

Le droit bancaire privé suisse 2021

Das schweizerische Bankprivatrecht 2021

Luc Thévenoz | Susan Emmenegger | Célian Hirsch | Fabien Liégeois | Martina Reber*

Table des matières – Inhaltsübersicht

Remarques introductives – Vorbemerkungen

1. Défaut de légitimation, opérations non autorisées
 2. Négocier de devises et contrats de consommateur
 3. *Market making* et algorithmes
 4. Reddition de compte
 5. Rétrocessions
 6. Conditions générales
 7. Indemnisation de la perte d'une chance
- I. Services bancaires – *Bankgeschäfte*
 1. Comptes, dépôts, procurations, légitimation – *Konten, Einlagen, Vollmacht, Legitimation*
 2. Crédits – *Kredite*
 - II. Services financiers – *Finanzdienstleistungen*
 - III. Sûretés et réalisation – *Sicherheiten und Verwertung*
 1. Sûretés personnelles – *Persönliche Sicherheiten*
 2. Sûretés réelles – *Dingliche Sicherheiten*
 - IV. Reddition de compte, rétrocessions et renseignements – *Rechenschaftsablegung, Retrozessionen und Auskünfte*
 - V. Procédure civile, exécution forcée et entraide internationale – *Zivilverfahren, Zwangsvollstreckung und internationale Rechtshilfe*
 - VI. Protection des données personnelles et secret professionnel – *Datenschutz und Berufsgeheimnis*

Remarques introductives – Vorbemerkungen

Au moment où nous écrivons ces lignes, la Russie envahit l'Ukraine. L'Union européenne et les États-Unis ont adopté de nouvelles sanctions contre plusieurs centaines de personnalités liées au régime de Moscou. Rompant avec sa tradition de neutralité, la Suisse s'est résolue après une courte hésitation à geler les avoirs de personnalités et de sociétés liées au régime

de Moscou. L'ordonnance du 27 août 2014 instituant des *mesures visant à empêcher le contournement de sanctions internationales* en lien avec la situation en Ukraine¹ est devenue, le 28 février 2022, l'ordonnance *instituant des mesures* en lien avec la situation en Ukraine². La liste des personnes et entreprises visées par les sanctions continue de s'élargir.³

Adoptées par la Suisse, et donc directement applicable sur le territoire national, ces nouvelles sanctions sont très différentes des mesures qui ont causé les démêlés de Viktor Vekselberg, oligarque russe domicilié en Suisse, avec ses banques⁴. Les deux décisions cantonales que nous commentons l'année dernière⁵ ont trouvé leur conclusion à Lausanne ; Vekselberg gagne contre PostFinance mais perd contre Julius Bär.

Le Tribunal fédéral a confirmé l'arrêt du Tribunal de commerce de Zurich qui avait donné raison à la banque Julius Bär (r01). Pour obtenir le remboursement d'un crédit de USD 160 millions garanti par des titres libellés en USD, la banque n'était pas tenue de les vendre sur le marché ou de se porter contrepartie. Le TF admet que ces transactions seraient tombées dans le champ d'application des sanctions OFAC. Il se fonde sur une clause des conditions générales (dont le texte paraît assez éloigné de cet état de fait) pour libérer la banque de l'obligation d'exécuter les instructions de son client. Le TF est ainsi dispensé d'analyser d'autres arguments retenus par le Tribunal de commerce pour libérer la banque, arguments fondés sur les sanctions que la banque aurait encourues si elle avait procédé à ces transactions, la plus considérable étant sa possible exclusion du système bancaire américain.

En revanche, le Tribunal fédéral a réformé le jugement du Tribunal du commerce de Berne. La résiliation, en 2018, d'un compte en francs suisses contrevenait à l'obligation de service universel de

* Luc Thévenoz est professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève et directeur du Centre de droit bancaire et financier. Prof. Dr. iur. Susan Emmenegger, LL.M., ist Ordinaria für Privat- und Bankrecht an der Universität Bern und Direktorin des Instituts für Bankrecht. Célian Hirsch est avocat, chargé d'enseignement et assistant-doctorant au Centre de droit bancaire et financier de l'Université de Genève. Fabien Liégeois, docteur en droit, maître-assistant au Centre de droit bancaire et financier, chargé de cours à l'Université de Fribourg et avocat-conseil. Martina Reber, MLaw, Rechtsanwältin, ist wissenschaftliche Assistentin an der Universität Bern.

¹ RS 946.231.176.7.

² RO 2022 143.

³ On peut suivre l'évolution de ces listes sur la page du Secrétariat d'État à l'économie <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/exportkontrollen-und-sanktionen/sanktionen-embargos/sanktionsmassnahmen/massnahmen-zur-vermeidung-der-umgehung-internationaler-sanktionen.html> (consultée le 13.3.2022).

⁴ Vekselberg ne figure pas dans la liste des personnes visées par les sanctions liées à la situation en Ukraine.

⁵ RSDA 2021 200–203 (r10 et r46).

PostFinance (**r01a**)⁶; elle n'entraîne pas dans les exceptions réservées par l'art. 45 de l'ordonnance sur la poste (OPO) dans sa teneur applicable jusqu'au 31 décembre 2020⁷, de sorte que PostFinance doit continuer de tenir le compte. Le TF ne se prononce pas sur la légalité d'une éventuelle nouvelle résiliation au regard de la nouvelle teneur de ce même art. 45 OPO.

On peut s'étonner du sort opposé de ces deux affaires. La principale différence tient au fait que les opérations d'un compte en CHF ou en EUR tenu par une banque suisse ne présentent aucun rattachement avec le territoire des États-Unis, au contraire de transactions portant sur des titres libellés en USD.

1. Défaut de légitimation, opérations non autorisées

Malgré, ou peut-être en raison de la clarification méthodologique posée par le Tribunal fédéral il y a deux ans, les cas de **défaut de légitimation** (transactions sans autorisation du client) continuent d'occuper les tribunaux, qu'il s'agisse notamment d'ordres de virement frauduleux (**r05**, **r07**, **r08**) ou de malversations d'un collaborateur de la banque (**r04**, **r06**). Comme on le sait, une clause des conditions générales modifie toujours la répartition légale du risque de défaut de légitimation en le mettant à la charge du client. La pratique contractuelle varie cependant : certaines banques acceptent de prendre à leur charge ce risque lorsqu'elles n'ont pas fait preuve de la diligence usuelle en affaire (**r05**) ; d'autres se limitent aux cas de faute grave de la banque (**r07**, **r08**). Cette distinction est partiellement corrigée par les tribunaux, qui peuvent être plus facilement enclins à admettre, dans les faits, la faute grave de la banque.

Mais l'histoire ne s'arrête souvent pas là ; malgré ce qu'a pu écrire le Tribunal fédéral⁸, les tribunaux sont réticents à appliquer la répartition contractuelle du risque et du dommage dans sa rigueur. Le comportement du client est pertinent à deux égards : lorsqu'il a manqué à une obligation de diligence (expresse ou fondée sur les règles de la bonne foi) dans la sécurité des moyens de paiement, ou lorsqu'il a tardé à examiner ses décomptes ou formuler une réclamation. Ce

retard contribue à l'augmentation du dommage subi par la banque (**r05**). Selon les circonstances, il fait naître une fiction de ratification fondée sur la clause de réclamation que l'on trouve dans toutes les conditions générales bancaires. Cependant, lorsque la banque répond à titre délictuel ou contractuel des malversations d'un collaborateur, on peine à comprendre pourquoi le Tribunal fédéral ne considère pas qu'elle commet un abus de droit en se prévalant du silence ou de l'inactivité du client, tout spécialement lorsque des décomptes falsifiés ont été remis (**r04**).

Les cas de défaut de légitimation soulèvent une question intéressante de délimitation entre intérêt compensatoire (*Schadenszins*) et intérêt moratoire (*Verzugszins*). Lorsque, après application de la loi et de toutes les clauses contractuelles pertinentes, la banque supporte le défaut de légitimation et doit donc recrediter au compte du client le montant débité par erreur, le client a-t-il droit à un intérêt sur cette somme ? La Cour de justice de Genève note à juste titre que l'intérêt dit compensatoire est une composante d'un dommage (**r06**). Or le client qui exige la restitution des fonds débités à tort ne réclame pas des dommages-intérêts, mais exerce l'action en exécution de son droit contractuel à la rectification du compte et, cas échéant, à la remise des fonds détenus par la banque pour et sur son compte. Dès le moment où elle a été mise en demeure, la banque doit donc l'intérêt moratoire (art. 104 CO) sur les fonds dont le client a été privé. Contrairement à ce que semble dire la Cour de justice, c'est la réclamation du client, et non le dépôt de l'action en justice, qui fait courir l'intérêt moratoire.

2. Négocier de devises et contrats de consommateur

L'abandon par la Banque nationale suisse du cours-plancher CHF/EUR en 2015 donne lieu à deux affaires assez semblables concernant des clients privés qui avaient pris des positions revendues à perte (**r18**, **r19**). Le premier client avait couvert sa position par un ordre *stop-loss* (ordre de vente à prix limite) au cours de 1.194. Le second était manifestement soumis à des exigences de marge. Dans les minutes qui suivirent l'annonce de la décision de la Banque nationale, le 15 janvier 2015 à 10h30, le marché des changes devint illiquide. La banque interrompt le négoce de la paire euro/franc entre 10h41 et 11h35. A la reprise du négoce, le cours du marché était tom-

⁶ Cf. art. 32 de la loi sur la poste (LPO), RS 783.0.

⁷ RS 783.01.

⁸ «Lorsque les parties ont conclu une clause de transfert de risque, il n'y a pas de troisième étape», ATF 146 III 326 c. 4.2, discuté dans notre chronique, RSDA 2021 198.

bé de 1.20 à 1.04 CHF/EUR. Les positions des deux clients sont réalisées à perte ; il en résulte pour chaque client un découvert que, sur action de la banque, ils sont condamnés à rembourser.

Le raisonnement du Tribunal fédéral dans la première affaire (r18) et celui du Tribunal cantonal vaudois dans la deuxième (r19) reposent principalement sur l'explication des risques du marché des changes donnée au client et les clauses contractuelles qui s'y rapportent. Ces clauses sont longuement reproduites. Le Tribunal cantonal retient que le client accepte que certaines conditions du marché puissent rendre difficile, voire impossible, l'exécution d'ordres à un prix déterminé ou la liquidation de certaines positions. Le Tribunal fédéral cite la clause contractuelle stipulant que « placer un ordre de type « Stop-loss » ne garantit pas nécessairement une limitation du risque car, dans certaines conditions de marché, votre ordre ne pourra pas être exécuté ».

Les deux clients faisaient valoir que ces clauses sont abusives au regard de l'art. 8 LCD. Mais sont-ils des consommateurs au sens de cette disposition ? Le Tribunal cantonal vaudois (r19) doute qu'un contrat régissant le négoce de devises rentre dans le champ d'application de l'art. 8 LCD. Si c'était le cas, il note que le système de liquidation automatique des positions déficitaires protège la banque et le client. Sans lui, les risques de perte seraient considérablement plus élevés. Les clauses contractuelles ne consacrent pas un déséquilibre notable et injustifié relevant de l'art. 8 LCD.

Pour sa part, le Tribunal fédéral (r18) prend note de la controverse relative à la notion de consommateur au sens de cette disposition. Inspirés par l'art. 32 al. 2 CPC, les partisans d'une notion étroite du consommateur voudraient limiter l'application de l'art. 8 LCD aux opérations de consommation courante. Cette limitation ne se retrouve ni dans la LCD (art. 8 et 24) ni dans la loi sur le crédit à la consommation. « Les arguments avancés par les partisans d'une conception large de la notion de consommateur sont circonstanciés ; il faut leur reconnaître une certaine consistance. »⁹ Les juges de Mon Repos n'ont cependant pas besoin de trancher la controverse. Ils relèvent que le fait que le client (et non la banque) supporte le risque d'un marché illiquide ne constitue pas une disproportion notable et injustifiée entre les

obligations des parties. Les clauses en question ne contreviennent donc pas à l'art. 8 LCD, à supposer qu'il soit applicable.

3. Market making et algorithme

Pour la première fois semble-t-il, le Tribunal fédéral s'est penché sur un contrat de *market making* (r13). Pendant presque neuf ans, une société israélienne cotée à une bourse suisse a chargé une banque de « tenir le marché de ses actions » en offrant, en principe en permanence, un cours à l'achat et à la vente. Le contrat relève du mandat, mais la banque agit en son nom, pour son propre compte et à ses propres risques ; elle est rémunérée par un honoraire annuel fixe. La conformité de cette activité avec l'interdiction de manipuler le marché¹⁰ n'était ici pas en cause. Parmi d'innombrables griefs la mandante critiquait la banque pour avoir exécuté son mandat en recourant à un programme informatique mettant en œuvre un algorithme.

De manière convaincante, le Tribunal fédéral a considéré que l'utilisation d'un tel programme est compatible avec l'obligation d'exécuter personnellement le mandat. L'art. 398 al. 3 CO interdit de transférer l'exécution du mandat à un tiers à moins que le mandant n'y soit contraint par les circonstances ou que l'usage ne permette une substitution. « Cela suppose que le tiers jouisse de la personnalité juridique. L'utilisation d'outils auxiliaires, tels qu'un ordinateur équipé d'un logiciel approprié qui automatise la tenue de marché, ne constitue pas une substitution, car ces outils n'ont pas la personnalité juridique. »¹¹ La mandante aurait pu démontrer que l'exécution du mandat ne répondait pas aux exigences contractuelles (notamment *spread* et taille des ordres), mais elle ne l'a pas fait¹².

4. Reddition de compte

Il est intéressant de constater le nombre croissant de litiges dans lesquels un client exige de sa banque des informations étendues (r34 à r39), le plus souvent en exerçant une action en reddition de compte fondée sur l'art. 400 CO. Il y a sans doute de nombreuses raisons à cette tendance. La principale tient probable-

⁹ TF 4A_54/2021 c. 6.4.2 (r18).

¹⁰ Art. 143 et 155 LIMF ; voir aussi les art. 12 ss OIMF.

¹¹ TF 4A_305/2021 c. 7.3.1 (r13).

¹² *Ibidem*, c. 7.4.3.4.

ment à la jurisprudence elle-même : les exigences élevées des tribunaux en matière d'allégation et d'offre de preuves et le rejet fréquent des actions motivé par une preuve insuffisante du dommage ou du lien de causalité amènent naturellement les plaideurs à rassembler leur munition le plus tôt et de la manière la plus complète possibles.

On rappellera aussi que la reddition de compte n'est pas le seul moyen. Les règles du code de procédure civile sur l'obligation de collaborer (r34), l'expertise judiciaire (r35) et la preuve à futur, la loi sur la protection des données (art. 8 LPD), de même que désormais la loi sur les services financiers (art. 18, 19 et 72 LSFIn), ainsi que la participation à une procédure pénale sont autant de manières de recueillir informations et moyens de preuve.

La demande en justice peut être introduite pour elle-même, indépendamment de toute autre prétention, ou comme première étape dans le cadre d'une action au fond plus large, ressemblant en quelque sorte à une action échelonnée (*Stufenklage*, r34). La reddition de compte de l'art. 400 CO a pour but de permettre au mandataire de contrôler l'exécution du mandat ; elle ne se limite pas à l'identification des valeurs qui doivent être remises (r35, r38). En revanche, lorsque les relations d'affaires peuvent être librement résiliées par l'une ou l'autre partie, un gestionnaire de fortune indépendant ne peut exiger de la banque les documents internes permettant d'expliquer cette résiliation (r38).

Les rapports entre un placement collectif (étranger) et une banque dépositaire (suisse) font l'objet d'un intéressant arrêt de la Cour de justice de Genève (r34). Les prestations de la banque comportaient la tenue de comptes et le dépôt d'instruments financiers, l'exécution de transactions (contrat de commission) et des crédits. La Cour considère que ces contrats, bien que distincts, sont interdépendants de sorte qu'ils forment un contrat « composé ou complexe » ce qui exige, pour chaque question juridique, de rechercher une réponse unique en fonction du centre de gravité de l'ensemble de la relation. Vu ici l'importance des éléments relevant du droit du mandat, la reddition de compte est soumise dans son ensemble à l'art. 400 CO. Ainsi, le client peut exiger de se faire remettre la copie de toutes les instructions qu'il a données, des avis d'opération et des relevés de comptes qu'il a déjà reçus. Dans le cadre d'un litige relatif à un appel de marge, il peut aussi demander à être renseigné sur la

manière dont la banque fixe ses exigences de marge et calcule leur montant (r34, r36).

La reddition de compte est cependant limitée par l'intérêt légitime du client et l'interdiction de l'abus de droit. Dans cette affaire (r34), les demandes relatives notamment à l'autorisation d'exercer l'activité de banque, au changement de contrôle, de la banque, aux procès-verbaux des réunions du comité des crédits et du conseil d'administration, au dossier du service compliance, aux rapports d'audit interne et externe, ainsi qu'aux directives internes relatives aux conflits d'intérêts ont été rejetées. Dans une autre affaire, le Tribunal fédéral a jugé « disproportionnée et chicanière » la demande de remise des évaluations quotidiennes des options détenues par le client des calculs de marge quotidiens (r35).

5. Rétrocessions

Dans une relation de compte, de dépôt et d'exécution de transactions (« *execution only* »), sans conseil ni gestion discrétionnaire, le Tribunal de commerce de Zurich a admis que le client (une caisse de pension) a droit à la remise des rétrocessions auxquels il n'a pas valablement renoncé (r33). L'obligation de rendre compte et de remettre les valeurs reçues en rapport avec l'exécution du mandat est une manifestation de la fidélité (*Treuepflicht*) due au mandant. Elle sert notamment de mesure préventive au risque de conflits d'intérêts, mais elle ne se limite pas à cette fonction. Hormis les rémunérations convenues avec le mandant, le mandataire ne doit être ni appauvri ni enrichi par l'exécution du mandat. Un lien suffisant avec le mandat existe lorsque le paiement de tiers « a lieu uniquement parce que le bénéficiaire s'est vu accorder par le client et grâce à son investissement une position qui permet de recevoir le paiement. »¹³

Le Tribunal de commerce confirme ainsi une position qu'il avait adoptée en 2017¹⁴ et qui était déjà et semble rester celle du Tribunal fédéral.¹⁵

¹³ ZH Handelsgericht, HG190234 c. 2.3 (r33).

¹⁴ ZH Handelsgericht, HG150054, RSDA 2019 211 r28.

¹⁵ TF 4C.125/2002 du 27 septembre 2002, r35 semble se prononcer dans le même sens (cf. c. 4 et 5), même si l'affaire ne porte pas sur des rétrocessions.

6. Conditions générales

Cet arrêt zurichois attire aussi l'attention sous l'angle des conditions générales. La banque se prévalait d'une clause introduite dans ses conditions générales en 2014 qui l'autorisait à conserver les rétrocessions. L'argument fut rejeté. En effet, la modification unilatérale d'un contrat en cours d'exécution n'est possible que dans deux hypothèses : (i) lorsque le contrat contient une clause permettant (*ex ante*) à une partie de le modifier unilatéralement ou (ii) lorsque l'autre partie a expressément consenti (*ex post*) à la modification proposée.

Les clauses de modification unilatérale des conditions générales bancaires sont devenues la règle. Elles ne l'ont pas toujours été et cela peut avoir pour effet de rendre inopposable une version récente des conditions générales si la banque n'est pas en mesure de démontrer que leur version originale, acceptée par le client, prévoyait la possibilité d'une modification unilatérale.

Au cas d'espèce (**r33**), la banque n'avait pas allégué l'existence d'une clause de modification unilatérale dans les conditions générales approuvées par son client, et n'avait du reste pas produit celles-ci. En outre, elle n'avait pas démontré que le client avait accepté la modification qui lui avait été adressée en 2014. Les conditions de l'art. 6 CO ne sont pas remplies : le silence du cocontractant ne permet pas de présumer que le silence vaut acceptation des termes unilatéralement modifiés d'un contrat conclu antérieurement et en cours d'exécution. Le tribunal zurichois a donc déclaré la version 2014 des conditions générales inopposable au client.

Un arrêt vaudois (**r44**) illustre un autre aspect relatif aux conditions générales et à leur modification. Une banque française actionne son client au domicile suisse de ce dernier. Le client s'oppose à la compétence des tribunaux vaudois en produisant en procédure les conditions générales de la banque, telles que modifiées après le début de leur relation, qui attribue compétence exclusive aux tribunaux du siège (français) de la banque. La banque invoque que ses conditions générales modifiées n'ont pas été valablement acceptées par le client. Le Tribunal cantonal retient néanmoins l'exception d'incompétence et déboute la banque. Indépendamment des conditions de l'art. 23 de la Convention de Lugano, qu'il considère comme réalisées, il juge que le comportement de la banque constitue un abus de droit : celle-ci «ne peut

pas imposer des modifications de conditions générales à ses clients [...] et ensuite plaider dans le cadre d'un procès qu'elles n'auraient pas été acceptées».¹⁶

7. Indemnisation de la perte d'une chance

Les relations avec des clients domiciliés sur le territoire de l'Union européenne qui réalisent les conditions des art. 15–17 de la Convention de Lugano («compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs») continuent de réserver des surprises aux banques et établissements financiers suisses. Alors que la jurisprudence suisse est fondamentalement restrictive sur la preuve et le calcul du dommage d'investissement, comme cette chronique le montre année après année, on ne peut pas en dire autant de la jurisprudence de nos voisins. La reconnaissance en Suisse d'un jugement de la Cour d'appel de Nancy en propose une illustration saisissante (**r48a**).

Des clients français sont invités par des escrocs à investir dans un fonds («Dynamic Global Fond»). Afin de doubler leur investissement, ces clients sont invités à déposer le montant de leur investissement auprès d'une banque du nord-est de la Suisse, qui leur octroie un crédit lombard du même montant. Lorsque la valeur des parts de fonds s'effondre en 2008, la banque menace de réaliser les titres donnés en nantissement. Les clients agissent au tribunal de leur domicile (Nancy) pour, notamment, faire déclarer la nullité des contrats de crédit et exiger de la banque le remboursement de divers frais et le paiement de dommages-intérêts. En deux arrêts rendus en 2014 et 2016, la Cour d'appel de Nancy (i) confirme la compétence des tribunaux français, (ii) déclare le droit français applicable à l'ensemble des relations bancaires, (iii) déclare la nullité des contrats de crédit au motif qu'ils ont été conclus à la suite d'un démarchage non autorisé. La banque perd donc le droit au remboursement des crédits. Elle est condamnée à indemniser le montant des frais et intérêts prélevés au titre de ces crédits.

Le plus intéressant suit. La Cour d'appel considère que la banque a manqué à une obligation de mise en garde : il lui appartenait, «au titre de son devoir de mise en garde, d'attirer l'attention des em-

¹⁶ VD Tribunal cantonal, PT19.009771-200856 du 15 janvier 2021 c. 3.3 (r44).

prunteurs, qui n'étaient avertis ni en matière de crédit ni en matière de placement, sur les risques particuliers de l'opération, liés non seulement à la souscription du prêt mais, surtout, aux investissements qu'il réalisaient par l'intermédiaire de la société Pacalaine au moyen des sommes prêtées»¹⁷. Ce manquement engage sa responsabilité délictuelle. Le préjudice subi par les clients n'est pas constitué par le montant des sommes qu'ils ont investies, «mais seulement par la perte de chance de ne pas contracter». Après nouveaux débats, la Cour d'appel a fixé à 50% le montant de cette perte. «Au vu des pièces de la procédure et eu égard aux espérances importantes qu'avaient les appelants de doubler ces gains par la souscription de crédits auprès de la [banque], il y a lieu de considérer que le risque de perte était tout aussi grand. La cour fixera en conséquence à 50% la perte de chance de ne pas contracter.»¹⁸

Le calcul du dommage par la perte de la chance de l'avoir évité n'a pas la faveur des tribunaux suisses¹⁹, alors qu'il a le soutien de la plupart des auteurs²⁰. Il est considéré par le Tribunal fédéral comme contraire à l'exigence de causalité naturelle, dont la preuve doit être rapportée avec certitude, ou au moins avec une vraisemblance prépondérante. Indemniser une perte à hauteur de 50% reviendrait à considérer que la causalité était probable à hauteur de 50%, un seuil clairement inférieur aux exigences de la jurisprudence suisse.

A juste titre néanmoins, le Tribunal cantonal de Saint-Gall, puis le Tribunal fédéral, ont admis que la reconnaissance d'un jugement français octroyant une indemnité sur la base de la perte d'une chance n'est pas contraire à l'ordre public international suisse. **(r48a)**. A plus d'un égard, les clients européens des prestataires suisses de services financiers sont mieux protégés que les clients suisses.

I. Services bancaires – *Bankgeschäfte*

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

r01 OFAC-Sanktionen gegen V. Vekselberg. Pflicht zur Ausführung von USD-Transaktionen (verneint). – *Sanctions OFAC contre V. Vekselberg. Obligation d'effectuer des transactions en USD (non)*.

Die A. Holding S.A., an der Viktor Vekselberg wirtschaftlich berechtigt ist, nahm bei der Bank Julius Bär & Co. AG im Jahr 2013 einen festen Vorschuss in Höhe von USD 160 Mio. auf. Das Darlehen war mit Wertschriften im Wert von ca. USD 456 Mio. besichert. 2018 setzte das US-amerikanische Office of Foreign Assets Control (OFAC) Vekselberg als «Specially Designated National» (SDN) auf eine Sanktionsliste. Nach der Publikation der Sanktionsliste und kurz vor Fälligkeit des festen Vorschusses wies die A. Holding S.A. die Bank an, einen Teil der Wertschriften aus ihrem Depot zu verkaufen und den Erlös zur Tilgung des Darlehens zu verwenden. Umstritten ist, ob die Bank diese Instruktion ausführen muss. Das Handelsgericht des Kantons Zürich verneinte dies. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

1. Die A. Holding S.A. bestreitet, dass es sich bei ihr um eine sanktionierte Person handelt bzw. dass sie mit einer solchen gleichzusetzen sei. Sie rügt insbesondere, dass die Vorinstanz fälschlicherweise angenommen habe, Viktor Vekselberg habe an ihr «interest in property». Mit dieser Rüge dringt die A. Holding S.A. nicht durch: «Interest in property» wird definiert als «[...] any interest of any nature whatsoever, direct or indirect [...], real, personal, or mixed, tangible or intangible [...], present, future, or contingent». Dass die Vorinstanz die wirtschaftliche Berechtigung nach schweizerischem Verständnis unter diesen Begriff subsumierte, ist nicht zu beanstanden. – 2. Mit ihrer Rüge, die Vorinstanz wende unzulässigerweise ausländisches öffentliches Recht an, verkennt die A. Holding S.A., dass die Vorinstanz ihren Schluss, die Bank dürfe die angebehrten Transaktionen verweigern, soweit ihr ernsthafte Sanktionen drohten, auf inländisches öffentliches Recht (das Bankenaufsichtsrecht) und auf inländisches Privatrecht (Verweigerung der Ausführung von Instruktionen aufgrund Unzumutbarkeit) stützt. – 3. Strittig ist weiter, ob die Vorinstanz eine korrekte Abgrenzung zwischen Primär- und Sekundärsanktionen vorge-

¹⁷ Cour d'appel de Nancy, 1^e chambre civile, arrêt 11/03048 du 18 mars 2014 c. 5.

¹⁸ Cour d'appel de Nancy, 1^e chambre civile, arrêt 16/00468 du 23 février 2016.

¹⁹ Cf. not. ATF 133 III 62 c. 3 et 4; TF 4A_18/2015 du 22 septembre 2015 c. 4.

²⁰ CR CO I-Werro (2021), Art. 41 N 17 et références.

nommen hat. Eine Rückweisung zur besseren Begründung kann gemäss Bundesgericht unterbleiben, sofern die Vorinstanz «ohne in Willkür zu verfallen, davon ausgehen durfte, die in USD denominierten Vermögenswerte der Beschwerdeführerin seien durch die OFAC-Sanktionen blockiert (Primärsanktionen) und die von der Beschwerdeführerin verlangten Transaktionen stellten «significant transactions» dar (Sekundärsanktionen)». – 4. Zunächst ist zu prüfen, ob die von der A. Holding S.A. verlangten Transaktionen entgegen der Vorinstanz nicht in den Anwendungsbereich der Primärsanktionen fallen, d.h. durch die OFAC-Sanktionen blockiert sind. – 5. Die A. Holding S.A. macht geltend, die Liquidierung der in USD denominierten Wertpapiere sei auch ohne Involvierung eines US-Elements möglich, und zwar bei einem Selbsteintritt durch die Bank. Die Vorinstanz hat diesen Einwand zu Recht nicht geprüft, denn die A. Holding S.A. verlangt mit ihrem Rechtsbegehren 1 ausdrücklich den Verkauf der in USD denominierten Wertpapiere und nicht den Selbsteintritt. Offenbleiben kann, ob die Bank überhaupt zu einem Selbsteintritt verpflichtet werden könnte. – 6. Die A. Holding S.A. bringt vor, dass die Bank vorliegend keine Sanktionen zu befürchten habe, da die Custodians bei der mediatisierten Wertschriftenverwahrung grundsätzlich keine Kenntnis hätten, wer letztlich an den bei ihnen verbuchten Wertschriften berechtigt sei. Damit macht sie sinngemäss geltend, die streitgegenständlichen Transaktionen würden deshalb nicht von den Primärsanktionen erfasst, weil das sanktionierte Verhalten nicht entdeckt würde. Darauf kann es aber nicht ankommen. – 7. Sodann ist betreffend die Sekundärsanktionen zu prüfen, ob die streitgegenständlichen Transaktionen «significant transactions» darstellen. Die A. Holding S.A. legt nicht hinreichend dar, weshalb die Vorinstanz in Willkür verfallen sein sollte, wenn sie auf den Zweck und insbesondere auf die Höhe der Transaktionen abstellte. Weiter kann offenbleiben, ob die Vorinstanz die Rechtsbegehren zu Unrecht als Einheit betrachtet hat. Denn die A. Holding S.A. zeigt nicht hinreichend auf, dass die Vorinstanz bei getrennter Betrachtung der Rechtsbegehren zwingend zum Schluss hätte gelangen müssen, dass diese keine «significant transaction» darstellten. – 8. Die A. Holding S.A. beanstandet zu Recht, dass die Vorinstanz ihre Feststellung nicht begründete, wonach die Bank bei einem Verstoss gegen die Sanktionen mit hohen Strafzahlungen oder sogar einem Ausschluss aus dem US-Finanzmarktsystem zu rechnen

hätte, was für sie existenzgefährdend wäre. Eine Rückweisung zu erneuter Begründung kann jedoch unterbleiben. Denn diese Ausführungen erfolgten im Hinblick auf die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass eine Ausführung der Instruktionen aufgrund des Gewichts dieser Bedrohungen für die Bank auftragsrechtlich unzumutbar und auch aufsichtsrechtlich unzulässig wäre. Darauf kommt es aber nicht an, da der Bank, wie sogleich gezeigt wird, ein vertragliches Verweigerungsrecht zukommt. – 9. Die AGB der Bank enthalten folgende Passage: «The Bank may refuse orders which do not correspond with the regulations or standard practices in place at exchanges or other trading centers.» Diese Klausel erstreckt sich nach dem Vertrauensprinzip nicht nur auf die jeweils geltende Selbstregulierung, sondern auch auf staatliche Vorschriften. Sie räumt der Bank ein weitgehendes Verweigerungsrecht ein.

BGer 4A_659/2020 vom 6. August 2021 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. Holding S.A. gegen Bank Julius Bär & Co. AG). Vorinstanz: ZH Handelsgericht, HG180215-O vom 16. November 2020 (A. Holding S.A. gegen B. AG), SZW 2021 S. 202 f., 230 f. r46. Vorsorglicher Massnahmenentscheid: ZH Handelsgericht, HE180247-O vom 13. September 2018 (A2 S.A. gegen B. AG), SZW 2019 S. 217 r42. Besprechungen: Pittet, <cdfb.ch/1213/>; SZZP/RSPC 6/2021 S. 558. Traduction française: iusNet DB 30.08.2021.

r01a Vekselberg vs. PostFinance. (Keine) Ausnahme vom Grundversorgungsauftrag. – Vekselberg vs PostFinance. Exception au service universel (non).

Viktor Vekselberg klagt gegen die PostFinance auf Weiterführung seiner Geschäftsbeziehung. Das Handelsgericht des Kantons Bern hat seine Klage abgewiesen. Vor Bundesgericht erhält Vekselberg Recht.

1. Strittig ist einzig, ob die PostFinance berechtigt ist, die Weiterführung der Geschäftsbeziehung mit Vekselberg wegen unverhältnismässigen Aufwands zu verweigern. – 2. Die Vorinstanz geht zutreffend davon aus, dass die PostFinance in ihren AGB keine zusätzliche Ausnahme von der Kontrahierungspflicht statuieren kann. – 3. Der Wortlaut des im Entscheidungszeitpunkt geltenden Art. 45 Abs. 1 lit. a aVPG sieht keinen Ausnahmetatbestand des unverhältnismässigen Aufwands vor. Die Systematik, der Zweck und die Entstehungsgeschichte der Bestimmung ergeben keine Anhaltspunkte für eine Abweichung vom klaren Wortlaut. Eine aufwandbasierte Einschränkung des Grundversorgungsauftrages fügt sich nicht widerspruchsfrei in die Wertentscheidung

des bestehenden Gesetzesrechts ein, sondern enthält eine weitreichende Relativierung desselben. – 4. Die Vorinstanz stützt ihre Argumentation massgeblich auf den Erläuterungsbericht 2020, demgemäss die Gerichtspraxis aufzeige, dass das geltende Recht die Ausnahmen vom Grundversorgungsauftrag der PostFinance zu wenig präzise regle. Der blosser Umstand, dass die Gerichtspraxis einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf aufzeigt, vermag allerdings keine Vorwirkung der am 1. Januar 2021 in Kraft getretenen Bestimmung zu rechtfertigen. – 5. Die PostFinance kann sich somit nicht darauf berufen, dass bereits mit der Postverordnung in der bis zum 31. Dezember 2020 geltenden Fassung unverhältnismässiger Aufwand eine Ausnahme von der Grundversorgungspflicht zu begründen vermochte. Die Beendigung der Geschäftsbeziehung mit Vekselberg war nicht zulässig. – 6. Offenbleiben kann vorliegend, ob sich der revidierte Art. 45 Abs. 1 lit. a VPG auf eine genügende gesetzliche Grundlage stützen kann bzw. unter welchen Voraussetzungen dies zu bejahen wäre. – 7. Die PostFinance wird verpflichtet, die Geschäftsbeziehung mit Vekselberg aufrechtzuerhalten und sein Postkonto weiterzuführen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sie der Kontrahierungspflicht insoweit zeitlich unbeschränkt unterstünde, als eine erneute Beendigung der Kontobeziehung gestützt auf eine geänderte Rechtslage *per se* ausgeschlossen wäre.

BGer 4A_84/2021 vom 2. Februar 2022 (I. zivilrechtliche Abteilung, Viktor Vekselberg gegen PostFinance AG). Vorinstanz: BE Handelsgericht, HG 19 16 vom 17. November 2020 (Vekselberg Viktor gegen PostFinance AG), SZW 2021 S. 200 f. r10, 210 f. Besprechungen: Y. Caballero Cuevas, <cdbf.ch/1225>; Z.B. DerBund Online vom 17. Februar 2022 («Vekselberg gewinnt Prozess gegen Postfinance»).

r02 Metallkonto. Verweigerung der Herausgabe von Gold bei fehlendem Nachweis der Steuerkonformität. Spezifizierung der Herausgabe. Rechtsschutz in klaren Fällen (verneint). – *Compte métal. Refus de remettre de l'or à un client qui ne démontre pas suffisamment sa conformité fiscale. Spécification de la restitution. Cas clair (non).*

A. unterhielt bei der Bank B. ein Edelmetallkonto mit 299 Unzen Gold. Per Ende März 2014 kündigte die Bank das Konto unter Hinweis auf den mangelnden Nachweis der Steuerkonformität und verweigerte gestützt auf denselben Grund auch die Herausgabe des Goldes. Nach Rückweisung durch das Bundesgericht schützte das Obergericht Aargau den Herausgabeanspruch von A. Das besagte Urteil ist rechtskräftig.

Streitig ist zwischen den Parteien nunmehr, in welcher Form die Bank ihrer Herausgabepflicht nachzukommen hat, bzw. welche Kosten die Bank erheben kann, wenn A. die Herausgabe in genau spezifizierten Goldmünzen à 1 Unze verlangt. Gemäss A: gesamthaft rund CHF 4000. Gemäss Bank: rund EUR 30 000 bzw. EUR 22 000. A. stellt ein Gesuch auf Rechtsschutz in klaren Fällen, dringt jedoch nicht durch.

1. Das Gericht gewährt gemäss Art. 257 ZPO Rechtsschutz in klaren Fällen, wenn der Sachverhalt unbestritten und sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist. Nach der Rechtsprechung ist eine Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip im Verfahren nach Art. 257 ZPO nicht *per se* ausgeschlossen, jedoch müssen sich für die Bejahung klaren Rechts der Abschluss und der Inhalt einer vertraglichen Vereinbarung in Anwendung des Vertrauensprinzips eindeutig und klar ergeben. – 2. Die Vorinstanz führte aus, dass es sich beim rechtskräftig festgestellten Anspruch auf Herausgabe von Gold um eine Gattungsschuld handle, weshalb nach Art. 71 Abs. 1 OR der Bank als Schuldnerin das Recht zur Auswahl zustehe, sofern sich aus dem Rechtsverhältnis nichts anderes ergebe. Strittig sei, was die Parteien in diesem Zusammenhang vereinbart hätten. Die Frage könne allerdings nicht in einem Verfahren nach Art. 257 ZPO geklärt werden, da weder ein tatsächlicher Konsens unbestritten oder sofort beweisbar sei noch sich aus dem Vertrauensprinzip klar ein normativer Konsens ergebe. – 3. Was A. dagegen vorbringt, vermag nicht zu überzeugen. Insgesamt kann mit der Vorinstanz nicht davon ausgegangen werden, dass sich ein Konsens aus der Korrespondenz klar ergäbe. Im Gegenteil erscheint die Konsens- und Auslegungsproblematik verworren. Zu Recht hat das Obergericht das Vorliegen eines klaren Falls verneint und den Nichteintretensentscheid des Bezirksgerichts geschützt. – 4. Ohnehin stellt sich die Frage, wie sich der von A. im vorliegenden Verfahren eingeklagte Anspruch auf Herausgabe von 299 Unzen Gold in konkreter Stückelung zu der bereits entschiedenen Sache betreffend Herausgabe von 299 Unzen Gold verhält. Auf jeden Fall hätte auch die Identität des Streitgegenstands zur Folge, dass auf das Gesuch von A. nicht einzutreten wäre (vgl. Art. 59 Abs. 1 ZPO).

BGer 4A_223/2021 vom 26. August 2021 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen Bank B. AG und Bank B. b AG). Vorinstanz: AG Obergericht, ZSU.2020.269 vom 1. März 2021. Siehe bereits BGer 4A_263/2019 vom 2. Dezember 2019 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen Bank B. AG und Bank B. Switzerland AG), SZW 2020 S. 180, 200 r41. Besprechungen:

Ollivier, <cdfb.ch/1201/>; z.B. <aargauerzeitung.ch> vom 11. Oktober 2021 (Mann streitet mit Aargauer Bank über die Herausgabe von 299 Unzen Gold – er will kanadische, australische und österreichische Münzen).

r03 Conformité fiscale du client. Résiliation de la relation bancaire. Vente des titres du client. Règles de la bonne foi, réclamation tardive, causalité. – Steuerkonformität des Kunden. Kündigung der Bankbeziehung. Verkauf der Effekten des Klienten. Guter Glaube, verspätete Reklamation, Kausalität. Résiliation des rapports contractuels par la banque en raison de doutes sur la conformité fiscale d'un client mexicain résidant au Mexique. Le 22 avril 2016, la banque informe le client que, sans nouvelle de sa part dans les deux mois, elle va liquider ses titres. Le client reçoit le courrier le 17 juin 2016 au Mexique, mais ne contacte pas directement la banque. Il s'y rend à la mi-juillet 2016 et apprend que ses titres ont été vendus. Le client exige le remboursement de la différence entre la valeur des titres à la vente et celle auquel il les a rachetés (USD 57 858). Demande admise par le Tribunal de première instance genevois, rejetée par la Cour de justice et par le TF.

1. L'obligation de contester en temps utile une opération bancaire peut avoir pour seul fondement les règles de la bonne foi. En effet, celui qui reçoit – ou est réputé recevoir (en cas de remise en banque restante) – un avis relatif à l'exécution d'une opération est soumis aux règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) et concrétisée à l'art. 6 CO. Ces mêmes règles commandent non seulement au titulaire de compte de se manifester sans retard si une action de la banque n'est pas conforme à sa volonté, mais également et *a fortiori* s'il est informé à l'avance par la banque d'une opération pouvant potentiellement être préjudiciable à ses intérêts. – 2. En l'espèce, le fait que le client soit venu à la mi-juillet 2016 à la banque ne remplit pas la condition de la réaction en temps utile selon le principe de la bonne foi. Sa faute rompt ainsi le lien de causalité avec la prétendue violation de la banque (vente des titres). – 3. Le TF ne se prononce pas sur la conformité du comportement de la banque avec la clause pertinente des conditions générales.

TF 4A_354/2020 du 5 juillet 2021 (I^{re} Cour de droit civil). **Recours contre GE Cour de justice, ACJC/624/2020 du 11 mai 2020. Recension:** Hirsch, <cdfb.ch/1196/>, *ius.focus* 2021 Nr. 223, *iusNet DB* 16.08.2021.

r04 Unautorisierte Transaktionen. Genehmigungsfiktion. Haftung für Hilfspersonen (nein). – Transactions non-autorisées. Fiction de ratification. Responsabilité pour les auxiliaires (non).

Der Kunde klagt gegen die Bank auf Zahlung von rund EUR 2,8 Mio. mit der Begründung, sein Kundenberater habe Gelder in dieser Höhe veruntreut. Nach einer Rückweisung durch das Bundesgericht hatte das Handelsgericht des Kantons Zürich seine Klage erneut abgewiesen. Das Bundesgericht weist seine Beschwerde ab.

1. Der Kunde vermag die in der Banklagernd-Vereinbarung enthaltene Genehmigungsfiktion nicht erfolgreich umzustossen. – 2. Die Berufung auf die Haftung der Bank gestützt auf Art. 101 Abs. 1 OR ist ebenfalls nicht erfolgreich. Art. 101 OR bestimmt, ob die Bank wegen Nichterfüllung ihrer vertraglichen Pflichten einstehen muss, auch wenn diese durch deliktisches Verhalten der Hilfsperson verursacht wurde. Vorliegend ist aber einzig zu prüfen, ob die Bank selbst rechtsmissbräuchlich agiert, wenn sie sich für den Fall, dass ihr Angestellter deliktisch handelt, auf die Genehmigungsfiktion beruft. Darin liegt aber keine anerkannte Kategorie des Rechtsmissbrauchs.

BGer 4A_70/2021 vom 15. Juli 2021 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen B. AG). **Vorinstanz:** ZH Handelsgericht, HG200107-O vom 8. Dezember 2020 (A. gegen B. AG), SZW 2021 S. 213 f. r14. **Rückweisungsentscheid:** BGer 4A_386/2019 vom 26. Mai 2020 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen Bank B. AG), SZW 2021 S. 213 f. r14. **Aufgehobener Entscheid:** ZH Handelsgericht, HG160177-O vom 13. Juni 2019 (A. gegen B. AG), SZW 2020 S. 191 r22. **Besprechung:** SZZP/RSPC 6/2021 S. 581.

r05 Legitimationsmängel. Telefonische Instruktionen und Bargeldbezüge Unbefugter. Grobfahrlässigkeit der Bank (bejaht). – Défaute de légitimation. Instructions téléphoniques et retraits de billets par des personnes non autorisées. Faute grave de la banque (oui).

Bei den Kunden der Bank handelt es sich um ein schweizerisches Ehepaar mit Wohnsitz auf den Philippinen. Auf die Telefonanfrage einer unbekannt Person hin schickte die Bank eine Debitkarte und die dazugehörige PIN via Kurierdienst an die Adresse des Ehepaars auf den Philippinen, wo die Entgegennahme der beiden Sendungen durch eine unbekannt Person unterschrieben bestätigt wurde. Weiter brachte die unbekannt Person die Bank dazu, die Kontolimiten zu erhöhen. In der Folge erfolgten im Zeitraum von zwei Monaten drei Serien von Bargeldbezügen

(28, 32, 16 Bezüge) von insgesamt rund CHF 50 000 an philippinischen Geldautomaten. Das Ehepaar klagt gegen die Bank auf Zahlung von rund CHF 83 000 zuzüglich Zins. Das Handelsgericht des Kantons Bern heisst die Klage im Umfang von rund CHF 78 000 zuzüglich Zins gut.

1. Die Bank anerkennt den Rückerstattungsanspruch der Kunden hinsichtlich des Guthabensaldos per 30. September 2017 in Höhe von rund CHF 32 000. Streitig ist lediglich der Erfüllungsanspruch der Kunden im Umfang der verbleibenden rund CHF 50 000. – 2. Überweist die Bank einem Dritten auf Anweisung des Kunden (d.h. mit einem entsprechenden Auftrag) Geld vom Kundenkonto, erwirbt sie einen Anspruch auf Rückerstattung. Überweist die Bank jedoch ohne entsprechenden Auftrag Geld vom Kundenkonto auf einen Dritten, erwirbt sie keine Forderung auf Rückerstattung. Vorbehalten bleibt die Vereinbarung einer Risikotransferklausel, die ihrerseits den Schranken von Art. 100 Abs. 1 und 2 OR unterliegt. – 3. Trägt die Bank den Schaden gestützt auf die Risikoklausel (*in casu*: Schadenstragung bei Verletzung der geschäftsüblichen Sorgfalt), ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob ihr ein Schadenersatzanspruch gegen den Kunden zusteht, weil der Kunde durch Verletzung seiner eigenen Pflichten schuldhaft zur Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens beigetragen hat. – 4. Bejaht man den Schadenersatzanspruch der Bank, ist im Falle ihres Selbst- oder Mitverschuldens der Ersatzanspruch nach gerichtlichem Ermessen zu reduzieren. – 5. Die Bank hat ihre Prüfpflichten bei der Legitimationsprüfung grobfahrlässig verletzt: unter anderem wurden unzureichende Sicherheitsfragen gestellt, die unvermittelte und mit hoher Frequenz erfolgende Abhebung grosser Beträge nach vierjährigem Unterbleiben von Bargeldbezügen wurde seitens der Bank nicht hinterfragt, ebenso wenig die telefonische Anweisung der Anhebung der Kontolimit und die fehlende Übereinstimmung der Unterschrift auf der Empfangsbestätigung für die Debitkarte/PIN mit der bei der Bank hinterlegten Unterschrift. Eine Risikoüberwälzung auf die Kunden ist somit ausgeschlossen. – 6. Die Kunden haben *in casu* zwar nicht ihre Pflicht zur Beanstandung der Kontoauszüge, wohl aber ihre Pflicht zur Schadensminderung verletzt, indem sie sechs Wochen nach der Benachrichtigung der Kontolimitenerhöhung nicht reagiert und auch keine Kontoauszugsüberprüfung vorgenommen haben. Für die dritte Serie der Bargeldbezüge in Höhe von rund CHF 10 000

werden sie daher ersatzpflichtig. – 7. Nachdem der Bank allerdings ihrerseits ein grobfahrlässiges Verhalten vorzuhalten ist, ist ihr Ersatzanspruch um die Hälfte zu reduzieren. – 8. An diesem Ergebnis vermag die Rechtsfigur der Genehmigungsfiktion nichts zu ändern, denn die AGB sehen keine solche Fiktion vor, und der entsprechende Hinweis auf den Kontoauszügen ist keine Vereinbarung. Zudem wäre eine Genehmigungsfiktion im vorliegenden Fall mit Blick auf das grobfahrlässige Verhalten der Bank unbeachtlich.

BE Handelsgericht, HG 20 126 vom 20. Juli 2021 (A. und C. gegen D. AG), rechtskräftig. Besprechung: z.B. Berner Oberländer/Thuner Tagblatt vom 31. Dezember 2021, S. 17 (Die Postfinance machte es dem Betrüger einfach).

r06 Ordres frauduleux. Pas de ratification des opérations litigieuses. Abus de droit. Intérêt compensatoire (non). – Betrügerische Weisungen. Keine Genehmigung der strittigen Geschäfte. Rechtsmissbrauch. (Kein) Schadenszins.

Le client est lié par une relation d'*execution only* avec sa banque. Son chargé de relation effectue des opérations à son insu.

1. Le client n'a pas pu ratifier les instructions litigieuses car elles ont été supprimées des relevés falsifiés qu'il a reçus. Les ordres ont donc été donnés « sans mandat ». – 2. Les documents d'ouverture de compte que le client a signés font peser sur sa tête le risque lié aux ordres téléphoniques. En l'absence d'ordres donnés par téléphone ou fax, cette clause n'est pas pertinente en l'espèce. Elle serait en toute hypothèse inopérante en raison de la faute grave qu'a commise l'auxiliaire de la banque. – 3. La banque n'a pas de prétention en dommages-intérêts à opposer en compensation à la créance en restitution du client. En reprochant à son client d'avoir omis de consulter son courrier en banque restante et de n'avoir pas contesté les opérations à temps, la banque commet un abus de droit. En l'espèce, le chargé de relation a probablement dissuadé le client de contrôler la documentation, par ailleurs volumineuse. Le rapport d'audit montre au demeurant que l'employé s'est joué de la confiance de plusieurs clients de l'établissement financier. – 4. Aucun intérêt compensatoire n'est dû dès lors que le client est titulaire d'une prétention en exécution du contrat et non d'une prétention en dommages et intérêts dont l'intérêt compensatoire est une composante.

GE Cour de justice, ACJC/548/2021 du 4 mai 2021. Recension: iusNet DB 20.09.2021.

r07 Ordres frauduleux. Communication par courriel. Risque accru. Faute grave de la banque (admise). – *Betrügerische Weisungen. Kommunikation per E-Mail. Erhöhtes Risiko. Schweres Verschulden der Bank (bejaht).*

Deux clients communiquent essentiellement par courriels avec leur chargé de relation. Plusieurs mois après l'ouverture du compte, la banque reçoit, en pièces jointes d'un courriel semblant provenir des clients, deux ordres de transfert à destination d'une banque chinoise. Ces ordres sont bloqués par la compliance. Après quelques échanges de courriels, la banque reçoit les prétendues factures relatives aux ordres. La banque exécute les ordres. Quelques jours plus tard, la fraude est découverte. Les clients actionnent la banque afin d'obtenir le remboursement du montant détourné (USD 222 400). Demande admise.

1. En matière d'ordres frauduleux, il convient de déterminer si la banque a exécuté les instructions conformément au contrat et si, dans l'affirmative, elle pouvait valablement reporter le préjudice subi sur ses clients. – 2. En l'espèce, la banque a accepté la communication par courriels. Or les *hackers*, en ayant accès aux échanges électroniques, ont pu s'inspirer de ces communications afin de mieux se dissimuler. La banque a ainsi été négligente en n'attirant jamais l'attention des clients sur ce risque. Cette « situation de danger accru » imposait à la banque de prendre des mesures adéquates et d'agir avec une certaine prudence. – 3. La banque était consciente que les ordres demandaient une vérification plus approfondie puisqu'ils ont d'abord été bloqués. Ces vérifications sont néanmoins restées incomplètes. Les factures transmises par les *hackers* ne concernaient en rien l'activité des clients (achat de pompes d'injection, de tuyaux et de connecteurs) et étaient manifestement suspectes. Il est notoire que la Chine, comme pays de destination de paiements, présente un risque élevé de fraude. La mention d'un caractère « urgent » pour l'exécution des ordres devait également faire naître des doutes. Enfin, la banque aurait simplement pu procéder à un call-back, ce d'autant plus que la banque avait déjà eu, par le passé, des contacts téléphoniques avec ses clients. – 4. Au regard de l'ensemble de ces circonstances, du principe d'équité (art. 4 CC) et du pouvoir d'appréciation du juge, il est justifié de retenir une faute grave de la banque, ce qui

lui interdit de reporter sur les clients le dommage qu'elle a subi en exécutant des ordres frauduleux.

TI Tribunale d'appello, 12.2019.148 du 18 septembre 2020. Reconsion: C. Hirsch, <cdfb.ch/1188>; iusNet DB 17.05.2021.

r08 Ordre frauduleux. Faute grave de la banque (oui). – *Betrügerische Weisung. Schweres Verschulden der Bank (bejaht).*

Après en avoir discuté au téléphone avec un héritier, une banque reçoit par courriel une instruction de paiement en faveur de la notaire chargée de la succession du client décédé. La banque reçoit ensuite une instruction semblable par courrier postal, différente de la première quant à l'indication du compte bancaire (numéro IBAN et BIC) du bénéficiaire du paiement. La banque exécute l'instruction reçue par la poste. Or il s'agit en réalité d'un ordre frauduleux. Le premier juge retient une faute légère de la banque et déboute les demandeurs. La Cour de justice retient une faute grave de la banque et met le préjudice à sa charge.

1. Les conditions générales de la banque excluent la réparation de tout dommage provenant d'ordres frauduleux sauf faute grave. La Cour de justice examine ainsi si la banque a commis une faute grave. – 2. Premièrement, la banque n'a pas vérifié la légitimation de l'ordre conformément à ses propres directives internes. En effet, l'ordre a été vérifié par une assistante, et non par le gérant du compte. – 3. Deuxièmement, la banque devait se montrer particulièrement attentive avant d'exécuter un ordre reçu par pli postal. – 4. Troisièmement, la différence entre l'ordre reçu par courriel (authentique) et par voie postale (frauduleux) était décelable au premier coup d'œil. Une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances aurait tout de suite relevé que les références du compte bancaire du bénéficiaire du virement n'étaient manifestement pas les mêmes. – 5. Partant, la banque a commis une faute grave. Elle est ainsi débitrice du montant de l'ordre frauduleux.

GE Cour de justice, ACJC/824/2020 du 22 juin 2021.

2. Crédits – Kredite

r09 Hypothekarkredit. Negativer LIBOR-Zinssatz. – *Crédit hypothécaire. Taux d'intérêt LIBOR négatif.*

Der Kunde schloss bei der Bank im Jahr 2012 eine Hypothek ab, deren Zinssatz sich aus dem 1-Monats-LIBOR zuzüglich einer Marge der Bank von 0,4% zu-

sammensetzte. Als der LIBOR negativ wurde, ging die Bank von einem Basiswert von Null aus (sog. Nullzinsfloor) und zog dem Kunden jeweils ihre Marge von 0,4% ab. Der Kunde klagt gegen die Bank auf Rückzahlung vertragswidrig abgebuchter Hypothekarzinsen, die er auf 0% berechnete. Das Bezirksgericht weist die Klage ab. Das Obergericht des Kantons Zürich hebt das Urteil auf und weist die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück.

1. Dem (Kredit-)Rahmenvertrag kann entnommen werden, dass die Parteien als Zinssatz den 1-Monats-LIBOR zuzüglich einer Marge von 0,4% vereinbart haben. Der Vertrag sieht die Möglichkeit formloser (Produkt-)Vereinbarungen vor, die von der Bank ohne Unterschrift bestätigt werden. Die verschiedenen Bestätigungsschreiben der Bank (zu den jeweiligen Zinsabbuchungen) enthalten einen Hinweis auf den Nullzinsfloor im Fall eines negativen LIBOR-Satzes. Strittig ist, ob sich die Bank und der Kunde über den Nullzinsfloor geeinigt haben. – 2. Die Bank macht erfolglos geltend, den Bestätigungen komme als kaufmännische Bestätigungsschreiben rechtserzeugende Wirkung zu. Der (Kredit-)Rahmenvertrag unterscheidet zwischen der formlosen Produktvereinbarung und der schriftlichen Bestätigung. Die Bank behauptet eine formlose Vereinbarung über den Nullzinsfloor, die vom Kunden bestritten wird. Das kaufmännische Bestätigungsschreiben ist in Fällen anwendbar, in denen dieses vom ursprünglich Vereinbarten abweicht. Hier ist das ursprünglich Vereinbarte umstritten, es fehlt daher der Bezugspunkt für die Abweichung. In einem solchen Fall erzeugt das Bestätigungsschreiben lediglich die tatsächliche, durch Gegenbeweis umstossbare Vermutung für den Abschluss bzw. die Abänderung des Vertrages. – 3. Die Bank macht erfolglos geltend, in den widerspruchlosen Zinszahlungen des Kunden liege ein Realakzept. Erfüllungshandlungen sind sogenannte Folgetatsachen. Sie erlauben Rückschlüsse auf den tatsächlichen Vertragswillen im Sinne des Nullzinsfloors, ohne dessen Widerlegung auszuschliessen. – 4. Insgesamt ist demnach über die Frage, ob die Bank mit dem Kunden einen Nullfloor-Satz vereinbart hat, ein Beweisverfahren durchzuführen, weshalb die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

ZH Obergericht, LB200029-O vom 19. Januar 2021 (II. Zivilkammer, A. gegen B. (Schweiz) AG, rechtskräftig. **Besprechungen:** Ceregato/Meyer, *ius.focus* 2021 Nr. 150; Stöcklin/Zellweger-Gutknecht, *AJP* 2021 S. 947 ff.; <ktipp.ch> vom 4. Mai 2021 (Eigenheimbesitzer können Hypozins zurückfordern).

r10 Hypothekarkredit. Kündigung. – *Crédit hypothécaire. Résiliation.*

Zwischen dem Kunden und der Bank bestanden ein Rahmenkreditvertrag und eine variable Hypothek über einen Betrag von rund CHF 4,7 Mio., besichert mit einem Schuldbrief in Höhe von CHF 4,8 Mio. Die Bank kündigte den Rahmenkreditvertrag und die Hypothek unter Einhaltung einer einmonatigen Frist, betrieb den Kunden und erhielt die provisorische Rechtsöffnung. Der Kunde erhebt Aberkennungsklage gegen die Bank und macht im Wesentlichen geltend, die Kündigungen des Rahmenkreditvertrags und der variablen Hypothek hätten nicht ausgesprochen werden dürfen. Das Kantonsgericht Graubünden bejaht die Gültigkeit der Kündigung.

1. Strittig ist insbesondere, wie sich die verschiedenen Kündigungsbestimmungen zueinander verhalten. Gemäss Rahmenkreditvertrag führen die Aufnahme von Darlehen oder Hypotheken ohne Einverständnis der Bank sowie Zins- und Amortisationsrückstände zur sofortigen Kündigung der Hypotheken durch die Bank. Der Kunde macht geltend, dass diese Bestimmung sämtliche übrigen Kündigungsbestimmungen verdränge, d.h. insbesondere die jederzeitigen Kündigungsrechte der Bank gemäss den Allgemeinen Bestimmungen für Hypotheken, den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der Produktvereinbarung Variable Hypothek. – 2. Vorliegend gelten sämtliche Kündigungsbestimmungen kumulativ. Dies ergibt sich gemäss zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz daraus, dass die im Rahmenkreditvertrag vereinbarte Abrede über die Kündigung in der Rubrik «Zusätzliche Vereinbarung» aufgeführt ist und dass der Rahmenvertrag vorbehaltlos auf die Allgemeinen Bestimmungen für Hypotheken und auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen verweist. – 3. Die Allgemeinen Bestimmungen für Hypotheken enthalten für den Fall eines Zins- oder Amortisationsrückstandes ein Recht der Bank zur Kündigung innert einer 30-tägigen Kündigungsfrist. Demgegenüber statuiert der Rahmenkreditvertrag für diesen Fall ein Kündigungsrecht per sofort. Diese Änderung der Kündigungsmodalitäten ist als punktuelle Verschärfung zu verstehen. Ein darüber hinausgehender Zweck in dem Sinne, dass durch die im Rahmenvertrag enthaltenen Regelungen auch das jederzeitige Kündigungsrecht gemäss den Allgemeinen Bestimmungen für Hypotheken hätte derogiert werden sollen, lässt sich demgegenüber nicht annehmen.

GR Kantonsgericht, ZK2 2019 79 vom 29. September 2021 (II. Zivilkammer, A. gegen B. AG), rechtskräftig.

r11 Hypothekarkredit. Konkludenter Verzicht auf Sicherheiten (verneint). – Crédit hypothécaire. Renonciation concluante à d'autres sûretés (non).

Der Kunde hatte bei der Bank einen Hypothekarkredit in Höhe von CHF 9 Mio. aufgenommen, der mit einem Inhaberschuldbrief gleicher Höhe gesichert war. Der Hypothekarkreditvertrag verpflichtete den Kunden insbesondere dazu, Vermögenswerte von CHF 5 Mio. bei der Bank einzubringen und mindestens während der Dauer des Kreditverhältnisses zu halten. Da er diese Verpflichtung nicht erfüllte, kündigte die Bank den Hypothekarvertrag ausserordentlich. Das Regionalgericht erteilte der Bank die provisorische Rechtsöffnung. Das Kantonsgericht Graubünden weist die dagegen erhobene Beschwerde des Kunden ab.

1. Der Kunde bringt vor, dass die Bank konkludent auf seine Pflicht zur Einbringung von Bankeinlagen im Umfang von CHF 5 Mio. verzichtet habe. Diese Pflicht stellt eine Bedingung und keine Forderung dar, weshalb Art. 115 OR betreffend die Aufhebung von Forderungen durch Übereinkunft nicht direkt anwendbar ist. Da die entsprechende Bedingung aber im alleinigen Interesse der Bank ist, weil die einzubringenden Bankeinlagen der Sicherung der Hypothek dienen, rechtfertigt sich aufgrund der ähnlichen Interessenlage die analoge Anwendung der zu Art. 115 OR entwickelten Grundsätze. Das bedeutet, dass ein Verzicht zwar auch konkludent erklärt werden kann, ein solcher jedoch nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen ist. Im blossen Untätigbleiben kann kein Verzichtswille erblickt werden. – 2. Vorliegend begründet der Kunde den konkludenten Verzicht einerseits mit dem Umstand, dass die Bank während mehr als sechs Jahren eine Unterdeckung der Bankeinlagen widerspruchslos hingenommen habe. Damit macht er ein blosses Untätigbleiben geltend, das für sich allein nicht auf einen Verzichtswillen schliessen lässt. – 3. Auch aus dem Umstand, dass die Bank dem Kunden eine zusätzliche Hypothek gewährte, kann nach Treu und Glauben nicht auf einen Verzichtswillen auf die vereinbarte Sicherheitsleistung für die frühere, vorliegend zur Diskussion stehende Hypothek geschlossen werden. – 4. Schliesslich hat die Bank den Kunden mit mehreren Schreiben auf seine Pflicht zur Beibringung der Vermögenswerte hingewiesen. Der Kunde hat diesen Briefen nicht widersprochen. Indem er sich im Rechtsöffnungsverfahren nun plötzlich darauf beruft, auf die Bankeinlagen sei konkludent verzichtet worden, setzt er sich in Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten.

GR Kantonsgericht, KSK 20 76 vom 15. April 2021 (Schuldbeitrags- und Konkurskammer, A. gegen C. AG), rechtskräftig.

r12 Ausschluss aus dem WIR-Verrechnungssystem. Auswirkung auf die WIR-Hypothek. – Exclusion du système WIR. Effets sur le crédit hypothécaire en WIR.

Die A. AG war Teilnehmerin am WIR-Verrechnungssystem und hatte bei der WIR-Bank zudem eine Hypothek in WIR-Franken aufgenommen, die auch durch ein CHF-Konto der A. AG bei der WIR-Bank abgesichert war. Nachdem die A. AG die Unterzeichnung der neu formulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen verweigert hatte, kündigte die WIR-Bank ihre Kundenbeziehung. Wenige Monate später kündigte die A. AG ihrerseits das CHF-Konto bei der WIR-Bank.

Diese zahlte der A. AG deren CHF-Guthaben aus, abzüglich eines Betrages von CHF 94 200 zur Sicherung der Hypothek. Die A. AG klagt gegen die WIR-Bank auf Ausbezahlung des zurückbehaltenen Betrages, unterliegt aber vor sämtlichen Instanzen.

1. Die A. AG zeigt nicht rechtsgenügend auf, weshalb der Ausschluss aus dem WIR-Verrechnungssystem vertragswidrig gewesen sei. – 2. Die Behauptung, dass die WIR-Bank den Kreditvertrag nie gekündigt habe, bringt die A. AG vor Bundesgericht erstmals vor. Die Behauptung ist daher neu und unzulässig. Ohnehin ist in den Vertragsbedingungen vorgesehen, dass der Ausschluss vom WIR-Verrechnungssystem automatisch die Kündigung des Kredits auslöst; eine Kündigung des Kredits war somit nicht erforderlich. – 3. Auf die Rüge der A. AG, dass im Falle einer Festhypothek ein jederzeitiges Kündigungsrecht ungewöhnlich, ja sogar rechtsmissbräuchlich sei, ist nicht einzugehen, da die Vorinstanz festgehalten hat, dass die Parteien keinen Kreditvertrag mit festem Zinssatz und fester Laufzeit vereinbart hätten. Dies wird von der A. AG nicht rechtsgenügend in Zweifel gezogen. – 4. Weiter macht die A. AG geltend, dass die Amortisationsrechnung und die Mahnung, die ihr die WIR-Bank nach dem Ausschluss aus dem WIR-Verrechnungssystem zugestellt habe, das WIR-Schuldverhältnis noviere. Die Vorinstanz hatte festgestellt, dass es sich hierbei um automatisch ausgestellte Anzeigen ohne Unterschrift handle, die am unmissverständlichen Ausschluss aus dem WIR-System nichts ändern würden. Die A. AG setzt sich nicht mit den Ausführungen der Vorinstanz auseinander und zeigt entsprechend nicht rechtsgenügend auf, dass diese willkürlich wären. – 5. Schliesslich bringt die A. AG vor, ihre Pflicht zur Rückzahlung des Kredits sei durch den Ausschluss aus dem WIR-Verrechnungssystem subjektiv unmöglich geworden, was die WIR-Bank zu verantworten habe. Diese Ausführungen erübrigen sich vor dem Hintergrund, dass sich der Kredit in WIR-Franken gemäss den vertraglichen Bestimmungen in eine CHF-Forderung umgewandelt hat.

BGer 4A_163/2021 vom 6. September 2021 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen WIR Bank Genossenschaft). **Vorinstanz:** BS Appellationsgericht, ZB.2020.7 vom 2. Februar 2021 (A. gegen WIR Bank Genossenschaft). **Besprechung:** <kgeld.ch>, 27. Oktober 2021 (WIR-Bank: Teure Kontokündigung).

II. Services financiers – Finanzdienstleistungen

r13 Auftrag zum Market-Making. Fehlende Berichterstattung und Fakturierung. (Keine) stillschweigende Aufhebung des Vertrages. (Keine) Pflichtverletzung durch die Verwendung von Algorithmen. – Mandat de market making. Absence de rapports et de facturation. Résiliation implicite du contrat (non). Violation du devoir de diligence par l'utilisation d'algorithmes (non).

Die Bank A. AG verlangt von der B. Ltd. klageweise eine Entschädigung in Höhe von rund CHF 250 000 für sogenanntes «Market Making» (Auftrag, in eige-

nem Namen, auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko Geld- und Briefkurse an der SIX Swiss Exchange für die B. Ltd.-Valoren zu stellen und so für diese einen geordneten Markt möglichst ohne Handelsunterbrechungen sicherzustellen). Das Handelsgericht des Kantons Zürich heisst die Klage gut.

1. Die Parteien stimmen darin überein, ein Mandate Agreement abgeschlossen zu haben, welches die Bank zum Market Making verpflichtete. – 2. Die B. Ltd. vermag dessen konkludente Aufhebung nicht nachzuweisen: Insbesondere kann der Umstand, dass die Bank mit der Geltendmachung ihrer Entschädigung jahrelang zuwartete, für sich allein nicht als konkludenter Aufhebungsantrag qualifiziert werden. Nicht anzunehmen ist weiter eine konkludente Kündigung des Auftrags durch die B. Ltd. durch blosses Passivität (Nichtbezahlung der Entschädigung, Nichterteilung von Weisungen etc.). – 3. Indem die Bank das Market Making durch Algorithmen vornehmen liess, versties sie nicht gegen ihre Pflicht nach Art. 398 Abs. 3 OR zur persönlichen Besorgung des Geschäfts, da das entsprechende Programm keine Rechtspersönlichkeit aufweist, sondern ein blosses Hilfsmittel darstellt. – 4. Auch aus dem Umstand, dass die Spanne zwischen Angebot und Nachfrage teilweise den vertraglich vereinbarten Prozentsatz überschritten hat, lässt sich keine Sorgfaltspflichtverletzung der Bank ableiten, da die Bank nicht verpflichtet war, die angestrebte Spanne zwischen Angebot und Nachfrage jederzeit zu garantieren. – 5. Schliesslich hat die Bank auch ihre Informations- und Auskunftspflicht nicht verletzt: Gemäss Vertrag sollte die Bank die B. Ltd. «as required» über Geschehnisse am Markt und über Aktivitäten im Zusammenhang mit dem Mandate Agreement informieren. Daraus ergibt sich aber keine Pflicht der Bank zur regelmässigen Berichterstattung. Die Bank hat keine Vertragsverletzung begangen, indem sie die B. Ltd. nicht regelmässig mit Informationen bediente.

BGer 4A_305/2021 vom 2. November 2021 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. Ltd. gegen Bank B. AG). **Vorinstanz:** ZH Handelsgericht, HG200001-O vom 22. April 2021 (A. AG gegen B. Ltd.). **Besprechungen:** Bärtschi, *ius.focus* 2022 Nr. 8; Caballero Cuevas, <cdf.ch/1216/>.

r14 Abgrenzung Anlageberatung/Execution only. – Délimitation entre conseil en placement et execution only.

A. klagt gegen die B. AG auf Schadenersatz aus fehlerhafter Anlageberatung. Die B. AG habe ihn kontaktiert und ihm zum Kauf von Aktien der C. AG geraten, obwohl ihr bewusst gewesen sei, dass diese Aktien wertlos waren. Die B. AG entgegnet, dass zu A. kein Anlageberatungsvertrag bestanden habe. Vielmehr habe sie im Auftrag der C. AG deren Aktien an Käufer vermittelt und dafür eine Provision von 60% des Kaufpreises eingenommen.

1. Die charakteristische Leistung bei der Anlageberatung ist die Beratung. Sie besteht einerseits in der Erteilung von Auskünften über objektiv verifizierbare Tatsachen und andererseits in der Abgabe von persönlichen, individuellen und adressatengerechten Empfehlungen. – 2. Demgegenüber fehlt die persönliche Empfehlung bei Execution-only-Geschäften. Darunter werden blosses Konto-/Depotbeziehungen bei einer Bank oder die reine Vermittlung von Geschäften mit Finanzinstrumenten subsumiert. Der Finanzdienstleister erteilt keine individualisierten Anlageempfehlungen, sondern beschränkt seine Tätigkeit auf die technische Ausführung von Transaktionen. – 3. Die Frage, ob im konkreten Fall eine Beratungskomponente vorliegt, kann Schwierigkeiten bereiten, namentlich bei der Abgrenzung der punktuellen (transaktionsbezogenen) Anlageberatung von der Anlagevermittlung oder vom blossen Verkauf. Für einen Anlageberatungsvertrag spricht regelmässig die Erstellung eines Kundenprofils durch den Finanzdienstleisters. Auch wenn beim Kunden der Eindruck erweckt wird, dass seine persönlichen Umstände in die erteilte Empfehlung einfließen, kann eine Anlageberatung vorliegen. Demgegenüber steht bei der Vermittlung von Geschäften der informative, allenfalls werbende Charakter der Äusserungen des Finanzdienstleisters im Vordergrund. Nicht massgebend ist, ob der Kunde dem Finanzdienstleister eine Entschädigung bezahlt. – 4. Ob im konkreten Fall ein Beratungsverhältnis vorliegt, ergibt sich bei Fehlen einer ausdrücklichen Parteivereinbarung aus den jeweiligen Umständen. Die Behauptungs- und Beweislast trägt die Partei, die daraus Rechte ableitet – vorliegend also der Kunde. – 5. Schlussfolgerung des Gerichts, dass der Kunde kein Beratungsverhältnis nachweisen kann. Es ist von einem Execution-Only-Verhältnis auszugehen. – 6. Dennoch teilweise Gutheissung der Berufung und Rückweisung an die

Vorinstanz zur Prüfung, ob eine ausservertragliche Grundlage für falsche Raterteilung (Vertrauenshaftung, Deliktsrecht) vorliegt.

ZH Obergericht, LB200007-O vom 10. Dezember 2020 (I. Zivilkammer, A. gegen B. AG), ZR 120/2021 S. 215–218, rechtskräftig.

r15 Distinction gestion de fortune/conseil en placement. Vente non autorisée des titres. Dommage et intérêt compensatoire. – Abgrenzung Vermögensverwaltung/Anlageberatung. Unautorisiertes Verkauf von Wertpapieren. Schaden und Schadenszins.

Un client donne une procuration à une société de gestion de fortune et signe un *Management agreement*. Le contrat contient une annotation manuscrite : *advisory mandate 0,75%*. Après avoir tenté sans succès de joindre le client, la société ordonne la vente de titres. Le client apprend cette vente et en sollicite, un peu plus tard, le rachat. Il actionne la société afin d'obtenir le remboursement de la différence entre le prix de vente et le prix de rachat des titres. Demande admise en deuxième instance.

1. Le Tribunal de première instance a procédé à une interprétation subjective pour retenir que les parties avaient conclu un contrat de gestion de fortune, et non un contrat de conseil en placement. La Cour de justice arrive au résultat inverse en raison de l'annotation manuscrite « *advisory mandate 0,75%* ». La société obtenait par ailleurs le consentement préalable du client avant chaque transaction. Enfin, la chargée de relation était déjà la conseillère en placement du client avant de rejoindre, avec le client, la société. – 2. Etant donné qu'il s'agissait d'un contrat de conseil en placement, la société a violé ses obligations contractuelles en vendant les titres sans le consentement du client. Aucun état de nécessité (p.ex. un « décrochage du marché ») ne justifiait la vente sans consentement préalable. – 3. Lorsqu'il a appris la vente de ses titres, le client n'a pas immédiatement demandé leur rachat. En raison de cette attente, il a contribué à l'augmentation de son dommage. Le dommage auquel il a droit à la réparation correspond ainsi à la différence entre le moment de la vente et celui auquel le client a appris la vente (et non celui auquel il a racheté les titres). – 4. Sur recours du client, le TF a admis le recours concernant l'intérêt compensatoire (que la Cour de justice avait omis d'examiner). Cet

intérêt est dû dès le moment du dommage (la vente des titres).

GE Cour de justice, ACJC/1755/2020 du 8 décembre 2020 (réformé par TF 4D_5/2021 du 16 juillet 2021 concernant les intérêts compensatoires).

r16 Prospekthaftung. Ungenügende Substantiierung der Kausalität. – Responsabilité pour le prospectus d'émission. Motivation insuffisante de la causalité.

Cinq investisseurs de la I. AG plaignent contre le prospectus éditeur en raison de données erronées dans le prospectus d'émission. Le tribunal cantonal de Zurich a jugé que les données erronées dans le prospectus d'émission justifiaient la plainte au sens de l'art. 752 aOR, mais que la plainte était rejetée car les investisseurs n'avaient pas suffisamment substantié qu'ils n'auraient investi dans la I. AG s'ils avaient eu l'information correcte. Le Tribunal fédéral rejette la plainte.

1. La présente affaire est jugée en vertu de l'art. 752 aOR et non de l'art. 69 FIDLEG. Dans le cas de la responsabilité du prospectus, il s'agit d'une responsabilité extracontractuelle, dont les conditions de responsabilité sont la responsabilité, la causalité, le dommage et le lien de causalité. Elle vise à protéger le public appelé à souscrire contre l'abus de confiance. – 2. Pour établir la causalité, il faut démontrer que le dommage n'aurait pas été évité si les investisseurs avaient eu l'information correcte. Cette preuve est alléguée par les investisseurs par une simple affirmation, sans qu'ils n'aient apporté de preuves. – 3. Les investisseurs n'ont pas suffisamment substantié qu'ils n'auraient investi dans la I. AG s'ils avaient eu l'information correcte. Ils se contentent d'affirmer qu'ils n'auraient pas investi dans la I. AG s'ils avaient eu l'information correcte. Ils ne fournissent aucune preuve à l'appui de leur affirmation. – 4. Les investisseurs n'ont pas suffisamment substantié qu'ils n'auraient investi dans la I. AG s'ils avaient eu l'information correcte. Ils se contentent d'affirmer qu'ils n'auraient pas investi dans la I. AG s'ils avaient eu l'information correcte. Ils ne fournissent aucune preuve à l'appui de leur affirmation. – 5. Les investisseurs n'ont pas suffisamment substantié qu'ils n'auraient investi dans la I. AG s'ils avaient eu l'information correcte. Ils se contentent d'affirmer qu'ils n'auraient pas investi dans la I. AG s'ils avaient eu l'information correcte. Ils ne fournissent aucune preuve à l'appui de leur affirmation.

«falsch» dargestellt worden ist. Diesen Minderwert haben die Investoren nicht hinreichend substantiiert.

BGer 4A_24/2021 vom 24. Juni 2021 (I. zivilrechtliche Abteilung, A., B., C. AG, D. AG und E. gegen F., G. und H. AG). Vorinstanz: ZH Handelsgericht, HG170097-O vom 24. November 2020 (A., B. AG, C. AG, D. Holding AG und E. gegen F., G. und H. AG). Besprechungen: Béguin, <cdfb.ch/1195/>; Guggenbühl, ius.focus 2021 Nr. 224.

r17 Souscription d'une IPO inexécutée, dommage, preuve, gain hypothétique et aléatoire. – Nichtausführung eines Kaufauftrags bei einem IPO, Schaden, Beweis, hypothetischer und zufälliger Gewinn.

Un client demande à sa banque d'acquérir 25 000 actions Twitter au prix de USD 25 lors de son entrée en bourse, le 7 novembre 2013. La banque confirme le 6 novembre l'achat de ces actions. Néanmoins, le 11 novembre, la banque informe le client qu'elle n'a pas pu acquérir les actions et que la confirmation précédente était erronée. Le client actionne la banque en exécution, subsidiairement en dommages-intérêts. Les conclusions en exécutions sont ensuite retirées. La procédure est limitée à la question du dommage. Demande rejetée.

1. Lorsqu'un ordre d'achat d'actions donné par le client n'a pas été exécuté selon les instructions de celui-ci et que le dommage a été causé par la violation de ses obligations par la banque, le dommage éventuel réside dans un gain manqué, à savoir une non-augmentation de l'actif (*lucrum cessans; entgangener Gewinn*). – 2. Il incombe au client demandeur de prouver son dommage avec certitude, conformément à l'art. 42 al. 1 CO (applicable par renvoi de l'art. 99 al. 3 CO). La preuve facilitée selon l'art. 42 al. 2 CO ne s'applique pas en cas de mauvaise exécution d'un ordre d'achat ou de vente d'actions cotées en bourse, car le cours des titres à une date déterminée peut être prouvé avec certitude. – 3. En l'espèce, le client n'ayant pas procédé à un achat de couverture, le prétendu dommage repose sur une pure supposition. En effet, au moment déterminant de l'événement dommageable (le 7 novembre 2013), le cours futur de l'action Twitter était aléatoire: il pouvait monter, mais il pouvait aussi baisser les jours suivants. Or, un gain hypothétique et aléatoire ne suffit pas à démontrer son dommage.

ATF 147 III 463 (TF 4A_606/2020 du 1^{er} septembre 2021, 1^{re} Cour de droit civil). Recours contre GE Cour de justice, ACJC/1196/2020 du 1^{er} septembre 2020. Recension: Hirsch, <cdfb.ch/1198/>, Nussbaumer <lawinside.ch/1109/>, ius.focus 2021 Nr. 277.

r18 Achat et vente de devises à terme. Ordre stop-loss. Fin du taux plancher CHF/EUR. Notion de consommateur (art. 8 LCD). – Devisentermingeschäfte. Stop-Loss-Order. Aufgabe des CHF/EUR-Mindestkurses. Begriff des Konsumenten (Art. 8 UWG).

En 2014, un client (avec une certaine expérience dans le domaine financier) conclut un contrat *e-forex* avec une banque vaudoise spécialisée dans le négoce en ligne afin de spéculer sur la variation du cours EUR/CHF. Le 8 janvier 2015, le client donne à la banque un ordre de vente *stop-loss* au cours de 1.194 EUR/CHF afin d'assurer sa position. Le 15 janvier 2015 à 10h30, la BNS annonce qu'elle abandonne le taux plancher CHF/EUR. A 11h35, la position du client est automatiquement liquidée à des cours nettement inférieurs (environ à 1.04) à celui auquel elle avait été acquise (env. 1.20). Il en résulte un découvert de env. CHF 288 000. Le TF confirme la condamnation du client à rembourser le découvert de son compte.

1. Il existe une controverse doctrinale quant à l'interprétation du terme «consommateur» au sens de l'art. 8 LCD. Un courant soutient une interprétation restrictive, à savoir que ce terme ne vise que les prestations de consommation courante. Un autre courant préconise au contraire une interprétation plus large, selon le but de la norme et la systématique de la loi. La notion de consommateur ne serait alors pas restreinte aux prestations de consommation courante. Le TF reconnaît à ce second courant «une certaine consistance» mais ne tranche pas la controverse. – 2. En l'espèce, le contrat *e-forex* prévoit que «[l]e fait de placer un ordre de type «Stop-loss» ne garantit pas nécessairement une limitation du risque car, dans certaines conditions de marché, votre ordre ne pourra pas être exécuté». Le TF admet la validité de cette clause. Même si l'art. 8 LCD était applicable, le fait que le risque d'un marché illiquide soit assumé par le client, et non par la banque, ne permet pas de retenir «une disproportion notable et injustifiée» entre les obligations des parties.

TF 4A_54/2020 du 28 octobre 2021 (1^{re} Cour de droit civil). Recours contre VD Tribunal cantonal, PT16.046492-200853 du 18 décembre 2020. Recension: Hirsch, <cdfb.ch/1208/>; iusNet DB 29.11.2021; ius.focus 2021 Nr. 311; D. Hug, Art. 8 LCD et plateforme électronique: un arrêt pas si courant du Tribunal fédéral, <www.lextechinstitute.ch/art-8-lcd-et-plateforme-electronique-un-arret-pas-si-courant-du-tribunal-federal/>.

r19 Contrat de négoce en ligne sur devises. Fin du taux plancher CHF/EUR. Conditions générales. Consommateur (non). Clause insolite (non). – Vertrag über den Online-Handel mit Devisen. Aufgabe des CHF/EUR-Mindestkurses. Allgemeine Geschäftsbedingungen. Konsument (nein).

En 2014, un client (avec une certaine expérience dans le domaine financier) conclut un contrat *e-forex* avec une banque vaudoise spécialisée dans le négoce en ligne afin de spéculer sur la variation du cours EUR/CHF. Le 15 janvier 2015 à 10h30, la BNS annonce qu'elle abandonne le taux plancher CHF/EUR. A 11h35, la position du client est automatiquement liquidée à des cours nettement inférieurs (environ à 1.04) à celui auquel elle avait été ouverte (env. 1.20). Il en résulte un découvert d'environ USD 236 500. Le Tribunal cantonal vaudois confirme la condamnation du client à rembourser le découvert de son compte.

1. La mise à disposition d'une plateforme de négoce en ligne est un contrat innommé qui contient des éléments du contrat de licence, du bail à ferme, ainsi que du mandat en ce qui concerne la maintenance. En l'espèce, l'expertise ne constate aucune défaillance du système informatique en lien avec l'exécution d'ordre après la déclaration de la BNS. Partant, la banque n'a pas violé son devoir de diligence sur ce point. – 2. Dans le contrat *e-forex*, le client reconnaît que, lors d'une transaction, ses intérêts sont opposés à ceux de la banque. Par ailleurs, il accepte que certaines conditions du marché puissent rendre difficile, voire impossible, l'exécution d'ordres à un prix déterminé ou la liquidation de certaines positions. *In casu*, l'exécution des ordres à 11h35 correspond à la situation prévue par le contrat. La banque n'a pas non plus violé une obligation accessoire (art. 2 CO). – 3. Le droit bancaire peut certes relever dans certains cas du droit de la consommation, partant du droit privé social. Ce n'est pas le cas des contrats portant sur le négoce de devises. Le client ne peut donc pas invoquer un éventuel effet horizontal de la garantie de l'égalité de traitement. – 4. Sous l'angle de l'art. 8 LCD, le contrat *e-forex* est plus favorable au client que le prévoit le régime des art. 184 ss CO, en particulier grâce au mécanisme de liquidation automatique des positions du client. Par ailleurs, la banque n'a pas violé les règles de la bonne foi. Non seulement le client disposait d'une certaine expérience dans le domaine financier, mais en plus le contrat contient divers éléments en caractères gras soulignés. – 5. Enfin, les clauses du contrat *e-forex* ne

sont pas insolites. En particulier, elles ne s'écartent pas de manière notable des attentes d'un client relatives à un contrat de négoce de devises.

VD Tribunal cantonal, PT16.030024-200859 du 11 mars 2021 ; arrêt entré en force.

r20 Gestion de fortune. Effet de levier. Exigibilité de la commission de gestion. – Vermögensverwaltung. Leverage effect. Fälligkeit der Verwaltungsgebühr.

1. Le contrat interdisait expressément « l'utilisation de l'effet de levier ». La banque a enfreint cette interdiction en créant un solde négatif au compte du client par l'achat de parts de fonds de placement. – 2. La banque ne peut pas prétendre que le client a ratifié les transactions sans démontrer qu'elle l'en a informé à temps. – 3. La banque n'a pas prouvé un usage dans le secteur de la gestion de fortune externe qui rendrait superflue l'insertion d'une clause de ratification par actes concluants dans les cas où le client omet de contester les extraits de compte dans les 30 jours. – 4. Le contrat a été conclu le 18 septembre 2014. Le client a remis les avoirs sous gestion le 4 octobre. Aucune commission de gestion n'était due pour le troisième trimestre dès lors qu'aucune activité n'a été déployée.

TI Tribunale d'appello, 12.2020.16 du 3 mars 2021.

r21 Conseil en placement. Violation des devoirs d'information et de diligence non démontrée. – Anlageberatung. Verletzung der Informations- und Sorgfaltspflicht nicht nachgewiesen.

Un père ouvre un compte épargne pour sa fille mineure. La banque lui conseille d'investir dans un fonds luxembourgeois géré par une société du groupe. Perte de valeur juillet 2008. Vente des titres cristallisant une perte supérieure à 20%.

1. Un contrat de conseil en placement lie les parties. – 2. Les compétences et connaissances du père sont imputées à la fille étant donné que celui-là a agi en tant que représentant de celle-ci à l'époque des faits (art. 32 ss CO). – 3. Le père, un homme d'affaires âgé, a connu dans un lointain passé une expérience dans le secteur bancaire. Il a opté pour un profil prudent et conservateur, car l'argent devait servir à financer les études de sa fille. – 4. Cette dernière, qui supporte le fardeau de la preuve, échoue à faire la démonstration que l'investissement litigieux s'écarte du profil de risque. Que d'autres banques aient mieux géré la crise des *subprimes* n'explique ni ne prouve rien en l'occurrence : une telle affirmation est trop générale. – 5. Le père n'a pas subi de pression de la banque pour réaliser cet investissement ; il a pris sa décision seul et en connaissance de cause après avoir été informé de manière adéquate et suffisante compte tenu de sa situation. – 6. La nature de la relation empêche *in casu* de déduire une obligation de suivi des investissements. Si la relation qui s'est installée dans la durée justifiait un devoir d'information accru (y compris après l'investissement), la cliente ne parvient pas à démontrer que la banque a violé le contrat. L'appel est donc rejeté.

TI Tribunale d'appello, 12.2019.132 du 12 novembre 2020. **Reconsion** : *iusNet DB 06.12.2021*.

r22 Execution only. Interprétation d'une instruction du client. Application de l'art. 18 al. 1 CO par analogie. – Execution only. Auslegung einer Anweisung des Kunden. Analoge Anwendung von Art. 18 Abs. 1 OR

Un conseiller en placement externe recommande au client de la banque d'acquérir 100 options call portant sur les actions de la société cotée Actelion. Le client déclare vouloir réaliser l'opération «immédiatement». L'employée de banque lui ouvre un compte de dépôt et lui présente un récapitulatif de l'ordre de bourse sur lequel il est indiqué, sur la première ligne, «1 contrat de 100 calls», puis, sur la deuxième et la troisième lignes, «acheter – 100 – call strike 160.– actions [Actelion]». Le client signe ce récapitulatif. L'employée contacte ensuite, à deux reprises, ses collègues de la salle des marchés en vue de passer l'ordre. Le client entend ce qu'elle dit au téléphone; en revanche, les réponses des traders lui échappent. À la suite de ce rendez-vous, le client verse CHF 20 000.– sur le compte qu'il vient d'ouvrir. La banque lui achète 1 option call au prix de CHF 157. Cette option lui donne droit d'acquérir 100 actions Actelion [le sous-jacent] au prix de CHF 160 [le strike] «d'ici au mois de décembre 2016» [l'échéance]. La transaction lui coûte CHF 277.20 au total, car la banque facture une commission de CHF 120 et prélève 20 centimes de «taxes». La somme est débitée de son compte, mais le client ne reçoit pas immédiatement confirmation de son ordre. Lorsqu'il la réclame, l'employée l'invite à consulter le document sur son e-banking.

1. Dans une relation *execution only*, la banque n'agit que sur instructions du client. – 2. Pour obtenir réparation, le client doit montrer la réunion des quatre conditions de la responsabilité contractuelle (art. 398 al. 1 CO *cum* art. 321e al. 1 CO). La première d'entre elles est la violation des obligations découlant du contrat. L'appréciation de la diligence de la banque dépend plus précisément du contenu des instructions du client. – 3. Les ordres de bourse sont des manifestations de volonté unilatérales, sujettes à réception, dont l'interprétation répond aux principes généraux. – 4. L'art. 18 al. 1 CO, applicable en l'espèce par analogie, accorde la priorité à la «volonté subjective»; le principe de la confiance (art. 1 al. 1 CO *cum* art. 2 al. 1 CO) n'intervient qu'à titre subsidiaire. – 5. *In casu*, l'instance cantonale supérieure a qualifié le contenu de l'ordre de bourse de contradictoire («1 contrat de 100 calls» vs. «acheter – 100 – call strike 160.– actions [Actelion]»). Le Tribunal fédéral s'appuie sur cette lecture du document avant de prendre le contre-pied de l'instance précédente. Selon lui, le client aurait acquiescé lorsque l'employée lui a indiqué «vous investissez 155 fr. aujourd'hui» et, si l'action dépasse les 160.- fr., «c'est là que vous allez faire valoir votre droit à acheter les actions pour les 16 000 francs [...]». Il ajoute que lors «du second entretien téléphonique [...], le client a entendu l'employée dire qu'il voulait acheter un contrat sur des calls strike [Actelion], confirmé qu'on reste toujours avec 1 [contrat]» et entendu qu'il se verrait débité 157 fr. plus frais». – 6. Il relève enfin que le Tribunal cantonal a versé dans l'arbitraire «en retenant que le client ne pouvait pas entendre ce que l'employée disait puisqu'il était sur une autre ligne téléphonique» pour conclure que «[l]e sens compris par la banque correspondant au sens déclaré par le client, la volonté réelle est établie».

TF 4A_9/2021 du 12 janvier 2022 (1^{re} Cour de droit civil). **Re-cours contre VD Tribunal cantonal, PT17.021253-191842 du**

20 novembre 2020. **Recension:** Liégeois, <cdfb.ch/1222>; Hirsch, <lawinside.ch/1143>.

III. Sûretés et réalisation – Sicherheiten und Verwertung

1. Sûretés personnelles – Persönliche Sicherheiten

r23 Abgrenzung zwischen Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme. – Distinction entre cautionnement et reprise cumulative de dette.

Strittig ist, ob es sich bei folgendem, mit «Haftungsübernahme» betitelmtem Schreiben um eine (formungültige) Bürgschaft oder um eine kumulative Schuldübernahme handelt: «Sehr geehrter Herr G., gerne bestätigen wir Ihnen hiermit, dass für das investierte Kapital von insgesamt CHF 960 000.00 (gem. Vermögensverwaltungsvertrag zwischen Ihnen und der C. S.A.) die A. AG und die F. GmbH Österreich solidarisch die Haftung übernehmen.» Die kantonalen Gerichte hatten das Schreiben als kumulative Schuldübernahme qualifiziert und gestützt darauf eine provisorische Rechtsöffnung gutgeheissen. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde der A. AG gut und weist das Gesuch um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung ab.

1. Bei Sicherungsgeschäften fällt eine streng am Wortlaut orientierte Auslegung nur bei Parteien in Betracht, die von ihrer Ausbildung oder Tätigkeit her im Umgang mit Sicherungsgeschäften erfahren sind und die schweizerische juristische Terminologie in diesem Bereich kennen. Bei nicht geschäftsgewandten Vertragsbeteiligten ist demgegenüber erforderlich, dass im Vertrag selbst für die nicht geschäftsgewandte Partei klar verständlich und in individueller, das heisst nicht formularmässiger, Weise dargelegt wird, dass sich der Interzedent der Tragweite der eingegangenen Verpflichtung bewusst ist und aus welchen Gründen auf die Wahl der Rechtsform verzichtet wird. – 2. Die Frage der Geschäftsgewandtheit der sich verpflichtenden A. AG (bzw. des für sie handelnden E.) kann offenbleiben, da der klare Wortlaut fehlt, der die Erklärung als kumulative Schuldübernahme ausweisen würde: Der Titel «Haftungsübernahme», die Ausdrucksweise «die Haftung übernehmen» und der Ausdruck «solidarisch» sind vorliegend nicht zwingend im Sinne einer kumulativen Schuldübernahme zu verstehen. – 3. Soweit die Interessenlage als ergänzendes Auslegungsmittel im Rechts-

öffnungsverfahren überhaupt zu berücksichtigen ist, erscheint fraglich, ob allein die Erwartung seitens der A. AG (bzw. des für sie handelnden E.), von einer Anzeige seitens der B.B. und der C.B. bei der FINMA verschont zu bleiben, genügt, um daraus auf ein unmittelbares und materielles Interesse der A. AG an der Erfüllung der Hauptschuld zu schliessen.

BGer 5A_914/2020 vom 28. April 2021 (II. zivilrechtliche Abteilung, A. AG gegen B.B. und C.B.). Vorinstanz: ZG Kantonsgericht, BZ 2020 46 vom 20. Oktober 2020. Besprechung: ZZZ 55/2021 S. 683 f.

r24 Akkreditiv. Rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme (bejaht). Nicht wiedergutzumachender Nachteil (verneint). Keine vorsorglichen Massnahmen. – *Crédit documentaire. Appel abusif (oui). Préjudice difficilement réparable (non). Pas de mesures provisionnelles.*

Die A. Ltd hat von der B. Ltd Diesel gekauft und zur Sicherung des Kaufpreises ein Akkreditiv bei der Bank C. AG eröffnet. Die A. Ltd. will der Bank C. AG vorsorglich verbieten, die Zahlung zu leisten. Das Handelsgericht Zürich bejaht zwar eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme des Akkreditivs durch die B. Ltd, weist das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen aber mangels Glaubhaftmachens eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils ab.

1. Die Praxis zum Aussprechen von Zahlungsverboten bei Bankgarantien kann auf das Akkreditivgeschäft übertragen werden, bei welchem die Formstrenge einen ähnlichen Stellenwert aufweist wie beim Garantiegeschäft. Ein vorsorgliches Zahlungsverbot setzt das Glaubhaftmachen eines offensichtlich rechtsmissbräuchlichen Abrufs des Akkreditivs voraus, wobei der Rechtsmissbrauch auch für die Bank erkennbar sein muss. – 2. Vorliegend macht die A. Ltd geltend, die Ware schwimmend an die D. Ltd weiterverkauft zu haben, ohne zu wissen, dass diese bereits früher Eigentümerin der Ware gewesen sei und diese an die B. Ltd verkauft habe. Nach dem Konkurs der D. Ltd sei ein Interim Judicial Manager eingesetzt worden, der in den Besitz der Original-Konnossemente gekommen sei, die einen Stempel «Null & Void» aufweisen würden. Diese Darstellung erscheint glaubhaft. Es ist somit davon auszugehen, dass die B. Ltd entgegen ihrer Erklärung nicht über gültige Originaldokumente verfügt. Es erscheint damit glaubhaft, dass ihr Letter of Indemnity nicht den Tatsachen entspricht und der Abruf des Akkreditivs in rechtsmissbräuchlicher Weise erfolgte. – 3. Das

Akkreditivverhältnis ist von der korrekten Erfüllung des Kaufvertrages unabhängig. Die Schlechterfüllung durch den Verkäufer kann folglich der Auszahlung nicht entgegenstehen. Ein drohender Prozess zur Rückforderung des Betrages stellt keinen besonderen Nachteil dar. Die A. Ltd. kann keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil glaubhaft machen. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ist deshalb vollumfänglich abzuweisen.

ZH Handelsgericht, HE200210-O vom 29. Mai 2020 (A. Trading Pte Ltd gegen B. Pte Ltd und C. AG), rechtskräftig.

r25–27 Bankgarantie. Vorsorgliches Zahlungsverbot (nein). – *Garantie bancaire. Interdiction de paiement par mesures provisionnelles (non).*

In fünf Entscheiden verneinte das Handelsgericht des Kantons Zürich vorsorgliche Auszahlungsverbote von Bankgarantien.

1. Provisorische Zahlungsverbote bei Bankgarantien werden nur mit grosser Zurückhaltung ausgesprochen, weil sie dem diesen Rechtsgeschäften zugrunde liegenden Grundsatz «zuerst zahlen, dann prozessieren» widersprechen. Ein Verbot kommt grundsätzlich nur infrage, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Abrufung der Bankgarantie offensichtlich rechtsmissbräuchlich erfolgt. Der rechtsmissbräuchliche Abruf muss grundsätzlich auch für die beklagte Bank erkennbar sein. «Offenkundig» meint im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer Bankgarantie «sofort beweisbar». Ein rechtsmissbräuchlicher Garantieabruf findet erst dann keinen Rechtsschutz, wenn absolut klare Verhältnisse vorliegen, die keinen Zweifel darüber offenlassen, dass dem Begünstigten unter keinem vernünftiger- und redlicherweise in Betracht kommenden rechtlichen Aspekt ein Anspruch auf Abruf der Bankgarantie zusteht. – 2. Geringfügige Ungenauigkeiten stellen noch kein rechtsmissbräuchliches Verhalten dar. – 3. Allein aus der Abnahme des Werks kann nicht auf eine vollständige Erfüllung sämtlicher vertraglichen Pflichten geschlossen werden. – 4. Der Garantieabruf erscheint nicht als offensichtlich rechtsmissbräuchlich, wenn zwischen der Bauherrin und der Unternehmerin Differenzen hinsichtlich der Mangelfreiheit des Werks bestehen: Da das Vorliegen von Werkmängeln die richtige Vertragserfüllung und damit die durch die Garantie besicherte Leistung beschlägt, kann nicht von einer offensichtlich zweckwidrigen Inanspruchnahme der Garantie ausgegangen werden. – 5. Inwieweit ein bestimmter Zustand als Werkmangel qualifiziert, beschlägt das Valutaverhältnis. Gegenteiliges würde nur gelten, wären die von der Bauherrin beanstandeten Punkte offensichtlich keine Werkmängel.

ZH Handelsgericht, HE210065-O vom 14. April 2021 (A. SA gegen B. AG); HE210059-O vom 31. März 2021 (A. AG gegen B. SE); HE210047-O vom 25. Februar 2021 (A. AG gegen B. [Schweiz] AG); HE210128-O vom 29. September 2021 (A. gegen B. AG); HE210094-O vom 26. Juli 2021 (A. AG gegen B. AG sowie C. AG) alle rechtskräftig.

r28 Garantie bancaire. Formalisme strict. Appel manifestement abusif. – Bankgarantie. Überspitzter Formalismus. Offensichtlich rechtsmissbräuchlicher Abruf.

Une ville octroie un prêt sans intérêts à une boucherie en échange de la cession d'un droit d'usage sur un abattoir. La ville obtient une garantie bancaire indépendante pour le remboursement du principal. A la suite du rachat de la boucherie par une société tierce, la banque émet une seconde garantie et annule la première. La ville cède finalement le solde de sa créance au nouvel actionnaire de la boucherie. Ce dernier rembourse la ville avant d'appeler lui-même la garantie. La banque refuse de payer.

1. Le rapport entre le garant et le bénéficiaire répond à un formalisme strict. En l'occurrence, ce principe exige de reconnaître que la seconde garantie ne concerne pas les obligations de la ville et de l'actionnaire de la boucherie. Ce motif suffit à donner raison à la banque. – 2. La Cour précise, à titre superfétatoire, que l'indépendance de la garantie cesse lorsqu'il est manifestement abusif de l'appeler (art. 2 al. 2 CC). En l'espèce, le risque a disparu avec le paiement intégral de la dette. Il faut aussi souligner la situation particulière de l'actionnaire qui est à la fois débiteur du rapport de base et créancier de la banque au titre de la garantie. Poursuivre le paiement de la garantie dans cette configuration est manifestement abusif, puisque, outre que le risque a disparu, l'actionnaire ne saurait s'en prémunir contre lui-même. Payer son créancier en échange des droits de garantie contre la banque revient à lui faire supporter le risque et à détourner le mécanisme de la garantie de sa finalité.

GE Cour de justice, ACJC/1653/2020 du 24 novembre 2020. Recension: M. de Gottrau, <cdf.ch/1203/>, iusNet DB 27.09.2021.

2. Sûretés réelles – Dingliche Sicherheiten

r29 Bauhandwerkerpfandrecht. Bankgarantie als hinreichende Sicherheit. – Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Garantie bancaire en tant que sûreté suffisante.

1. Die Auflage von Modalitäten, die der Rechtssicherheit des Grundeigentümers und aller weiteren beteiligte Personen dienen, ist zulässig, wenn die Modalitäten zweckmässig und verhältnismässig sind. Vorliegende Garantie setzt für ihre Inanspruchnahme voraus, dass sie im Original gemeinsam mit der schriftlichen Zahlungsaufforderung und der Bestätigung, dass die H. AG den geschuldeten Betrag trotz Fälligkeit nicht bezahlt hat, einzureichen ist. Gleichzeitig sind ein mit einer Rechtskraftbescheinigung versehenes Urteil, ein Vergleich oder ein Verlustausweis einzureichen. Diese Modalitäten dienen der Absicherung, dass die Forderung bislang nicht beglichen wurde und die Garantie nur einmal beansprucht werden kann, und damit der Rechtssicherheit. Sie sind sowohl zweckmässig als auch verhältnismässig. – 2. Weiter sieht die Garantie den Gerichtsstand

Basel vor. Da die Bankgarantie als definitive Sicherheit eingereicht wurde, stellt sich die Frage, ob die Gerichtsstandsklausel für die Unternehmerin einen prozessualen Nachteil bewirkt, einzig mit Blick auf die Inanspruchnahme der Bankgarantie. Da die Bankgarantie ein abstraktes Zahlungsverprechen darstellt, ist die Wahrscheinlichkeit, dass es bei ihrer Inanspruchnahme zu Streitigkeiten kommt, als gering einzustufen. Darüber hinaus werden solche Gerichtsverfahren in der Regel schriftlich geführt, womit ein Erscheinen in Basel höchstens einmal erforderlich wäre. Der geografische Nachteil ist vernachlässigbar gering. Auch das Argument, dass es sich bei der garantierenden Bank um eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Kantons Basel handle, über die dann die Gerichte in Basel entscheiden müssten, verfängt nicht. Es ist nicht ersichtlich, worin der prozessuale Nachteil konkret bestehen sollte.

ZH Handelsgericht, HE210081-O vom 12. August 2021 (A. AG gegen B. AG und C. AG), rechtskräftig.

r30 Bauhandwerkerpfandrecht. Bankgarantie als hinreichende Sicherheit. – Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Garantie bancaire en tant que sûreté suffisante.

1. Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB kann die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer oder ein Dritter für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet. Inhaltlich ist die Sicherheit dann hinreichend, wenn sie die Forderung voll und ganz sichert. Nach ständiger Praxis des Handelsgerichts ist es in erster Linie Sache der Parteien, ob eine Bankgarantie eine genügende Sicherheit darstellt oder nicht. Eine Beurteilung erfolgt nur soweit, als dies bestritten wird. – 2. Vorliegend bringt der Unternehmer einzig vor, dass er die Garantie nur als genügend anerkenne, sofern diese als definitive Sicherheit geleistet werde. Die Frage, ob eine Sicherheit als provisorische oder als definitive geleistet wird, hat keinen Einfluss auf die Qualifikation einer Garantie als genügend. So erhält der Gesuchsteller mit einem gutheissenden Entscheid im vorsorglichen Verfahren stets nur eine provisorische Sicherheit. Eine das Pfandrecht ablösende Garantie muss aber nicht mehr sicherstellen als das Pfandrecht selbst. Unter diesen Umständen ist auch eine provisorische Garantie im Massnahmeverfahren als gleichwertig mit dem Pfandrecht anzusehen.

ZH Handelsgericht, HE200276-O vom 3. November 2020 (A. gegen B. Anlagestiftung sowie C. AG), rechtskräftig.

r31 *Betreibung auf Grundpfandverwertung. Zustellung des Zahlungsbefehls während des Covid-19-Rechtsstillstands. Keine Auswirkungen auf das Verwertungsverfahren. – Poursuite en réalisation de gage immobilier. Notification du commandement de payer pendant la suspension des poursuites à cause de la pandémie. Aucun effet sur la procédure de réalisation.*

Die C. AG leitete gegen A. eine Betreuung auf Grundpfandverwertung ein. Der Zahlungsbefehl wurde A. am 19. März 2020 und somit während des vom Bundesrat angesichts der Covid-19-Pandemie angeordneten Rechtsstillstands zugestellt. Am 9. Juli 2020 wurde der C. AG die provisorische Rechtsöffnung erteilt. Erst im Verwertungsverfahren beruft sich A. auf die Nichtigkeit des Zahlungsbefehls.

1. Betreuungshandlungen, die während des allgemeinen Rechtsstillstands nach Art. 62 SchKG vorgenommen werden, sind nichtig. Die Zustellung des Zahlungsbefehls an A. am 19. März 2020 war somit an sich nichtig. Zu prüfen bleibt, in welcher Weise die nachfolgenden Betreuungshandlungen von dieser Nichtigkeit berührt sind. – 2. Zwar gilt die Nichtigkeit einer Verfügung *ex tunc* und ist grundsätzlich von sämtlichen Behörden zu beachten. Die Feststellung der Nichtigkeit muss jedoch einen konkreten Nutzen bringen. Je weiter ein Verfahren seit Erlass der nichtigen Verfügung fortgeschritten ist und je weniger die nachfolgenden Betreuungshandlungen auf dem nichtigen Akt aufbauen, desto weniger rechtfertigt sich eine Auswirkung der Nichtigkeit auf diese. – 3. Vorliegend ist das Verfahren seit Erlass der nichtigen Verfügung schon weit fortgeschritten, und es ist ein gerichtlicher Entscheid gestützt auf die eingeleitete Betreuung ergangen. Für die Frage, ob der vorliegende Rechtsöffnungsentscheid bestehen bleibt, ist ausschlaggebend, ob der Entscheid nicht selber von einem Fehler berührt wird, sodass er nichtig ist. Der Rechtsöffnungsentscheid vom 9. Juli 2020 baut zwar auf einem ungültigen Zahlungsbefehl auf, wurde jedoch nach Beendigung des Covid-19-Rechtsstillstandes zugestellt und stellt daher selber keine verpönte Betreuungshandlung dar. Die dem Rechtsstillstand nach Art. 62 SchKG zugrunde liegenden öffentlichen Interessen (genereller Schutz von Schuldner und Gläubigern wegen einer Epidemie, funktionierendes Betreuungswesen) sind mit Blick auf die nachfolgende Rechtsöffnung bzw. die darauf gestützte Fortsetzung der Betreuung nicht derart beeinträchtigt, dass die Nichtigkeitsfolge des Gerichtsbescheides zwingend verlangt wäre. Es besteht somit kein Grund, weshalb A. sich noch auf den allgemeinen Rechtsstillstand nach Art. 62 SchKG berufen und aus der ungültigen Zustellung des Zahlungsbefehls die Nichtigkeit als Hindernis im Verwertungsstadium ableiten könnte.

BGer 5A_103/2021 vom 18. Oktober 2021 (II. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen C. AG).

r32 *Cédule hypothécaire. Mainlevée provisoire de l'opposition. Preuve. Reconnaissance de dette. Acte notarié. – Schuldbrief. Provisorische Rechtsöffnung. Beweis. Schuldanerkennung. Notarielle Beglaubigung.*

Afin de garantir un prêt, un prêteur reçoit de l'emprunteur une cédule hypothécaire portant sur l'immeuble de l'ex-compagne de l'emprunteur. La cédule ne comporte pas l'indication du débiteur. N'ayant pas obtenu le remboursement de son prêt, le prêteur engage une poursuite en réalisation du gage immobilier contre la propriétaire. En plus de la cédule,

il produit un acte notarié qui contient la demande de la propriétaire d'inscrire une cédule hypothécaire en garantie du prêt. Recours contre la mainlevée provisoire rejeté par le TF.

1. Dans la poursuite en réalisation de gage immobilier pour la créance abstraite, la cédule hypothécaire au porteur est une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 al. 1 LP et vaut titre de mainlevée pour toute la créance instrumentée dans le titre. – 2. Pour que le créancier puisse valablement se prévaloir de la créance abstraite dans une poursuite en réalisation de gage immobilier, le débiteur de la cédule doit être inscrit sur le titre produit ou, à tout le moins, faut-il qu'il reconnaisse sa qualité de débiteur de la cédule ou que cette qualité résulte de l'acte de cession de propriété de la cédule qu'il a signé. Ainsi, si la cédule hypothécaire ne comporte pas l'indication du débiteur, le créancier ne pourra obtenir la mainlevée provisoire que s'il produit une autre reconnaissance de dette, soit, par exemple, une copie légalisée de l'acte constitutif conservé au registre foncier dans lequel la dette est reconnue ou la convention de sûretés contresignée dans laquelle le propriétaire poursuivi se reconnaît débiteur de la cédule cédée à titre de sûretés. – 3. En l'espèce, l'acte notarié produit par le prêteur démontre l'identité entre la dette reconnue et celle objet de la poursuite.

TF 5A_952/2020 du 4 février 2021 (IIe Cour de droit civil). Recours contre VD Tribunal cantonal, KC19.055493-200701 258 du 1^{er} octobre 2020. Recension: SJ 2021 I p. 253, RSPC 2021 Nr. 2495, iusNet DB 12.07.2021.

IV. Reddition de compte, rétrocessions et renseignements – *Rechenschaftsab- legung, Retrozessionen und Auskünfte*

r33 *Retrozessionen bei Execution-Only-Geschäften. Keine gültige einseitige Änderung der AGB. – Rétrocessions dans une relation execution only. Pas de modification unilatérale valable des conditions générales.*

Eine Pensionskasse (PK) fordert von der Bank Rechenschaft und Herausgabe der Retrozessionen aus einer Konto-/Depotbeziehung (Execution-Only). Die Bank erstattet die Retrozessionen auf zehn Jahre zurück (2008) bis zum Zeitpunkt des von ihr behaupteten Herausgabeverzichts seitens der PK (2014). Streitig sind die Herausgabeansprüche aus den Jahren vor 2008 und nach 2014. Die Bank muss die nach 2014 anfallenden Retrozessionen herausgeben, die Ansprüche aus den Jahren vor 2008 sind hingegen verjährt.

1. Die Funktion von Art. 400 OR [Herausgabepflicht] erschöpft sich nicht darin, als Sicherungsnorm gegen Interessenkonflikte zu dienen. Sie nimmt vielmehr unabhängig von allfälligen Interessenkonflikten eine Zuordnung der vermögenswerten Positionen von Auftraggeber und Beauftragtem vor. Der

innere Zusammenhang ist nicht nur dann zu bejahen, wenn ein Interessenkonflikt besteht, sondern auch, wenn die Zahlung einzig deshalb erfolgt, weil der Empfänger vom Kunden eine Position eingeräumt bekam, die den Zufluss der Zahlung ermöglichte. Die beiden Kriterien des inneren Zusammenhangs und des Interessenkonflikts sind eng miteinander verknüpft, aber nicht gleichzusetzen. Herausgabepflichtig sind diejenigen Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen. Die Herausgabepflicht gilt für alle Auftragsverhältnisse, da sich der Beauftragte nicht ohne informierte Zustimmung des Auftraggebers auf dessen Kosten bereichern darf. – 2. Im Execution-Only-Verhältnis entscheidet der Auftraggeber allein über sämtliche Parameter der Transaktion. Für die Anforderung an den gültigen Verzicht ist entscheidend, ob der Auftraggeber abschätzen kann, wie viel der Beauftragte verdient bzw. wie viel ihn dessen Dienste kosten. – 3. Die Bank kann aus den 2013, 2015 und 2017 zugestellten AGB und den darin enthaltenen Verzichtserklärungen keinen gültigen Herausgabeverzicht ableiten. Die spätere einseitige Änderung von AGB ist nur durch eine entsprechende Änderungsklausel in den ursprünglichen AGB oder durch vertragliche Vereinbarung möglich. In den anderen Fällen stellen Änderungen der AGB eine Offerte zur Vertragsänderung dar, wobei Stillschweigen nicht als Zustimmung im Sinne von Art. 6 OR gewertet werden darf. Die Bank hat nicht nachgewiesen, dass die ursprünglichen AGB eine Änderungsklausel enthielten, und es ist auch keine nachträgliche konsensuale Änderung ersichtlich. – 4. Der Herausgabeanspruch wird mit dem Zugang der Retrozessionen bei der Bank fällig, weshalb grundsätzlich ab diesem Zeitpunkt ein Verzugszins von 5% geschuldet ist. – 5. Die Verjährung des Rechenschafts- und des Herausgabeanspruchs beginnt an dem Tag zu laufen, an dem die Vorteile dem Beauftragten zugeflossen sind [*in casu* Verjährung der Ansprüche vor 2008]. Im Verhalten der Bank, die Herausgabepflicht bei Execution-Only-Verhältnissen in ihrer Kommunikation mit der Kundin zu verneinen und später die Verjährungseinrede zu erheben, liegt kein Rechtsmissbrauch. – 6. Auch eine Schadenersatzklage aus positiver Vertragsverletzung wegen Verletzung der Rechenschafts- und Herausgabepflicht wäre verjährt, weshalb die Anspruchsvoraussetzungen für die Schadenersatzklage nicht zu prüfen sind.

ZH Handelsgericht, HG190234-O vom 5. Oktober 2021 (Pensionskasse A1 gegen B1 AG), nicht rechtskräftig.

r34 Retrozessionen. Action en reddition de compte (art. 400 CO) et non requête de production de documents (art. 160 al. 1 let. b CPC). – Retrozessionen. Klage auf Rechenschaftsablegung (Art. 400 OR) und nicht Antrag auf Herausgabe von Urkunden (Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO).

Une fondation de droit liechtensteinois octroie un mandat de gestion à la banque sur une partie de ses comptes. La cliente réclame le détail des rétrocessions qu'a perçues la banque sur l'ensemble des investissements effectués depuis l'entame de la relation. La banque renseigne la fondation sur le montant des rétrocessions perçues entre 2009 et 2011. Elle relève que ses conditions générales emportent renonciation des clients pour 2012 et s'engage à restituer les rétrocessions perçues en 2013.

1. Le droit à la reddition de compte de l'art. 400 al. 1 CO est une prétention de droit matériel qui peut faire l'objet d'une action en exécution. Ce droit accessoire indépendant peut être invoqué à titre principal ou dans une « action échelonnée ». Cette dernière est une forme de cumul objectif d'actions (art. 90 CPC). – 2. A l'inverse, la requête de production de documents, formulée à l'appui d'un allégué de la demande, constitue une offre d'administration de preuves, de nature procédurale (art. 160 al. 1 let. b CPC). – 3. Les conclusions de la demande, conjointement avec les faits allégués, permettent de déterminer si le demandeur a agi en reddition de compte ou s'est contenté de formuler une offre de preuve. – 4. En l'espèce, la cliente a conclu à la remise des décomptes détaillés de toutes les commissions et rétrocessions qu'a perçues la banque. Par conséquent, elle a fait valoir son droit matériel à la communication de renseignements et pièces de l'art. 400 al. 1 CO. – 5. La cliente n'a pas contesté l'allégué de la banque selon lequel les produits financiers et les fonds de placement dans lesquels elle était investie n'avaient généré aucune rétrocession depuis le début des relations contractuelles. – 6. Faute de droit à la restitution des rétrocessions, c'est à raison que l'action en reddition de compte a été rejetée.

TF 4A_482/2020 du 22 février 2021 (1^{re} Cour de droit civil). Recours contre GE Cour de justice, ACJC/986/2020 du 26 juin 2020. Recension: SJ 2021 I p. 246, iusNet DB 29.03.2021.

r35 Reddition de comptes (art. 400 CO). Documents internes à la banque. Pesée d'intérêts. Expertise judiciaire. Abus de droit. – *Rechenschaft (Art. 400 OR). Interne Dokumente der Bank. Interessenabwägung. Rechtsgutachten. Rechtsmissbrauch.*

Le client investit dans des produits structurés émis par la banque. Il conclut avec elle des contrats portant sur des options OTC liées à des paires de devises. L'abandon du taux plancher par la Banque Nationale Suisse lui cause une perte importante. La banque réclame au client le remboursement du crédit qu'elle lui a octroyé. Le client refuse et forme une demande reconventionnelle. Il demande, à titre préalable, la reddition de compte au sens de l'art. 400 al. 1 CO, notamment pour être en mesure de contrôler l'activité de la banque lors de l'appel de marge et de la liquidation de ses positions.

1. La reddition de compte porte en tout cas sur les informations nécessaires à fonder l'obligation de restitution, mais elle peut être plus large. Des éléments non soumis à restitution, tels que des documents internes à la banque, peuvent être remis sous forme d'extraits, à l'issue d'une pesée d'intérêts, dès lors qu'ils permettent de contrôler l'activité du mandataire. – 2. Le client réclame en vain la nomination d'un expert judiciaire (art. 168 al. 1 let. d CPC et art. 183 ss CPC). L'étendue de l'information à communiquer par le mandataire se détermine en partant des conclusions du mandant. Il incombe au juge de déterminer dans quelle mesure l'activité de la banque peut être contrôlée, en particulier les opérations qui nécessitent la fourniture d'informations. Ce travail «juridique», qui relève de l'application de l'art. 400 CO et des règles de la bonne foi, n'a pas à être confié à un expert judiciaire. Le moyen tiré d'une violation du droit à la preuve est mal fondé. – 3. Enfin, la demande du client, notamment en tant qu'elle porte sur les évaluations quotidiennes des options et les calculs de marge quotidiens depuis l'ouverture du compte, apparaît «disproportionnée et chicanière». Le recours du client est rejeté.

TF 4A_599/2019 du 1^{er} mars 2021 (1^{re} Cour de droit civil). *Recours contre GE Cour de justice, ACJC/1515/2019 du 4 octobre 2019. Recension: Hirsch, <cdfb.ch/1190>; iusNet DB 28.06.2021.*

r36 Rechenschaft nach Art. 400 OR. Vollstreckung. – *Reddition de compte (art. 400 CO). Exécution forcée.*

Im Erkenntnisurteil wurde die Bank B. AG verpflichtet, ihrer Kundin A. Ltd. Rechenschaft abzulegen. Die Kundin ist der Ansicht, dass ihr die Bank nicht alle Dokumente ausgehändigt hat, zu deren Vorlage sie verpflichtet gewesen wäre, und ersucht um Vollstreckung des Urteils.

1. Ein Entscheid ist vollstreckbar, wenn er rechtskräftig ist und die tatsächliche Möglichkeit besteht, die im Entscheid festgestellte Leistungspflicht zu vollstrecken. Nur soweit sich aus den Erwägungen des zu vollstreckenden Urteils klar und eindeutig ergibt, dass der berechtigten Partei mehr zugesprochen wurde, als die verpflichtete Partei geleistet hat, kann im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens Abhilfe geschaffen werden. – 2. Zwar wurde die Bank im Editions Urteil insbesondere zur Darlegung der Kennzahlen und Berechnungen verpflichtet, die ihren Margennachforderungen zugrunde liegen. Eine Gutheissung des Vollstreckungsbegehrens setzt aber eine Diskrepanz zwischen dem tatsächlich Gelieferten und dem gemäss Editions Urteil zu Liefernden voraus. Eine solche zeigt die A. Ltd. nicht rechtsgenügend auf. – 3. Die A. Ltd. macht sodann geltend, dass die Bank ihrer Pflicht zur Vorlage einer umfassend dokumentierten Schlussabrechnung nicht nachgekommen sei. Dabei legt sie allerdings nicht dar, inwiefern sich bereits aus dem Editions Urteil ergibt, dass die tatsächlich vorgelegten Dokumente ungenügend sind. Soweit darüber im Editions Urteil nicht abschliessend befunden wurde, hilft der Beschwerdeführerin die Vollstreckung nicht weiter. – 4. Die A. Ltd. kann nicht mehr vollstrecken lassen, als ihr im Editions Urteil zugesprochen wurde. Die Frage, inwieweit die Bank Rechenschaft abzulegen hat über Dokumente und Gespräche, auf die in Gesprächen zwischen den Parteien Bezug genommen worden ist, stellt sich nicht, da die Bank diesbezüglich im Editions Urteil nicht zu einer Auskunft verpflichtet wurde. – 5. Nicht zu beanstanden ist schliesslich, dass die Vorinstanz dem Antrag, die Bank zu einer Vollständigkeitserklärung zu verpflichten, nicht stattgegeben hat, da ihr das zu vollstreckende Urteil keine entsprechende Pflicht auferlegt.

BGer 4A_287/2020 vom 24. März 2021 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. Ltd. gegen Bank B. AG). *Vorinstanz: BS Appellationsgericht, BEZ.2019.74 vom 31. März 2020. Erkenntnisurteil: BGE 139 III 49, SZW 2013 S. 328 f. r34. Besprechungen:*

Geissbühler, <cdfb.ch/1186/>; SZSP/RSPC 5/2021 S. 451; ZZZ 55/2021 S. 682.

r36a Errichtung und Administration von Offshore-Strukturen. Rechenschaft und Herausgabe von Dokumenten nach Art. 400 OR. – Mise en place et administration des structures offshore. Reddition de compte et restitution des documents (art. 400 OR).

A. verlangt von der Treuhand- und Beratungsfirma B. AG, die für ihn zwei (mittlerweile aufgelöste) Offshore-Strukturen aufgesetzt und administrativ geführt hatte, die Herausgabe verschiedener Dokumente sowie Auskunft und Rechenschaft über verschiedene Themen. Das Handelsgericht des Kantons Zürich heisst seine Klage teilweise gut.

1. Der Auftraggeber ist nicht zur vorprozessualen Stellung eines Auskunfts-/Rechenschaftsbegehrens verpflichtet, sondern kann direkt eine entsprechende Klage einreichen. – 2. Der Umfang der Rechenschafts- und Herausgabepflicht hängt vom Umfang des Auftrages ab. Die B. AG übernahm administrative Tätigkeiten im Zusammenhang mit den errichteten Gesellschaften und Stiftungen und fungierte in Bezug auf die Kontobeziehungen bei der Bank C. als Verbindungsstelle. Sie war jedoch weder Organ der Gesellschaften noch mit der Vermögensverwaltung beauftragt. – 3. Soweit der B. AG im Rahmen der geschilderten Tätigkeit Dokumente zugekommen sind, wie etwa Kontoauszüge und weitere Bankunterlagen, Beschlüsse der Gesellschaften und Stiftungen sowie weitere gesellschaftsrechtliche Dokumente, hat sie diese herauszugeben. Dasselbe gilt für Dokumente, die die B. AG selbst erstellt hat, sowie sämtliche Korrespondenz mit der Bank C. – 4. Die B. AG hat dem A. diverse Auskünfte zu erteilen, insbesondere im Zusammenhang mit der Unterdeckung auf dem Konto einer der beiden Gesellschaften, der Sitzverlegung der Stiftungen und der Auflösung der Offshore-Strukturen. Soweit die B. AG die Auskünfte bereits vorprozessual oder im Rahmen ihrer Klageantwort oder Duplik erteilt hat, sind seine Begehren als gegenstandslos abzuschreiben. – 5. Weiter hat die B. AG über die Verwendung des Vorschusses von A. sowie über ihre Rechnungsstellung Rechenschaft abzulegen (insbesondere über die Notwendigkeit der verrechneten Leistungen).

ZH Handelsgericht, HG190051-O vom 27. September 2021 (A., Dr., gegen B. AG).

r37 Rapports entre fonds de placement étranger et banque dépositaire en Suisse. Contrat complexe.

Étendue de la reddition de compte. Documents internes. – Verhältnis zwischen einem ausländischen Anlagefonds und der Schweizer Depotbank. Zusammengesetzter Vertrag. Umfang der Rechenschaft. Interne Dokumente.

Un fonds de placement des Iles Caïmans agit en reddition de compte contre une banque dépositaire zurichoise (D.). Outre les relevés mensuels et de portefeuille, les avis d'opérations et les instructions données à la banque, le fonds réclame la demande d'autorisation d'exercice de l'activité bancaire de D., celle ayant avalisé la prise de contrôle de «E SA» et les documents équivalents déposés en Chine. Le fonds réclame enfin les directives internes de la banque relatives au traitement des conflits d'intérêts et la décision d'autorisation de la FINMA concernant ses nouveaux dirigeants à la suite du départ de l'un d'entre eux.

1. Pour statuer définitivement sur une telle demande, il faut qualifier les rapports juridiques. – 2. Les parties s'opposent sur la question de l'application des règles du mandat à l'ensemble de leurs relations contractuelles. Un contrat est complexe ou complexe lorsque la convention en réunit plusieurs distincts, mais dépendants entre eux. Lorsque tel est le cas, il faut rechercher pour chaque question juridique le centre de gravité des relations contractuelles. Lorsqu'une banque et un client sont liés par plusieurs contrats intrinsèquement liés entre eux et dépendants les uns des autres, il faut donner une réponse unique pour l'ensemble du contrat au sujet de la reddition de compte. – 3. *In casu*, les transactions réalisées par D., notamment celles liées aux *futures*, remplissent les conditions d'un contrat de commission, si bien que la relation comportait d'autres composantes du droit du mandat que celle qui est propre à l'activité de banque dépositaire (not. gestion administrative des titres). La banque a par ailleurs accordé des crédits au fonds de placement en vue de l'exécution de ces transactions. Ces crédits étaient garantis par le nantissement des avoirs du fonds (entre autres). Par conséquent, le rapport contractuel doit être qualifié de contrat complexe et appréhendé comme un seul accord. – 4. Sur la reddition de compte, la Cour rappelle la distinction entre documents internes et purement internes. Le client peut en particulier demander à la banque comment elle fixe et calcule ses marges en cas de litige relatif à un appel de marge. – 5. L'obligation de rendre compte trouve ses limites dans l'application des règles de la bonne foi. En l'occurrence,

les demandes d'autorisation formées par le groupe D. échappent aux relations contractuelles litigieuses. Elles n'apparaissent pas utiles pour contrôler concrètement les actes de la banque. – 6. En l'absence de mandat de gestion de fortune, la banque n'était pas responsable de la surveillance des investissements effectués par son représentant ou de leur conformité avec la politique d'investissement. Pour cette raison, le fonds n'a pas besoin des directives internes de la banque en matière de conflits d'intérêts. En revanche, le fonds a droit d'obtenir copie de toutes les instructions qu'il a données à la banque, indépendamment du fait que celles-ci portent sur ses propres actifs ou sur ceux qui lui ont été prêtés. Enfin, le rapport d'audit prudentiel est destiné à la FINMA et n'a pas à être remis aux clients d'une banque.

GE Cour de justice, ACJC/910/2021 du 9 juillet 2021.

r38 Résiliation de la relation bancaire. Reddition de compte (non). Temps inopportun (non) – Kündigung der Bankbeziehung. Rechenschaft (nein). Unzeit (nein).

1. L'obligation de présenter des comptes, de même que l'obligation de renseigner, doivent permettre au mandant de vérifier si l'activité du mandataire correspond à une bonne et fidèle exécution du mandat. Or, en l'espèce, l'action du client (société de gestion de fortune) ne tend pas à contrôler l'activité déployée par la banque, mais uniquement à obtenir des documents internes ayant trait à la résiliation du contrat. Elle sort du champ de l'art. 400 al. 1 CO. – 2. Les conditions générales applicables stipulent expressément que chacun des cocontractants a la possibilité de résilier le contrat à tout moment et selon sa libre appréciation. En outre, le client a bénéficié d'un délai suffisamment long (environ sept mois) pour s'organiser et trouver un nouvel établissement bancaire où transférer le solde de ses avoirs. Le contrat n'a donc pas été résilié en temps inopportun.

GE Cour de justice, ACJC/1589/2021 du 30 novembre 2021.

r39 Conseil en investissements immobiliers. Reddition de compte. Légitimation en cas de décès. Pas de suivi des investissements ni de conflit d'intérêts. – Beratung bezüglich Investitionen in Immobilien. Rechenschaft. Legitimation im Falle des Ablebens. Weder Investitionsüberwachung noch Interessenkonflikt.

Un homme d'affaires, actif dans l'immobilier, actionne sa banque en paiement, en reddition de compte et en restitution. Il se plaint de n'avoir pas pu obtenir les informations qu'il souhaitait au sujet d'investissements qu'elle lui a conseillés dans des projets immobiliers. Les héritiers du

client décédé, représentés par une exécutrice testamentaire, reprennent ses conclusions.

1. Le droit des héritiers à obtenir des informations peut avoir un fondement contractuel ou successoral. Le droit à la reddition de compte a un fondement contractuel et ne s'éteint pas avec la mort du client de la banque, mais la légitimation pour le faire valoir peut relever du droit successoral. – 2. Selon le droit mexicain applicable à la succession, le droit à la reddition de compte a passé aux héritiers, qui sont valablement représentés par l'exécutrice testamentaire. – 3. En l'occurrence, le contrat de conseil en placement exclut expressément le suivi des investissements. – 4. Contrairement à ce qu'affirment les appelants, la banque ne s'est pas engagée à fournir des renseignements qui iraient au-delà de l'art. 400 CO. – 5. Le fait que le gestionnaire des comptes, par ailleurs organe de la banque et ami du *de cuius*, soit également organe de sociétés tierces utilisées pour réaliser les investissements litigieux ne donne pas lieu *in casu* à un conflit d'intérêts. Grâce à la collaboration du gestionnaire et aux positions qu'il a occupées, la banque a pu produire certains documents, à bien plaisir. Pour autant, elle n'est pas tenue de remettre tous ceux que réclament les appelants au seul motif que son employé serait censé pouvoir les procurer du fait de la position qu'il occupe au sein des sociétés concernées. L'appel est donc rejeté.

GE Cour de justice, ACJC/631/2021 du 11 mai 2021. Recours pendant au TF. *Recension* : iusNet DB 11.10.2021.

V. Procédure civile, exécution forcée et entraide internationale – Zivilverfahren, Zwangsvollstreckung und internationale Rechtshilfe

r40 Rechtshilfe in Zivilsachen. Klage einer Steuerbehörde auf Rückerstattung unberechtigter Auszahlungen (Cum-Ex). Pre-trial discovery. – Entraide judiciaire en matière civile. Action d'une autorité fiscale en remboursement de paiements injustifiés (Cum-Ex). Pre-trial discovery.

Die Steuerverwaltung des europäischen Landes F. klagt vor einem US-Gericht gegen 139 Parteien auf Rückerstattung unberechtigter Auszahlungen (Cum-Ex). Das Verfahren befindet sich im Stadium der Pre-trial discovery. Das US-Gericht ersucht die schweizerischen Behörden um Rechtshilfe in Zivilsachen. Das Bezirksgericht hat das Gesuch abgewiesen. Das Obergericht heisst die von der Steuerverwaltung F. dagegen erhobene Beschwerde gut und weist die Sache an die Vorinstanz zurück.

1. Der Begriff der Zivil- oder Handelssache nach dem Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 18. März 1970 (HBÜ) ist gemäss Art. 31 VRK vertragsautonom auszulegen. Steuersachen fallen nicht in

den sachlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens. Demgegenüber sind Zivilklagen, die eine Behörde zur Wahrung öffentlicher Interessen gegen eine Privatperson erhebt, nicht grundsätzlich ausgeschlossen. – 2. Die Steuerverwaltung F. will mit ihrer Klage nicht Steuern eintreiben, sondern zu Unrecht ausbezahlte Beträge zurückverlangen. Sie handelt weder in Ausübung hoheitlicher Befugnisse noch besteht oder bestand zwischen ihr und den Beklagten ein Steuerrechtsverhältnis. Ihre Klage ist daher als zivilrechtlich im Sinne von Art. 1 Abs. 1 HBÜ zu qualifizieren. – 3. Die Schweiz hat für «pre-trial discovery of documents»-Verfahren einen Vorbehalt nach Art. 23 HBÜ angebracht, wonach solche Ersuchen abgelehnt werden dürfen, wenn sie keine direkte oder notwendige Beziehung mit dem zugrunde liegenden Verfahren aufweisen. Vorliegend ist der erforderliche Bezug gegeben: Das US-Gericht ersucht um Dokumente und Aussagen der H. SA, die als Unterverwahrerin der Wertpapiere fungiert haben soll, mit denen der angebliche Betrug durchgeführt wurde. – 4. Das Spezialitätsprinzip ist im Anwendungsbereich des HBÜ nicht anwendbar.

ZH Obergericht, RU210038-O vom 23. August 2021 (I. Zivilkammer, A. gegen B., C., D., E. und weitere Beklagte), rechtskräftig.

r41 Wahrung schutzwürdiger Interessen nach Art. 156 ZPO. Auferlegung einer strafbewehrten Geheimhaltungspflicht für die Dauer des Prozesses (Art. 292 StGB). – Sauvegarde d'intérêts dignes de protection selon l'art. 156 CPC. Interdiction de divulguer pour la durée de la procédure (art. 292 CP).

Die B. Ltd. klagt gegen eine Bank auf Schadenersatz. Diese möchte der B. Ltd. unter Strafandrohung gerichtlich verbieten lassen, bestimmte Informationen Dritten zugänglich zu machen. Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat die entsprechenden Anträge abgewiesen. Das Bundesgericht heisst die dagegen erhobene Beschwerde teilweise gut.

1. Das Gericht kann gestützt auf Art. 156 ZPO für die Dauer des Prozesses eine strafbewehrte Geheimhaltungspflicht anordnen, sofern diese geeignet, erforderlich und angemessen ist. Diese kann sich ausnahmsweise auch auf die Ausführungen in den Rechtsschriften erstrecken, nämlich soweit diese die Urkunden, die von den Schutzmassnahmen betroffen sind, wörtlich zitieren oder detailliert bzw. nahezu wörtlich umschreiben, oder wenn sich sonst aus dem

Kontext eindeutige Eingriffe in die schutzwürdigen Interessen einer Partei oder Dritter ergeben. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. – 2. Die Bank kann vorliegend glaubhaft machen, dass sie im Falle einer Übermittlung der streitgegenständlichen Unterlagen an Dritte negative Konsequenzen – namentlich Reputationsschäden – zu befürchten hätte. Ebenso ist glaubhaft, dass eine unkontrollierte Weiterverbreitung an unbefugte Dritte effektiv zu befürchten ist. – 3. Die von der Bank beantragte strafbewehrte Geheimhaltungspflicht ist verhältnismässig: Sie schränkt die Parteirechte der B. Ltd. nicht ein, sondern gewährleistet gerade, dass ihr Anspruch auf rechtliches Gehör gewahrt wird. Auch nimmt die Bank explizit Experten und andere Hilfspersonen von der Geheimhaltung aus, auf welche die B. Ltd. zur Durchsetzung ihrer prozessualen Rechte im Hauptverfahren angewiesen sein könnte. Die von der Vorinstanz vorgeschlagene (weitere) Schwärzung von Informationen wäre kein milderes Mittel, da sie gerade zu einer Einschränkung der Parteirechte der B. Ltd. führen würde.

BGer 4A_58/2021 vom 8. Dezember 2021 (I. zivilrechtliche Abteilung, Bank A. AG gegen B. Ltd.), zur Publikation vorgesehen. **Besprechung:** Hirsch, <cdfb.ch/1217/>.

r42 Opposition à séquestre. Principe de la transparence (Durchgriff). Absence d'abus de droit. – Arresteinsprache. Durchgriff. Kein Rechtsmissbrauch.

Une société de domicile (A) obtient un crédit lombard de la banque pour un montant avoisinant USD 90 millions. Au cours de la relation, l'ayant droit économique (B) de la société *offshore* répond aux divers appels de marge de la banque en procédant lui-même au transfert des fonds nécessaires. En mars 2020, la situation financière de A se dégrade. Ni A ni B ne donnent suite à un appel de marge. La banque réalise les positions ouvertes, qui résultent en un découvert de env. USD 49 millions. La banque obtient en première instance le séquestre des avoirs de la société et de son ayant-droit économique auprès d'autres établissements financiers de la place.

1. La question litigieuse porte sur l'application du principe de la transparence. – 2. L'autorité cantonale supérieure a jugé que la dualité juridique entre A et B n'avait pas été invoquée de manière abusive, de sorte que le séquestre ne pouvait pas porter sur les avoirs bancaires de B. Elle l'a donc annulé. – 3. Comme la décision sur opposition au séquestre (art. 278 al. 3

LP) concerne une mesure provisionnelle (art. 98 LTF), la banque ne peut en l'occurrence se plaindre que d'une violation de ses droits constitutionnels devant le Tribunal fédéral. – 4. Seuls les biens du débiteur, soit les choses et droits qui lui appartiennent juridiquement, peuvent être frappés par un séquestre (art. 271 al. 1 LP). En application du principe de la transparence, un tiers peut néanmoins être tenu des engagements d'un débiteur avec lequel il forme une identité économique. – 5. La transparence suppose, d'une part, qu'il y ait identité des personnes conformément à la réalité économique ou, en tout cas, domination économique d'un sujet de droit sur l'autre; et, d'autre part, que la dualité soit invoquée de manière abusive. Toute confusion de patrimoines n'entraîne pas un *Durchgriff*. Les cas où les sphères et patrimoines de l'actionnaire et de la personne morale sont confondus constituent un indice qui peut conduire à lever le voile social, à condition qu'il en résulte un abus de droit dans le cas concret. – 6. En l'espèce, la cour cantonale a retenu que l'éventuelle confusion des patrimoines confirme tout au plus l'identité économique entre les personnalités. Les transferts de l'ayant droit vers la société ne permettent pas de tirer la conclusion que la dualité a été invoquée abusivement. – 7. Le Tribunal fédéral rejette donc le grief d'arbitraire dans l'application du principe de la transparence.

TF 5A_10/2021 du 1^{er} juillet 2021 (II^e Cour de droit civil); SJ 2022 24. *Recours contre GE Cour de justice, ACJC/1606/2020 du 12 novembre 2020.*

r43 Faillite bancaire. Virements et achat de titres avant la faillite. Distraction de la masse en faillite (non). Révocation. – Bankkonkurs. Überweisungen und Wertpapierkauf vor dem Konkurs. Aussonderung aus der Konkursmasse (nein). Absichtsanfechtung.

Une cliente de Banque Privée Espirito Santo (Suisse) SA appartient à la famille fondatrice du groupe. Alors que la banque connaît des difficultés financières, la cliente transfère EUR 1 200 000 auprès d'une autre banque et procède également à des conversions d'espèces en titre. Après la faillite de la banque, les héritiers de la cliente (décédée) demandent la distraction des titres (art. 20 al. 3 OIB-FINMA) contre la masse en faillite. Demande rejetée par les deux instances cantonales.

1. La révocation au sens de l'art. 288 LP dépend (notamment) de deux conditions subjectives: (i) le

débiteur a agi intentionnellement et (ii) le cocontractant connaissait – ou devait reconnaître – cette intention du débiteur. – 2. Sur la première condition: les graves problèmes financiers de la banque étaient connus. L'existence d'un lien de parenté entre le débiteur et le bénéficiaire de l'acte constitue un indice fort d'une intention dolosive du débiteur. En l'espèce, l'intention dolosive de la banque est donc établie. – 3. La deuxième condition est réalisée si le bénéficiaire de l'acte révocable avait connaissance de l'intention dolosive du débiteur ou aurait « pu ou dû » prévoir, en usant de l'attention commandée par les circonstances, que l'opération aurait pour conséquence naturelle de porter préjudice aux autres créanciers ou de le favoriser au détriment de ceux-ci. Il peut être reproché à celui qui a été favorisé d'avoir méconnu la situation financière notoirement mauvaise de son cocontractant, mais aussi de ne pas prendre spontanément des renseignements pour éclaircir la véritable intention du débiteur et les effets de l'acte. – 4. Depuis le 1^{er} janvier 2014, l'art. 288 al. 2 LP prévoit qu'en cas de révocation d'un acte accompli en faveur d'une personne proche du débiteur, il incombe à cette personne d'établir qu'elle ne pouvait pas reconnaître l'intention de porter préjudice. Ce renversement du fardeau de la preuve s'applique ici compte tenu des liens familiaux entre la *de cuius* et les gestionnaires de la banque. – 5. En l'espèce, la *de cuius* aurait pu et dû connaître les problèmes financiers de la banque grâce à des articles de presse et en raison de ses liens familiaux directs avec les fondateurs et les gestionnaires de la banque. Les demandeurs échouent ainsi à renverser la présomption légale.

VD Tribunal cantonal, PO18.004400-210790 du 17 novembre 2021; recours au Tribunal fédéral pendant.

r44 Convention de Lugano. Election de for. Conditions générales. Abus de droit. – Lugano-Übereinkommen. Wahl des Gerichtsstands. Allgemeine Geschäftsbedingungen. Rechtsmissbrauch.

Afin d'obtenir le paiement d'un solde négatif, une banque française actionne en Suisse un client de nationalité française domicilié en Suisse. Les conditions générales prévoient une élection de for en France. Les tribunaux vaudois se déclarent incompétents *ratione loci*.

1. L'art. 23 CL autorise les parties à convenir « d'un tribunal ou de tribunaux d'un Etat lié par la convention ». En droit international, si la clause d'élection de for est insérée dans les conditions géné-

rales d'une partie, il faut que l'autre partie ait su ou pu savoir qu'elle se trouvait dans ces conditions avant de les accepter. – 2. En l'espèce, c'est le client qui a produit en procédure les conditions générales. Il les a ainsi reçues et a pu en prendre connaissance. – 3. La banque a imposé ses conditions générales et se prévaut, dans la procédure, qu'elles n'ont pas été acceptées par le client. Elle commet ainsi un abus de droit. – 4. L'éventuelle nullité de la clause de prorogation de for au regard du droit français ne change rien à la compétence du juge suisse. Plaider la nullité de sa propre clause revient également à adopter un comportement contraire à la bonne foi. – 5. La compétence ne peut pas être ici fondée sur le domicile du consommateur en l'absence de lien qualifié du contrat avec la Suisse (art. 15 al. 1 let. c CL).

VD Tribunal cantonal, PT19.009771-200856 du 15 janvier 2021; arrêt entré en force.

r45 Liquidation einer zahlungsfähigen ausländischen Bank. Drittverwahrung von Bucheffekten in der Schweiz. Vorsorgliche Massnahmen. – Liquidation d'une banque étrangère solvable. Sous-dépositaire en Suisse. Titres inter-médiés. Mesures provisionnelles.

Die Bank X. mit Sitz in Andorra hatte 1999 mit einer Rechtsvorgängerin der Bank Y. mit Sitz in der Schweiz einen Depotvertrag über die Verwahrung von Wertschriften aus Eigen- und Kundenbestand abgeschlossen. 2015 stufte das Financial Crimes Enforcement Network des US-amerikanischen Finanzdepartements die Bank X. als ausländisches Finanzinstitut mit dem begründeten Verdacht auf Geldwäscherei ein, woraufhin sämtliche Korrespondenzbanken ihre Beziehungen zur Bank X. einstellten. Das Fürstentum Andorra errichtete die Agència Estatal de Resolució d'Entitats Bancàries (AREB) und betraute sie mit der Durchführung des Abwicklungsverfahrens der Bank X. Vier panamaische Gesellschaften, die je eine Geschäftsbeziehung mit der Bank X. unterhalten und bei ihr Effekten hinterlegt haben, haben gegen die Bank Y. und die AREB ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen eingereicht. Sie machen geltend, die Bank X. habe einen Teil ihrer Effekten bei der Bank Y. verwahrt und wollen ihr verbieten, jegliche Anweisungen der AREB und/oder der Bank X. bezüglich verschiedener, einzeln aufgezählter Effekten zu befolgen. Das Handelsgericht ist auf das Gesuch nicht eingetreten. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

1. Auf das Gesuch gegen die Bank Y. ist nicht einzutreten, weil es an einem konnexen gegenwärtigen oder zukünftigen Hauptverfahren fehlt und kein prosequierbarer Anspruch der Beschwerdeführerinnen gegen die Bank Y. vorliegt. – 2. Auf das Gesuch gegen die AREB ist nicht einzutreten, weil das Handelsgericht dafür weder örtlich noch sachlich zuständig ist. Die Vorinstanz ging korrekt vor, indem sie die Rechtsnatur dieser Streitigkeit nicht als zivilrechtlich, sondern als verwaltungsrechtlich qualifizierte. – 3. Wenn ein Gericht nicht auf einen Rechtsbehelf eintritt, weil es sich für örtlich und/oder sachlich unzuständig hält, verstösst es nicht gegen die Rechtsweggarantie: Sowohl

Art. 29a BV als auch Art. 6 Abs. 1 EMRK erlauben, dass das Gesetz den Zugang zum Richter von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht. Dazu zählen Zuständigkeitsvorschriften.

BGer 4A_93/2021 vom 1. Oktober 2021 (I. zivilrechtliche Abteilung, C. Inc., A. S.A., B. Foundation und D. S.A. gegen Y. (Schweiz) AG und Agència Estatal de Resolució d'Entitats Bancàries AREB). Vorinstanz: ZH Handelsgericht, HE190229-O vom 4. Januar 2021. Siehe auch BGE 145 II 168 sowie BVGer B-2520/2017 vom 21. Dezember 2017.

r46 Definitive Rechtsöffnung. Vollstreckbarkeit ausländischer öffentlich-rechtlicher Urkunden. – Mainlevée définitive. Caractère exécutoire des titres authentiques de droit étranger.

Die Bank B. verlangt gestützt auf eine deutsche Grundschuldbestellungsurkunde die provisorische Rechtsöffnung gegen Darlehensschuldnerin A. Die Gerichte erteilen ihr die definitive Rechtsöffnung.

1. Dass die kantonalen Instanzen der Bank anstatt der beantragten provisorischen Rechtsöffnung die definitive Rechtsöffnung gewährten, ist nicht zu beanstanden (vgl. BGE 140 III 372 E. 3.5). – 2. Im Rechtsöffnungsverfahren kann gegen die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer öffentlicher Urkunden im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens einzig der Ablehnungsgrund des Ordre public angerufen werden. Vorbringen in Bezug auf die materielle Rechtmässigkeit der Schuld müssen im Rahmen der Klagen gemäss Art. 85a und Art. 86 SchKG geltend gemacht werden (BGE 143 III 404 E. 5.2.3). – 3. Ob mit dieser Rechtsprechung gesagt sein soll, dass dem Schuldner im Rechtsöffnungsverfahren betreffend die Zwangsvollstreckung aus einer ausländischen öffentlichen Urkunde im Sinne des Lugano-Übereinkommens nicht nur die weiteren Einwendungen gegen die Leistungspflicht im Sinne von Art. 81 Abs. 2 SchKG, sondern sogar diejenigen der Tilgung und Stundung sowie die Einrede der Verjährung (Art. 81 Abs. 1 SchKG) versagt sind, erscheint fraglich, kann aber mit Blick auf die heute zu beurteilende Beschwerde offenbleiben. – 4. Im ordentlichen Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht kann bezüglich ausländischen Rechts nur gerügt werden, dass der angefochtene Entscheid dieses willkürlich anwende oder andere verfassungsmässige Rechte verletze. Die Beschwerdeführerin behauptet vorliegend lediglich die unrichtige Anwendung, nicht aber eine willkürliche oder sonst wie verfassungswidrige Anwendung deutschen Rechts.

BGer 5A_393/2021 vom 17. Dezember 2021 (II. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen B.). Vorinstanz: ZH Obergericht, RT200056-O vom 25. März 2021 (I. Zivilkammer, A. gegen Kreissparkasse B.).

r47 Deliktspauliana (Art. 288 SchKG) – Révocation (art. 288 LP).

Die Bank erhebt eine paulianische Anfechtungsklage gegen die Ehefrau und die Tochter von E., der als Verwaltungsrat der K. AG eine Solidarbürgschaft für die Rückzahlung eines Darlehens der K. AG eingegangen war. Kurz nach der Kündigung des Darlehens durch die Bank wegen ausstehender Zinsen hatte er seine hälftigen Miteigentumsanteile an drei Grundstücken auf seine Ehefrau übertragen, die die Grundstücke ihrerseits an die gemeinsame Tochter übertrug.

1. Die Eigentumsübertragung der hälftigen Miteigentumsanteile von E. auf seine Ehefrau stellt eine anfechtbare Rechtshandlung im Sinne von Art. 285 bzw. 288 SchKG dar, die unstrittig innert der fünfjährigen Verdachtsfrist stattfand. – 2. Die Anfechtungsklage nach Art. 288 SchKG setzt eine tatsächliche Schädigung mindestens eines Gläubigers voraus. Diese wird bei einem anfechtungsrelevanten Verhalten vermutet. An einer Gläubigerschädigung fehlt es in der Regel, wenn der Schuldner für seine Leistung gleichzeitig oder allenfalls nachträglich eine verwertbare gleichwertige Gegenleistung erhalten hat. Durch die Übertragung der hälftigen Miteigentumsanteile von E. an seine Ehefrau wurden andere Gläubiger von E., insbesondere die Bank, geschädigt, indem das Vollstreckungssubstrat vermindert wurde. Die Gegenleistung der Ehefrau, Beteiligungen an zwei Gesellschaften, erhielt E. nicht zeitgleich oder nachträglich, sondern längere Zeit im Voraus. Eine Gläubigerschädigung ist daher zu bejahen. Darüber hinaus wurde der Beweis der Gleichwertigkeit dieser Gegenforderung nicht erbracht. Auch die Schädigungsabsicht von E. sowie die Erkennbarkeit dieser Schädigungsabsicht für seine Ehefrau sind zu bejahen. – 3. Gemäss Art. 290 SchKG richtet sich die Anfechtungsklage gegen die Personen, die mit dem Schuldner die anfechtbaren Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben oder von ihm in anfechtbarer Weise begünstigt worden sind, sowie gegen ihre Erben oder andere Gesamtnachfolger und gegen bösgläubige Dritte. Die Tochter, an die die Grundstücke von der Ehefrau von E. weiterübertragen wurden, hätte bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen können, dass E. eine Gläubigerschädigung als mögliche Folge der Übertragung der hier interessierenden hälftigen Miteigentumsanteile an seine Ehefrau in Kauf genommen hat. Folglich ist die Tochter als bösgläubige Dritte passivlegitimiert. – 4. Nach dem Gesagten sind die Voraussetzungen für eine Absichtsanfechtung erfüllt. Die Tochter wird verpflichtet, die Pfändung und Verwertung der Grundstücke im von der Bank gegen E. geführten Betreibungsverfahren zu dulden. Die Hälfte des Verwertungserlöses steht der Tochter zu, die andere Hälfte der Bank. Die Ehefrau von E. wird verpflichtet, der Bank im Fall, dass die soeben erwähnte Rückgabe in natura seitens der Tochter nicht sollte vollstreckt werden können, CHF 80 000 zuzüglich Zins zu bezahlen.

GL Obergericht, OG.2016.00058/59 vom 18. Dezember 2020 (A. gegen B. und C.), rechtskräftig.

r48 Offenkundige Tatsachen. Aktienkurse börsenkotierter Gesellschaften (nein). – *Faits notoires. Cours des actions des sociétés cotées en bourse (non)*.

1. Offenkundige Tatsachen bedürfen keines Beweises (Art. 151 ZPO) und müssen auch nicht behauptet werden. Offenkundig sind Tatsachen, die allgemein, jedenfalls aber am Ort des Gerichts verbreitet bekannt sind. Nicht erforderlich ist, dass die Allgemeinheit die Tatsache unmittelbar kennt; es genügt, wenn sie sich aus allgemein zugänglichen Quellen erschliessen lässt. – 2. Die Aktienkurse börsenkotierter Unternehmen sind nicht offenkundig. Offenkundig ist aber zumindest, dass sie starken Schwankungen unterworfen sein können, dies auch innerhalb eines einzigen Tages. Ferner werden Aktien zum Teil auch an mehreren Börsen gehandelt, woraus unterschiedliche Kurse für dieselben Wertpapiere resultieren können. Sodann bestehen für in der Vergangenheit liegende Aktienkurse börsenkotierter

Unternehmen mannigfaltige Quellen, die teilweise gar minim voneinander abweichende Werte ausweisen.

BGer 5A_1048/2019 vom 30. Juni 2021 (II. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen B.). **Vorinstanz:** AG Obergericht, ZOR.2019.24 vom 12. November 2019. **Besprechungen:** Büchli, *Anwaltsrevue* 2021 S. 506 f.; *FamPra.ch* 2021 S. 1045 ff.; <kgeld.ch>, 1. September 2021 (Gericht muss Aktienkurse nicht selber abklären); Ludin, <swissblawg.ch> 5. August 2021; SZZP/RSPC 6/2021 S. 57.

r48a Anerkennung ausländischer Urteile. Ordre public. «Perte de chance de ne pas contracter». – *Reconnaissance des jugements étrangers. Ordre public. «Perte de chance de ne pas contracter».*

Mehrere in Frankreich wohnhafte Anleger, darunter A. und C., hatten in den D.-Fonds der Schweizer E. SA investiert. Die Hälfte der investierten Gelder stammte jeweils aus Darlehen der Bank B. Als Sicherheit für die Darlehen verpfändeten die Anleger die Wertpapiere, in die sie investiert hatten. Nach dem Börsencrash eröffnete die Bank den Anlegern, sie werde die verpfändeten Wertpapiere verkaufen. Die Anleger erhoben in Frankreich Klage gegen die Bank B. Das Appellationsgericht Nancy erklärte in Anwendung (nur) französisches Rechts die Verträge zwischen den Anlegern und der Bank für nichtig, stellte fest, dass es die Bank versäumt habe, die Anleger beim Abschluss der Darlehensverträge zu warnen, und machte die Bank für die erlittenen Schäden verantwortlich. Das Gericht verpflichtete die Bank insbesondere zu Zahlungen an die Anleger unter dem Titel «perte de chance». A. und C. verlangen jeweils die definitive Rechtsöffnung, wobei sie als definitiven Rechtsöffnungstitel die entsprechenden Urteile des Appellationsgerichts Nancy einreichen.

1. Damit ein in einem LugÜ-Vertragsstaat ergangenes Urteil in der Schweiz der Zwangsvollstreckung zugänglich ist, muss es vorgängig von einem Schweizer Gericht für vollstreckbar erklärt werden (Art. 38 Abs. 1 LugÜ). Die Bank wendet insbesondere ein, dass der Vollstreckungsentscheid den materiellen Ordre public verletze, indem er A. und C. jeweils eine Forderung gestützt auf die vom Bundesgericht abgelehnte Rechtsfigur der «perte de chance» zuspreche. Dabei handle es sich um eine Strafzahlung, deren Ordre-public-Widrigkeit aufgrund der Analogie zu den «punitive damages» in den USA erstellt sei. – 2. Die «perte de chance» basiert gemäss zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz letztlich auf der Begründung, dass der Gläubiger die Vermögensvermehrung, die er sich aufgrund der entgangenen Chance erhofft habe, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erzielt hätte. Die Bank legt nicht dar, inwiefern die Anerkennung des Urteils, welches einen solchen Schadenersatzanspruch bejaht, mit grundlegenden Prinzipien der hiesigen Rechtsordnung in einem unerträglichen Widerspruch stehe. – 3. Zu prüfen ist, ob der Zahlungsverpflichtung die Anerkennung und Vollstreckung deshalb zu versagen ist, weil es sich dabei gar nicht um eine Schadenersatzzahlung aufgrund der Theorie «perte de chance», sondern um eine Ordre-public-relevante Strafzahlung handelt. Die Ordre-public-Widrigkeit müsste offensichtlich sein. Diese Offensichtlichkeit fehlt vorliegend: Das Appellationsgericht Nancy wirft der Bank vor, den Anlegern durch die Verletzung ihrer Warnpflicht die Chance genommen zu haben, die Kreditverträge nicht zu unterzeichnen («perte de chance de ne pas contracter»). Die zu leistenden Zahlungen

an A. und C. stellen somit keine Strafzahlungen, sondern insofern Schadenersatz dar, als A. und C. dadurch wirtschaftlich so gestellt werden sollen, wie wenn sie genügend gewarnt worden und damit in der Lage gewesen wären, frei über die Eingehung der Kreditverträge und der damit verbundenen Risiken zu entscheiden. – 4. Der Vorrichter qualifizierte das Urteil somit zu Recht vorfrageweise als vollstreckbar. Da die weiteren Voraussetzungen der definitiven Rechtsöffnung unbestritten sind, erteilte er demnach auch zu Recht die definitive Rechtsöffnung. – 5. Das Bundesgericht hat auf Beschwerde hin bestätigt, dass die Verurteilung der Bank zu Schadenersatz gestützt auf die Rechtsfigur der «perte de chance de ne pas contracter» nicht gegen den schweizerischen Ordre public verstösst.

SG Kantonsgericht, BES.2019.118-EZS1 vom 15. Dezember 2020 (A. gegen Bank B. AG) und BES.2019.119-EZS1 vom 15. Dezember 2020 (C. gegen Bank B. AG). Bestätigt in BGer 5A_45/2021 vom 20. Januar 2022 (II. zivilrechtliche Abteilung, Bank A. AG gegen B.), 5A_46/2021 vom 20. Januar 2022 (II. zivilrechtliche Abteilung, Bank A. AG gegen C.).

VI. Protection des données personnelles et secret professionnel – Datenschutz und Berufsgeheimnis

r49 Vol des données bancaires, responsabilité de la banque, indemnisation d'une amende fiscale. – Diebstahl von Bankkundendaten, Haftung der Bank, Entschädigung für eine Strafsteuer.

Une banque informe une cliente ressortissante italienne qu'elle a été victime d'un important vol de données bancaire trois ans auparavant. La cliente, dont les avoirs n'étaient pas déclarés au fisc italien, adhère au *scudo fiscale* (bouclier fiscal) italien afin de régulariser sa situation. Elle réclame à la banque le remboursement de la différence entre le montant effectivement payé au fisc italien (7% des avoirs non déclarés) et celui qu'elle aurait payé si la banque l'avait informée aussitôt découvert le vol de données (5% des avoirs non déclarés). Action admise en première instance, rejetée en appel.

1. Rappel de la jurisprudence (TF 4A_21/2017) selon laquelle le paiement d'une amende fiscale ne peut pas être supporté par un tiers en raison de son caractère strictement personnel. Cette jurisprudence précise aussi que le vol de données n'est pas la cause d'une amende. En effet, l'amende trouve son origine dans la décision du contribuable de ne pas déclarer ses avoirs au fisc. – 2. Application de cette jurisprudence au cas d'espèce. Soit la taxe pour le *scudo fiscale* est une amende fiscale et donc non indemnizable. Soit elle provient du propre choix de la cliente de ne pas déclarer ses avoirs et n'est pas en rapport de cau-

salité avec le vol de données. Dans les deux hypothèses, l'amende ne constitue pas un dommage réparable.

TI Tribunale d'appello, 12.2019.176 du 12 novembre 2020.

r50 Datenübermittlung an das DoJ. Verbot der Übermittlung von Kundendaten (insbesondere Leaver-Listen). – Transmission des données au DoJ. Interdiction de transmettre des données personnelles du client (en particulier Leaver Lists).

Der Bankkunde ist ein in Israel wohnhafter Diamantenhändler mit US-Bürgerschaft, der seiner Bank verbieten will, seine Personendaten an das US Department of Justice (DoJ) zu übermitteln. Das Handelsgericht des Kantons Zürich spricht ein solches Verbot aus. Das Verbot erfasst insbesondere die sogenannte II.D.2-Liste (auch «Leaver-Liste») im Rahmen des US-Programms.

1. Die Daten, auf welchen eine II.D.2-Liste basiert, sind zweifellos Personendaten i.S.v. Art. 3 lit. a DSGVO. Das Bundesgericht vertritt allerdings die Ansicht, dass es grundsätzlich möglich sei, mittels geeigneter Anonymisierung oder Pseudonymisierung eine Identifizierbarkeit zu verhindern. Dies hängt von der konkreten Ausgestaltung dieser Massnahmen ab. Die Beweislast für deren Wirksamkeit obliegt der Bank. Da die Bank vorliegend nicht darlegt, welche Informationen übermittelt werden sollen, ist die Diskussion über hypothetisch mögliche Anonymisierungsmassnahmen nicht zielführend. – 2. Da die USA nicht über eine Datenschutzgesetzgebung verfügen, die einen angemessenen Schutz gewährleistet, stellt die Datenübermittlung an das DoJ grundsätzlich eine Persönlichkeitsverletzung dar, die nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes gemäss Art. 6 Abs. 2 DSGVO nicht widerrechtlich ist. – 3. Gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO dürfen Personendaten in einen Staat ohne angemessene Datenschutzgesetzgebung bekannt gegeben werden, wenn dies im Einzelfall für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht unerlässlich ist. Obschon der Begriff «Gericht» weit auszulegen ist, ist das DoJ als Exekutivbehörde nicht als Gericht zu qualifizieren. Überdies fehlt es an der notwendigen Zweckgebundenheit der Datenbekanntgabe: Es ist nämlich notorisch, dass die dem DoJ bekanntgegebenen Daten nicht nur für die Zwecke des betreffenden Verfahrens gegen die Bank verwendet werden, sondern gerade auch Verfahren gegen Dritte ermöglichen sollen. – 4. Weiter kann eine Bekanntgabe

von Personendaten in einen Staat ohne angemessene Datenschutzgesetzgebung nach Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO dann erfolgen, wenn sie für die Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich ist. Die Bank umschreibt vorliegend nicht, inwiefern eine Bekanntgabe der Personendaten des Kunden zur Vermeidung einer erneuten Eskalation des Steuerstreits und damit einer Bedrohung des schweizerischen Bankenplatzes sowie der Erhaltung des guten Rufes der Schweiz als verlässliche Verhandlungspartnerin notwendig ist.

ZH Handelsgericht, HG190036-O vom 24. September 2020 (A. gegen B1 [Schweiz] AG), rechtskräftig. Siehe bereits die Entscheidung betreffend **vorsorgliche Massnahmen**: BGer 4A_50/2019 vom 28. Mai 2019 (Bank A. [Schweiz] AG gegen B.), SZW 2020 S. 202 r44.

r51 Datenübermittlung an das DoJ. Anonymisierung und Pseudonymisierung. Verbot der Übermittlung von Kundendaten. – Transmission des données au DoJ. Anonymisation et pseudonymisation. Interdiction de transmettre des données personnelles du client.

Eine panamaische Gesellschaft als Kontoinhaberin und der am Konto wirtschaftlich Berechtigte wollen ihrer Bank gerichtlich verbieten lassen, ihre Personendaten an das DoJ zu übermitteln, wobei sie unter «Personendaten» explizit auch die Angaben in der II.D.2-Liste (auch «Leaver-Liste») und in der II.D.4-Liste (auch «Fact Sheet») gemäss US-Programm verstanden wissen wollen. Die Bank bestreitet demgegenüber, dass diese Angaben Personendaten darstellen. Das Handelsgericht des Kantons Zürich heisst die Klage gut.

1. Anonymisierte Daten stellen keine Personendaten mehr dar, da bei einer Anonymisierung der Personenbezug irreversibel aufgehoben wird. Eine Pseudonymisierung hebt den Personenbezug demgegenüber nur reversibel auf, da der Schlüssel zur Re-Identifizierung bzw. Re-Personalisierung erhalten bleibt. Für alle, die Zugang zum Schlüssel haben, bleiben pseudonymisierte Personendaten weiterhin Personendaten im Sinne des DSGVO. Für Personen, die keinen Zugang zum Schlüssel haben und auch nicht über andere Kenntnisse verfügen, um die Daten wieder einer bestimmten Person zuzuordnen zu können, stellen pseudonymisierte Daten hingegen keine Personendaten mehr dar. – 2. Wer sich für die Rechtmässigkeit einer Weitergabe von (ursprünglichen) Personendaten auf die diesbezüglich selbst vorgenommene Anonymisierung bzw. Pseudonymisierung beruft,

hat gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Wirksamkeit der entsprechenden Massnahmen zu behaupten und zu beweisen. Dies gilt auch für die technischen Möglichkeiten und das Zusatzwissen des Empfängers, da die Wirksamkeit von Anonymisierungs- bzw. Pseudonymisierungsmassnahmen nicht losgelöst von diesen Umständen beurteilt werden kann. – 3. Vorliegend ist davon auszugehen, dass die Kontoinhaberin und der wirtschaftlich Berechtigte mittels der Informationen, welche die Bank an das DoJ zu liefern beabsichtigt, zumindest via Amts- oder Rechtshilfverfahren identifizierbar sind. Die streitgegenständlichen Informationen sind daher als Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. a DSGVO zu qualifizieren – 4. Da die USA über keine angemessene Datenschutzgesetzgebung verfügt, stellt die beabsichtigte Übermittlung grundsätzlich eine Persönlichkeitsverletzung dar, die nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nach Art. 6 Abs. 2 DSGVO zulässig ist. Die Bank macht keine Rechtfertigungsgründe geltend, weshalb solche zu verneinen sind.

ZH Handelsgericht, HG190107-O vom 4. Mai 2021 (A. S.A. und B. gegen C. SA), rechtskräftig. Siehe bereits den Beschluss in derselben Streitsache vom 4. Februar 2020, SZW 2021 S. 332 f. r50. **Besprechung**: Vasella, <datenrecht.ch>, 7. Oktober 2021.

r52 Datenübermittlungen an das DoJ. Verbotene Handlungen für einen fremden Staat (Art. 271 StGB). – Transmission des données au DoJ. Actes exécutés sans droit pour un État étranger (Art. 271 CP).

Der Verwaltungsratspräsident einer Vermögensverwaltungsgesellschaft, der dem DoJ im Hinblick auf den Abschluss eines Non Prosecution Agreement (NPA) durch einen Rechtsanwalt einen USB-Stick mit 109 Kundendossiers übergeben liess, ist nun rechtskräftig zu einer Busse von CHF 10000 wegen verbotener Handlungen für einen fremden Staat nach Art. 271 StGB verurteilt.

1. Gemäss Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB wird bestraft, wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen. Die Bestimmung soll die Ausübung fremder Staatsgewalt auf dem Gebiet der Schweiz verhindern und das staatliche Machtmonopol und die schweizerische Souveränität schützen. Die Herausgabe von Informationen und Unterlagen, die in der Schweiz lediglich auf hoheitliche Anordnung rechtmässig herausgegeben werden können, tangiert das von Art. 271 StGB geschützte Rechtsgut. Es dürfen nur Informationen herausgegeben werden, über die frei verfügt werden kann. Nicht frei verfügt werden kann über nicht öffentlich zugängliche, identifizierende Informationen über Dritte. – 2. Die an das DoJ übergebenen Dateien enthielten potenziell steuerrechtlich relevante Unterlagen betreffend Kunden der B. Gruppe, die der B. AG als Vermögensverwalterin gestützt auf die vertragliche Beziehung originär in der Schweiz von den Banken in Kopie zur Verfügung gestellt worden waren. Die Bankunter-

lagen waren der B. AG unter klaren Vertragsbedingungen anvertraut. Der Beschuldigte war somit nicht berechtigt, die Drittpersonen betreffenden Unterlagen direkt an das DoJ zu übermitteln. Vielmehr hätte das DoJ den Amts- bzw. Rechtshilfeweg beschreiten müssen. Der Beschuldigte nahm somit eine Handlung für einen fremden Staat vor, die den schweizerischen Behörden vorbehalten war. – **3.** Nicht entscheidend ist, dass die Daten teilweise nicht nur in der Schweiz, sondern auch in einem Drittstaat gespeichert waren. Ob es zulässig gewesen wäre, die sich in einem Drittstaat befindenden Daten vom Drittstaat aus an das DoJ zu übermitteln, ist vorliegend nicht relevant.

*BGer 6B_216/2020 vom 1. November 2021 (Strafrechtliche Abteilung, A. gegen Bundesanwaltschaft), zur Publikation vorgesehen. **Vorinstanzen:** BStrGer CA.2019.6 vom 5. Dezember 2019, BStrGer SK.2018.71 vom 2. Mai 2019, SZW 2020 S. 204 r48. **Rückweisungsentscheid:** BGer 6B_804/2018 vom 4. Dezember 2017. **Aufgehobener Entscheid:** BStrGer SK.2017.64 vom 9. Mai 2018, SZW 2019 S. 220 r51. **Besprechungen:** z.B. <cash.ch> vom 15. November 2021; Meinrich, <swissblawg.ch>, 25. November 2021; Tages-Anzeiger 16. November 2021 (Jetzt bin ich halt ein Spion); Villard, <cdbf.ch/1211/>; Hirsch, <lawinside.ch/1126/>..*