement les conclusions de l'employé.

1. L'inexécution du contrat emporte présomption de faute (art. 97 CO); l'employeur n'est libéré que s'il prouve n'avoir pas commis de faute. Le travailleur doit prouver, quant à lui, l'existence du contrat de travail, la violation dudit contrat par l'employeur, le

dommage et le lien de causalité. – **2.** En l'espèce, l'employé ne réussit pas à prouver qu'il ait reçu des instructions de la banque ou de la direction générale l'incitant à violer les règles applicables, ni qu'une telle violation aurait été tolérée. Il ne peut ainsi pas se prévaloir de son propre comportement contraire aux règles applicables pour en faire porter la responsabilité à son ancien employeur, alors que ce dernier a justement formé ses employés et informé ceux-ci des règles applicables et a subi lui-même des dommages consécutifs aux violations dont certains de ses employés se sont rendus coupables. – **3.** Si l'employé recevait des instructions qui lui paraissaient aller à l'encontre des règles applicables, il pouvait également, et en avait même le devoir, en application du devoir de fidélité de l'employé, de signaler ces violations à la hotline qui avait été mise en place par l'employeur dans ce but. – **4.** La banque n'a ainsi pas violé ses obligations contractuelles découlant de l'art. 328 CO. Pour ces motifs, elle n'encourt pas la responsabilité au titre de l'art. 97 CO. Elle était également en droit de résilier le contrat.

GE Cour de justice CAPH/151/2020 du 3 août 2020 (Chambre des prud'hommes) (arrêt entré en force).