

SCHWEIZERISCHE BANKRECHTSTAGUNG 2015

---

## **Verhaltensregeln**

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

Prof. Dr. Susan Emmenegger/Rahel Good

Susan Emmenegger (Hrsg.)  
Institut für Bankrecht  
Universität Bern

ISBN 978-3-7190-3733-8

Basel 2015



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

Susan Emmenegger/Rahel Good, Bern\*

## Inhaltsverzeichnis

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

---

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

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

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

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

## I. Einführung

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

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

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

<sup>1</sup> Siehe Art. 117 Abs. 2 lit. c IPRG.

<sup>2</sup> Beispielhaft: Art. 9 und 13 AGB UBS (Ausgabe 2015).

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

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

## **2. Transferbeschränkungen vor den Gerichten**

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

### **a) Tessiner Entscheide**

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

---

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

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

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

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

## **b) Zürcher Entscheide**

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

---

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

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

**aa) Handelsgericht**

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

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

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

---

<sup>7</sup> HGer ZH, Urteil HE120253-O vom 8. November 2012, abrufbar unter: <[www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch)>.

<sup>8</sup> Letzteres wird nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber aus der Streitfrage.

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

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

## **bb) Obergericht**

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

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

---

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

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

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

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

### c) Genfer Entscheide

In den Genfer Verfahren, für die stellvertretend ein Entscheid der Staatsanwaltschaft vom 14. März 2014 und das Urteil der Cour de Justice vom 30. Mai 2014<sup>12</sup> erwähnt seien, ging es um Folgendes: Ein holländischer Kunde mit Wohnsitz in Frankreich unterhielt bei einer Bank mit Sitz in Genf seit vielen Jahren ein Nummernkonto. Die Bank hatte am 28. Juni 2013 und am 10. Februar 2014 den Kunden gebeten, eine Erklärung zu unterschreiben, wonach die Kontoguthaben im Land seiner Steuerpflicht (Frankreich) regelkonform deklariert seien. Der Kunde hatte dies abgelehnt und in einem ersten Schritt verlangt, seine Guthaben seien auf ein Konto in Dubai zu überweisen. Nachdem die Bank dies abgelehnt hatte, verlangte der Kunde, seine Guthaben seien auf ein Konto bei einer Bank mit Sitz in Holland zu überweisen, was die Bank aber ebenfalls verweigerte.

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

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

---

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

<sup>13</sup> Für den Wortlaut von Art. 181 StGB siehe vorne Fn. 10.

ner gesetzlichen Pflicht handle. Zudem bestehe für die Bank – wie es der Fall der Bank Reyl<sup>14</sup> zeige – effektiv das Risiko einer strafrechtlichen Verfolgung im Ausland, falls sie die Guthaben ins Ausland überweise, ohne sicherzustellen, dass diese regelkonform versteuert seien. Sie müsse aber auch die Regeln der FINMA beachten und könne sich nicht zur Gehilfin bei Steuerflucht machen.

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

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

## **II. Vorfrage: Sind Bankverträge über unversteuerte Gelder gültig?**

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

---

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

lungsauftrag ihres Kunden Folge zu leisten, und sie zudem verpflichtet ist, ihm am Ende der Vertragsbeziehung die Guthaben entsprechend seinen Weisungen zurückzuerstatten. Das ergibt sich aus dem Auftragsrecht als verbindende Grundlage der verschiedenen Bankverträge (Art. 397 Abs. 1<sup>15</sup>, Art. 400 Abs. 1 OR)<sup>16</sup> sowie im Einzelfall zusätzlich aus dem Darlehensrecht (Art. 312 und 318 OR)<sup>17</sup> und dem Hinterlegungsrecht (Art. 475 Abs. 1 OR).<sup>18</sup>

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

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

---

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

<sup>16</sup> Auftragsrecht ist beispielsweise anwendbar auf folgende Bankverträge: Bankkontovertrag (auch Kontokorrentvertrag oder Kontoeröffnungsvertrag) inkl. Giroabrede: BGE 110 II 283 E. 1 S. 284; 126 III 20 E. 3a/aa S. 21 f.; EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft, Rn. 655 ff. Depotvertrag: BGE 94 II 167 E. 2 S. 169. Siehe aber auch BGer Urteil 4A\_329/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 5 (Hinterlegungsvertragsrecht anwendbar hinsichtlich des Anspruchs auf Herausgabe der Aktien). Differenzierend EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft, Rn. 729, 769. Vermögensverwaltungsvertrag: BGE 138 III 755 E. 4.2 S. 759; 124 III 155 E. 2b S. 161; EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft, Rn. 1678 f.

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

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

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

## 1. Beurteilungsrahmen

### a) Widerrechtlichkeit und Sittenwidrigkeit gemäss Art. 20 OR

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

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

---

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

<sup>21</sup> Zuletzt BGer Urteil 4A\_415/2013 vom 20. Januar 2014 E. 7; 4A\_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.4 (insoweit nicht in BGE 138 III 601). Ausdrücklich auch BGE 134 III 438 E. 2.2 S. 442, m.w.N. Grundlegend BGE 80 II 49 E. 3 S. 51; 76 II 33 E. 7 S. 40. Für die Doktrin siehe GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rn. 654; HUGUENIN, Basler Kommentar, N 19 zu Art. 19/20 OR.

<sup>22</sup> Zuletzt BGer Urteil 4A\_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5 (insoweit nicht in BGE 138 III 601). Für die Doktrin statt Vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rn. 654.

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

Frage stehen, die nach allgemeiner ethischer Auffassung schwerer wiegen als die Vertragsfreiheit.»<sup>24</sup>

## **b) Berücksichtigung ausländischen Rechts nach Art. 19 IPRG**

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

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

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

---

<sup>24</sup> BGer Urteil 4A\_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5 (insoweit nicht in BGE 138 III 601). So bereits BGE 76 II 33 E. 8 S. 41; BGer Urteil 4C.172/2000 vom 28. März 2001 E. 5d.

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

<sup>26</sup> Zuletzt in BGer Urteil 4A\_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5 (insoweit nicht in BGE 138 III 601).

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

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

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

### c) Grundsatz: Ungültigkeit nur bei Wissen der Bank

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

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

---

<sup>27</sup> Siehe dazu hinten V.1.1.b) S. 69.

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

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

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

## 2. Beurteilung im Einzelnen

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

### a) Geldwäscherei (Art. 305<sup>bis</sup> revStGB)

Gemäss Art. 305<sup>bis</sup> Ziff. 1 und 1<sup>bis</sup> revStGB gelten qualifizierte Steuervergehen als Vortaten zur Geldwäscherei.<sup>29</sup> Diese können auch im Ausland be-

---

<sup>28</sup> BGE 136 III 474 E. 3 S. 477 f., m.w.N.

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

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

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

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

---

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

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

<sup>32</sup> Diese Intention wird durch Art. 7 revGwV-FINMA, welcher zwar die Nichtigkeit ebenfalls nicht explizit vorsieht, aber Art. 305<sup>bis</sup> revStGB konkretisiert, untermauert.

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

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

### **b) Gewährsverletzung (Art. 3 BankG)**

Im Zusammenhang mit unversteuerten Vermögenswerten aus dem Ausland stellt sich weiter die Frage nach der Verletzung von schweizerischem Aufsichtsrecht durch die Bank und deren Folgen für die Gültigkeit von Bankverträgen. Als aufsichtsrechtliche Verletzungstatbestände stehen das Erfordernis der einwandfreien Geschäftsführung (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG) und die bankengesetzlichen Organisationsvorschriften im Vordergrund (Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG). Beide sind Bewilligungsvoraussetzungen, die jederzeit erfüllt sein müssen, damit ein Unternehmen das Bankgeschäft betreiben kann. Aktuelle Beispiele aus dem Enforcementbericht 2014 der FINMA<sup>35</sup> sowie aus jüngsten Medienmitteilungen<sup>36</sup> belegen, dass sich für Banken, die gegen ausländische Steuergesetze verstossen haben, das Risiko eines Enforcement-Verfahrens durchaus verwirklichen kann.

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

---

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

<sup>34</sup> Siehe dazu hinten V. S. 67.

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

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

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

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

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

---

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

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

<sup>40</sup> BGE 121 IV 365 E. 9a S. 371 (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>41</sup> BGer Urteil 4A\_54/2008 vom 29. April 2008 E. 5.3.4.

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

### c) **Ausländische Steuerdelikte**

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

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

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

---

<sup>42</sup> In den Worten des Bundesgerichts: «[...] dass die verletzte ausländische Vorschrift Interessen des Individuums und der menschlichen Gemeinschaft von fundamentaler und lebenswichtiger Bedeutung schützt oder Rechtsgüter in Frage stehen, die nach allgemeiner ethischer Auffassung schwerer wiegen als die Vertragsfreiheit.» Siehe BGer Urteil 4A\_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5 (insoweit nicht in BGE 138 III 601). So bereits BGE 76 II 33 E. 8 S. 41; BGer Urteil 4C.172/2000 vom 28. März 2001 E. 5d.

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

<sup>44</sup> BGer Urteil 4A\_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5 (indonesische Devisenvorschriften).

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

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

---

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

<sup>46</sup> BGE 48 II 270 E. 2 S. 275 f.

#### **d) Fazit**

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

### **III. Vertraglicher Anspruch auf den Transfer unversicherter Guthaben**

Wenn feststeht, dass die Bank und der ausländische Kunde<sup>47</sup> einen Vertrag über Bankdienstleistungen im Regelfall<sup>48</sup> auch dann gültig abschliessen können, wenn die Gelder nicht ordnungsgemäss versteuert sind und die Bank dies weiss, so folgt daraus im Grundsatz, dass der Kunde einen gültigen vertraglichen Anspruch auf die weisungskonforme Überweisung oder Rückerstattung dieser Gelder hat.

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

#### **1. Beurteilungsrahmen**

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

---

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

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

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

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

## 2. Keine rechts- und sittenwidrige Weisung

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

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

Kommt man zum Schluss, dass die Bank und der Kunde den Transfer oder die Barabhebung von un versteuerten Geldern gültig vereinbaren können, so ist die entsprechende Weisung weder rechts- noch sittenwidrig. Nachdem aber feststeht, dass ein Bankvertrag über die Annahme und Verwaltung un versteuerter Gelder vorbehältlich weniger Ausnahmen<sup>52</sup> gültig ist, gibt es keinen Grund zur Annahme, dass die Bank und ihr Kunde nicht

---

<sup>49</sup> BGE 124 III 253 E. 4c S. 257.

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

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

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

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

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

### 3. Keine standeswidrige Weisung

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

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

---

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

<sup>54</sup> Art. 8 VSB 08.

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

geschehen hat, wenn die unversteuerten Gelder trotzdem angenommen wurden.

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

#### **4. Keine Treu und Glauben verletzende Weisung**

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

#### **5. Sonderregime für Transferanweisungen von Guthaben aus qualifizierten Steuerdelikten**

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

---

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

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

Steuerdelikten im Sinne von Art. 305<sup>bis</sup> revStGB.<sup>58</sup> Es wurde bereits festgehalten, dass mindestens ein wissentlicher oder eventualvorsätzlicher Vertragsabschluss über solche Gelder keine Gültigkeit erlangt.<sup>59</sup> Als Folge davon besteht *kein vertraglicher* Anspruch des Kunden auf einen weisungskonformen (Weiter-)Transfer der Gelder. Ihm bleibt der Anspruch auf Rückerstattung gestützt auf die Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung.<sup>60</sup> Diese Anspruchsgrundlage wird allerdings durch das Geldwäschereigesetz<sup>61</sup> überlagert. Im Rahmen der Umsetzung der revidierten GAFI-Empfehlungen hat der schweizerische Gesetzgeber auch das Geldwäschereigesetz revidiert:<sup>62</sup> Gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 revGwG muss die Bank ihren Verdacht bezüglich der Herkunft der Gelder unverzüglich der Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) melden.<sup>63</sup> Diese analysiert daraufhin die eingegangene Meldung und teilt der Bank gemäss Art. 23 Abs. 5 revGwG innert 20 Arbeitstagen mit, ob die Meldung an eine Strafverfolgungsbehörde weitergeleitet wird oder nicht. Art. 9a revGwG hält nun – in Abänderung vom bisherigen Recht<sup>64</sup> – fest, dass die Bank Kundenaufträge, welche die gemeldeten Vermögenswerte betreffen, während der von der MROS durchgeführten Analyse auszuführen hat.<sup>65</sup> Erst wenn die MROS der Bank mitteilt, dass die erstattete Meldung einer Strafverfolgungsbehörde weitergeleitet wird, hat die

---

<sup>58</sup> Zur Revision der Geldwäschereibestimmung siehe vorne Fn. 29 S. 47.

<sup>59</sup> Vorausgesetzt ist, dass der Schwellenwert von Art. 305<sup>bis</sup> Ziff. 1<sup>bis</sup> revStGB erreicht ist. Siehe vorne II.2.a) S. 47.

<sup>60</sup> Art. 128 IPRG i.V.m. Art. 62 OR.

<sup>61</sup> Bis 31. Dezember 2015 geltende Fassung: SR 955.0.

<sup>62</sup> Für die revidierten Bestimmungen des GwG siehe AS 2015 S. 1397-1405.

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

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

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

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

Gemäss revGwG sind Kundenaufträge folglich auch bei bestehendem Verdacht seitens der Bank – zumindest immer während den ersten 20 Arbeitstage ab Meldung – weiterhin auszuführen. Die ebenfalls infolge der Umsetzung der GAFI-Empfehlungen revidierte GwV-FINMA<sup>68</sup> schränkt diesen Grundsatz nun insofern ein, als sie in Art. 33 festhält, dass die entsprechenden Kundenaufträge – sofern sie bedeutende Vermögenswerte<sup>69</sup> betreffen – nur in einer Form ausgeführt werden dürfen, die es erlaubt, die Spur der Transaktion weiterzuverfolgen. Der «Paper Trail» ist also zu wahren. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob Art. 33 revGwV-FINMA nicht der Intention von Art. 9a revGwG und damit dem gesetzgeberischen Willen widerspricht und ob eine solche Einschränkung auf Verordnungsstufe rechtsstaatlich überhaupt zulässig ist.

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

---

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

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

<sup>68</sup> Geldwäschereiverordnung-FINMA, Fassung vom 3. Juni 2015.

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

## 6. Ergebnis: Anspruch auf Ausführung von Transferanweisungen

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

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

## IV. Transferverweigerung gestützt auf die Wahrung berechtigter Interessen?

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

---

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

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

## 1. Hauptanwendungsbereiche

### a) Persönlichkeitsrecht

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

---

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

<sup>72</sup> BGE 94 IV 68 E. 2 S. 70 f.; 134 IV 216 E. 6.1 S. 226; BGer Urteil 6B\_305/2011 vom 12. Dezember 2011 E. 3.1.

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

<sup>74</sup> AEBI-MÜLLER, System des Persönlichkeitsschutzes, Rn. 271.

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

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

Die Beurteilung des Rechtfertigungsgrundes des Interessensvorrangs hängt somit sehr stark von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Zur Veranschaulichung sollen an dieser Stelle einige Beispiele angebracht werden. Ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse wurde von der Rechtsprechung beispielsweise als Rechtfertigung anerkannt bei einer Organentnahme<sup>79</sup> oder bei der Weitergabe von ärztlichen Unterlagen (Operationsplan) an Behörden und Medienschaffende.<sup>80</sup> Im Bereich der Medienarbeit gilt der Informationsauftrag der Presse jedoch nicht absolut; die Presse muss vielmehr einen triftigen Grund für den Eingriff in die Persönlichkeit belegen können.<sup>81</sup> Die Verbreitung unwahrer persönlichkeitsverletzender Tatsachen ist grundsätzlich immer widerrechtlich und kann nicht durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse gerechtfertigt werden.<sup>82</sup> Weiter kann die privatdetektivliche Observation eines Versicherten, der des Versicherungsbetrugs verdächtigt wird, durch das öffentliche Interesse an einer wirksamen Missbrauchsbekämpfung und der Aufdeckung und Verhinderung von Versicherungsbetrug gerechtfertigt sein.<sup>83</sup>

---

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

<sup>76</sup> BGE 126 III 209 E. 3a S. 212.

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

<sup>78</sup> BGE 126 III 305 E. 4a S. 306.

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

<sup>80</sup> BGE 132 III 641 E. 4-6 S. 645 ff.

<sup>81</sup> BGE 126 III 209 E. 3a S. 212.

<sup>82</sup> BGE 132 III 641 E. 3.2 S. 645.

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

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

## b) Strafrecht

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

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

---

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

<sup>85</sup> BGE 134 IV 216 E. 6.1 S. 226; 129 IV 6 E. 3.3 S. 15 mit zahlreichen Hinweisen auf die Literatur; 126 IV 236 E. 4d S. 250; 120 IV 208 E. 3a S. 213; BGer Urteil 6B\_305/2011 vom 12. Dezember 2011 E. 3.1.

<sup>86</sup> BGE 94 IV 68 E. 2 S. 70.

<sup>87</sup> BGE 129 IV 6 E. 3.3 S. 15.

<sup>88</sup> BGer Urteil 6B\_186/2012 vom 11. Januar 2013 E. 1.2.

<sup>89</sup> BGE 94 IV 68 E. 2 S. 71; 127 IV 122 E. 5c S. 135; BGer Urteil 6B\_305/2011 vom 12. Dezember 2011 E. 4.2.

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

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

### c) Schadenersatzanspruch

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

---

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

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

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

<sup>93</sup> STRATENWERTH, Strafrecht AT I, § 10 N 61.

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

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

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

#### **d) Zwischenfazit**

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

---

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

<sup>97</sup> BGE 116 II 441 E. 3b S. 446.

<sup>98</sup> BGE 130 III 591 E. 5.2 S. 600.

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

<sup>102</sup> Siehe dazu hinten VI. S. 79.

<sup>103</sup> Siehe dazu hinten V. S. 67.

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

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

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

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

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

---

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

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

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

## 1. Leistungsunmöglichkeit

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

Art. 19 Abs. 2 IPRG verlangt, dass die in Frage stehende drittstaatliche Norm sowohl nach ihrem Zweck als auch nach dem Ergebnis ihrer Anwendung im konkreten Fall eine nach schweizerischer Rechtsauffassung sachgerechte Entscheidung ermöglicht. Ob den Kriterien von Art. 19 Abs. 2 IPRG eigenständige Bedeutung zukommt<sup>113</sup> oder diese im Rahmen der Bewertung der schutzwürdigen und offensichtlich überwiegenden Interessen zu be-

---

<sup>111</sup> Für das schweizerische Recht siehe betreffend Beihilfe zu Steuerdelikten MATTEOTTI/BOURQUIN/MANY, ASA 82, S. 681 ff. und FUHRER, Strafrechtliche Mitverantwortung, S. 195 ff. Betreffend Geldwäscherei siehe etwa BGer Urteil 6B\_627/2012 vom 18. Juli 2013 E. 1.2, m.w.N. und PIETH, Basler Kommentar, N 59 zu Art. 305<sup>bis</sup> StGB.

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

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

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

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

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

### c) Relevanz des schweizerischen Aufsichtsrechts?

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

---

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

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

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

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

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

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

#### **d) Relevanz bankinterner Reglemente?**

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

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

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

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

---

<sup>117</sup> FINMA, Positionspapier «Rechtsrisiken», S. 14 ff.

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

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

<sup>120</sup> BGE 135 III 212 E. 3.1 S. 218; BGer Urteil 4A\_189/2012 vom 2. Oktober 2012 E. 5.2 (insoweit nicht in BGE 138 III 659).

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

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

#### e) **Fazit**

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

## 2. **Nachträglichkeit**

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

---

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

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

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

**a) Strafbarkeit bei Vertragsschluss**

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

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

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

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

---

<sup>124</sup> AEPLI, Zürcher Kommentar, N 46 zu Art. 119 OR.

<sup>125</sup> BGE 111 II 352 E. 2b S. 355.

<sup>126</sup> FINMA, Positionspapier «Rechtsrisiken», S. 15.

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

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

## **b) Strafbarkeit im Laufe der Vertragsbeziehung**

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

Führt die Bank allerdings *nach* diesem Zeitpunkt strafbare Handlungen<sup>128</sup> aus, so verliert sie die Möglichkeit einer Berufung auf Art. 119 OR. In einem solchen Fall hat die Bank die einschlägigen Verbote offensichtlich nicht als rechtliches Leistungshindernis angesehen. Die Berufung auf die nachträglich eingetretene Rechtslage wäre daher rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB).

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

---

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

<sup>128</sup> Eine Strafbarkeit der Bank bedingt dabei zumindest eventualvorsätzliches Handeln.

**c) Fazit**

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

**3. Fehlendes Verschulden**

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

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

---

<sup>129</sup> BGE 111 II 352 E. 2a S. 355.

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

#### 4. Fazit

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

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

---

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

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

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

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

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

---

<sup>131</sup> AEPLI, Zürcher Kommentar, N 9 zu Art. 119 OR.

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

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

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

## 1. Veränderte Verhältnisse

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

---

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

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

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

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

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

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

Dass sich die Rahmenbedingungen des Bankgeschäfts mit Privatkunden aus dem Ausland drastisch verändert haben, steht ausser Frage. Erste Anzeichen gab es kurz nach der Jahrtausendwende, man denke etwa an das Qualified Intermediary Agreement vom Januar 2000<sup>138</sup> oder an das Zinsbesteuerungsabkommen mit der EU vom Oktober 2004.<sup>139</sup> Im Nachgang zur Finanzkrise ging es dann Schlag auf Schlag. Zu nennen sind etwa: Die Übermittlung von 255 UBS-Kundennamen in die USA (Februar 2009),<sup>140</sup> der Bundesratsbeschluss über die erweiterte Amtshilfe (März 2009),<sup>141</sup> der Beschluss des Parlaments zur Übermittlung von 4'500 UBS-Kundendaten in die USA (Juni 2010),<sup>142</sup> die Anklage gegen die Bank Wegelin & Co (Februar 2012) und deren Aufgabe der Geschäftstätigkeit (Januar 2013),<sup>143</sup> die vom

---

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

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

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

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

<sup>142</sup> Beschluss vom 17. Juni 2010, AS 2010, S. 2907.

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

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

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

---

<sup>144</sup> Bericht des Bundesrates zur Finanzmarktpolitik des Bundes vom 19. Dezember 2012.

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

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

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

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

## 2. Fehlende Voraussehbarkeit

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

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

---

<sup>149</sup> BGE 127 III 300 E. 5b S. 305 f. (Auszonung nicht vorhersehbar). Als Formel wiederholt in BGE 138 V 366 E. 5.1 und 5.2 S. 371; 135 III 1 E. 2.4 S. 10; BGer Urteil 4A\_375/2010 vom 22. November 2010 E. 3.1, 4C.49/2004 vom 30. März 2004 E. 2.2. Für die Doktrin siehe etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rn. 1298 (mit Differenzierungen); SCHWENZER, OR AT, Rn. 35.08; HUGUENIN, OR AT/BT, Rn. 330 f.; KRAMER, SJZ 110/2014, S. 280 f.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar, N 242 f. zu Art. 2 ZGB. Umso mehr fällt eine Anpassung ausser Betracht, falls die Parteien eine Änderung vorausgesehen, jedoch auf eine vertragliche Lösung verzichtet haben, siehe KRAMER, SJZ 110/2014, S. 281. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Zürcher Kommentar, N 762 zu Art. 18 OR.

<sup>150</sup> BGer Urteil 4A\_375/2010 vom 22. November 2010 E. 3.1 und weiter: «Entscheidend ist mithin, ob die Wahrscheinlichkeit der Verhältnisänderung so gross war, dass für eine vernünftige Person an Stelle der Vertragspartei Grund bestand, beim Entscheid über den Vertragsabschluss oder dessen Ausgestaltung darauf Rücksicht zu nehmen.» Vgl. auch JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Zürcher Kommentar, N 764 zu Art. 18 OR.

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

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

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

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

#### a) Alte und neue Bankverträge

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

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

---

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

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

<sup>156</sup> BGer Urteil 4A\_375/2010 vom 22. November 2010 E. 3.1.

<sup>157</sup> BGer Urteil 4A\_375/3010 vom 22. November 2010 E. 3.1.

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

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

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

---

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

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

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

## b) Beispiel aus der Judikatur

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

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

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

## c) Fazit

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

---

<sup>162</sup> Siehe ausführlich zum Entscheid vorne I.2.b)aa) S. 39.

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

### 3. Fehlende Vermeidbarkeit

Eng mit der Voraussehbarkeit verbunden und meist gleichzeitig mit ihr genannt ist die Voraussetzung der fehlenden Vermeidbarkeit der Verhältnisänderung.<sup>163</sup> Hier geht es um das Verhalten der Partei, welche sich auf die *clausula*-Regel beruft. Eine solche Berufung wird man ablehnen, wenn die betroffene Partei die Veränderung der Verhältnisse selber herbeigeführt hat und insofern deren negative Folgen hätte vermeiden können.<sup>164</sup> Auch wird gesagt, die veränderten Umstände müssten «ausserhalb des Einflussbereichs» der betroffenen Partei liegen<sup>165</sup> bzw. «unabhängig vom Willen der Parteien» eingetreten sein.<sup>166</sup> In der älteren Rechtsprechung wird zudem betont, das nachträgliche Missverhältnis müsse «ohne Zutun des benachteiligten Kontrahenten durch eine *unverschuldete* Veränderung der Verhältnisse» entstehen, denn «sonst ist es unbehelflich».<sup>167</sup>

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

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

---

<sup>163</sup> BGE 138 V 366 E. 5.1 S. 371; 135 III 1 E. 2.4 S. 10; 127 III 300 E. 5b S. 305; BGer Urteil 2C\_825/2013 vom 24. März 2013 E. 6.1; 4A\_375/2010 vom 22. November 2010 E. 3.1.

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

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

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

<sup>167</sup> BGE 59 II 372 E. 3 S. 379 f.

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

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

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

#### 4. Gravierende Äquivalenzstörung

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

---

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

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

**a) Erhebliche Beeinträchtigung des vertraglichen Gleichgewichts**

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

---

<sup>169</sup> Zuletzt BGer Urteil 2C\_825/2013 vom 24. März 2014 E. 6.1; BGE 138 V 366 E. 5.1 S. 371. Mit dieser Formel auch BGE 122 III 97 E. 3a S. 98; 107 II 343 E. 2 S. 348. Siehe auch CHAPPUIS, Commentaire Romand, N 56 zu Art. 2 ZGB; STEINAUER, Titre préliminaire, Rn. 603 ff.

<sup>170</sup> BGE 127 III 300 E. 5c S. 306. Siehe auch BGE 135 III 1 E. 2.4 S. 10; BGer Urteil 4A\_375/2010 vom 22. November 2010 E. 3.1 (Erfordernis einer gravierenden Äquivalenzstörung, ohne dass auf das Rechtsmissbrauchsverbot verwiesen wird). So etwa KRAMER, SJZ 110/2014, S. 278 f. (erhebliche Äquivalenzstörung); HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar, N 244 zu Art. 2 ZGB (gravierende Äquivalenzstörung); LEU, FS von der Crone, S. 120; KÄLIN, recht 2004, S. 252 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rn. 1300 (offenbares [grobes] Missverhältnis). Siehe zudem STÖCKLI, Synallagma, N 346 (keine qualifizierte Äquivalenzstörung notwendig). Die Differenzen ergeben sich aus den unterschiedlichen dogmatischen Grundlagen, die für die *clausula*-Regel herangezogen werden. Teilweise wird sie auf Art. 2 Abs. 2 ZGB abgestützt, teilweise auf Art. 18 OR. Siehe dazu KRAMER, SJZ 110/2014, S. 275 f.

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

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

für die Geltendmachung der *clausula*-Regel hoch bleibt. Entscheide, in denen das Bundesgericht eine genügende Äquivalenzstörung bejaht hätte, sind selten. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER weisen darauf hin, dass sie – mit einer Ausnahme<sup>173</sup> – alle aus der Zeit des ersten Weltkriegs stammen und ihren Grund in den kriegsbedingten Umwälzungen hatten.<sup>174</sup>

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

#### **b) Beeinträchtigung bezieht sich auf den Guthabentransfer**

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

#### **c) Beweislast der Bank**

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

---

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

<sup>173</sup> BGE 127 III 300 (Jolieville).

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

<sup>175</sup> WIEGAND, Finanzmarktkrise, passim.

<sup>176</sup> Zur Beweislast bei der *clausula*-Regel BGer Urteil 2C\_285/2013 vom 24. März 2014 E. 6.1.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

**d) Erstmalige Strafbarkeit der Bank**

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

**e) Unzumutbare Erhöhung des bestehenden Sanktionsrisikos seitens der Bank**

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

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

---

<sup>182</sup> Siehe dazu den Hinweis vorne VI. (Einleitung) S. 79.

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

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

**aa) Erhöhung des Sanktionsrisikos**

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

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

---

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

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

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

---

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

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

<sup>187</sup> FINMA, Enforcementbericht 2014, S. 5.

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

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

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

#### **bb) Unzumutbarkeit**

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

---

<sup>188</sup> FINMA, Enforcementbericht 2014, Kasuistik Fall 10, S. 17 sowie Fall 20, S. 22.

<sup>189</sup> Siehe dazu vorne I.2.c) S. 41 (Genfer Entscheide).

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

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

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

---

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

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

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

### cc) Anwendung

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

---

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

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

<sup>193</sup> Art. 1 des Gesetzes Nr. 186/2014 vom 15. Dezember 2014 in Abänderung von Art. 5<sup>quinquies</sup> des Gesetzes Nr. 167/1990 vom 28. Juni 1990.

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

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

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

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

---

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

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

## 5. Fazit

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

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

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

---

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

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

## VII. Prävention: Vertragliche Transferbeschränkungen

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

---

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

<sup>199</sup> Siehe dazu die vorne I.2.a) S. 37 rezipierten Tessiner Urteile.

Das Bedürfnis nach einer vertraglichen Grundlage für Transferbeschränkungen besteht gleichermassen bei Neukunden wie bei bereits bestehenden Kunden. In beiden Konstellationen ist für die Aufnahme von Transferbeschränkungen in den Vertrag die Zustimmung des Kunden<sup>200</sup> erforderlich. Die Zustimmung kann nur dann gültig erfolgen, wenn die Transferbeschränkungen einen zustimmungsfähigen Vertragsinhalt darstellen. Es gelten die allgemeinen Schranken des Vertragsrechts und die besonderen Schranken des AGB-Rechts. Die vertragliche Transferbeschränkung muss somit im Rahmen des zwingenden Gesetzesrechts (Art. 20 OR, Art. 27 Abs. 2 ZGB, Art. 8 UWG) zulässig sein. Ausserdem muss der Aufnahmeprozess der Ungewöhnlichkeitsregel genügen. Bei bestehenden Kunden ist überdies zu klären, inwieweit sich die Bank für die Zustimmung des Kunden auf die regelmässig in den AGB enthaltenen Genehmigungs- und Zustellfiktionen berufen kann. Diese Fragen sollen nachfolgend im Einzelnen behandelt werden.

## 1. Inhaltliche Schranken

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

---

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

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

fert,<sup>202</sup> indem die grundsätzliche Vertragserfüllungspflicht im Ermessen dieser anderen Partei steht.<sup>203</sup>

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

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

---

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

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

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

<sup>205</sup> Siehe WIDMER, Geschäftsbedingungen, Rn. 241, mit zahlreichen Hinweisen.

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

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

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

terlegungsrecht<sup>209</sup> ergeben sich insbesondere die Pflichten der Bank zur Ausführung von Überweisungs- oder Auszahlungsaufträgen ihres Kunden (Befolgungspflicht gemäss Art. 397 Abs. 1 OR)<sup>210</sup> sowie zur Rückerstattung der Guthaben an den Kunden entsprechend seinen Weisungen am Ende der Vertragsbeziehung (Art. 400 Abs. 1, Art. 312 und 318 resp. Art. 475 Abs. 1 OR). Eine erhebliche Abweichung von diesen zentralen Pflichten der Bank in der Bank/Kunden-Beziehung begründet ein formelles Missverhältnis.

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

## 2. Ungewöhnlichkeitsregel

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

---

Rn. 655 ff. Depotvertrag: BGE 94 II 167 E. 2 S. 169. Siehe aber auch BGer Urteil 4A\_329/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 5 (Hinterlegungsvertragsrecht anwendbar hinsichtlich des Anspruchs auf Herausgabe der Aktien). Differenzierend EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Bankgeschäft, Rn. 729, 769. Vermögensverwaltungsvertrag: BGE 138 III 755 E. 4.2 S. 759; 124 III 155 E. 2b S. 161. EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Bankgeschäft, Rn. 1678.

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

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

<sup>211</sup> WIDMER, Geschäftsbedingungen, Rn. 268 ff.

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

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

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

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

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

---

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

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

<sup>217</sup> BGE 138 III 411 E. 3.1 S. 412 f.; 135 III 1 E. 2.1 S. 7; 119 II 443 E. 1a S. 446; 109 II 452 E. 5b S. 458; BGer Urteil 4A\_419/2008 vom 28. Januar 2009 E. 1.3; 4A\_187/2007 vom 9. Mai 2008 E. 5.1, jeweils m.w.N. Für die Doktrin statt Vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rn. 1138.

<sup>218</sup> BGE 135 II 1 E. 2.3 S. 9. Siehe auch BGer Urteil 4A\_419/2008 vom 28. Januar 2009 E. 1.5 (spezieller Hinweis bei Vertragsschluss).

<sup>219</sup> EMMENEGGER/ZBINDEN, Aufhebung Bankgeheimnis, S. 232, mit Hinweis auf BGE 135 III 1 E. 2.3 S. 9 und BGer Urteil 4A\_419/2008 vom 28. Januar 2009 E. 1.5. Aus der graphischen Hervorhebung allein kann nicht geschlossen werden, dass der Kunde effektiv Kenntnis genommen hat. Siehe auch ZELLWEGER-GUTKNECHT, recht 2011, S. 83.

### 3. Beispiele

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

#### a) Transferbeschränkungen gestützt auf gesetzliche Grundlagen

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

---

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

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

## **b) Transferbeschränkungen gestützt auf interne Richtlinien**

### **aa) Inhaltliche Schranken**

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

#### **bb) Ungewöhnlichkeit**

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

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

---

<sup>225</sup> Siehe dazu vorne IV.-VI.

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

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

**c) Transferbeschränkungen bei fehlendem Nachweis der Steuerkonformität**

**aa) Nachweis der Steuerkonformität**

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

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

**(1) Inhaltliche Schranken**

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

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

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

## **(2) Ungewöhnlichkeit**

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

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

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

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

### **(3) Fazit**

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

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

**bb) Totalblockade aller deponierter Vermögenswerte**

**(1) Inhaltliche Schranken**

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

Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle kurz darauf hinzuweisen, dass eine Totalblockade bei mangelndem Nachweis der Steuerkonformität auch vor Art. 8 UWG nicht standhalten würde. Die Aufhebung der Befolgungspflicht der Bank bei mangelndem Nachweis der Steuerkonformität weicht in erheblichem Masse von der dispositiven Ordnung in Art. 397 Abs. 1 OR ab. Dasselbe gilt in Bezug auf die Aufhebung der gemäss der dispositiven Ordnung bestehenden Herausgabepflicht bei Beendigung der Bankbeziehung (Art. 400 Abs. 1, Art. 312 und 318 resp. Art. 475 Abs. 1 OR). Diese Abweichungen können nicht durch die Interessenlage der Parteien gerechtfertigt werden. Die Totalblockade ist eine unverhältnismässig einschränkende Massnahme der Bank, die über das Ziel hinausschiesst. Die Bank mag, wie bereits erwähnt, ein legitimes Interesse besitzen, ihre Dienstleistungen nur an steuerkonforme Kunden zu erbringen. Zur Wahrung dieses Interesses bedarf es jedoch nicht einer kompletten Aufhebung der Verfügungsmöglichkeit des Kunden. Weniger einschränkende Massnahmen wie zum Beispiel die Zulassung von Überweisungen auf ein Namenkonto im Staat der Steuerpflicht des Kunden oder in gewisse weitere Staaten<sup>226</sup> wären bereits zielführend. Es ist somit für die Wahrung ihrer legitimen Interessen nicht notwendig, dem Kunden die Verfügbarkeit seiner Vermögenswerte komplett zu entziehen.

---

<sup>226</sup> Siehe dazu hinten VII.3.c)cc) S. 113.

**(2) Ungewöhnlichkeit**

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

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

**(1) Inhaltliche Schranken**

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

**(2) Ungewöhnlichkeit**

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

---

<sup>227</sup> Siehe vorne Fn. 217 S. 104.

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

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

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

#### **dd) Überweisung nur mit Paper Trail**

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

---

<sup>228</sup> Siehe dazu vorne VII.3.c)aa)(2) S. 110.

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

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

### (1) Inhaltliche Schranken

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

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

### (2) Ungewöhnlichkeit

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### **4. Besonderheiten für bestehende Kunden**

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

---

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

Gültigkeit einer Vertragsänderung auf eine *Zustimmung durch Schweigen* berufen.<sup>232</sup>

#### a) **Genehmigungsfiktion bei Vertragsänderung**

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

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

---

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

<sup>233</sup> BGer Urteil 4A\_548/2013 und 4A\_550/2013 vom 31. März 2014 E. 3.6; 4C.378/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.2, jeweils m.w.N. SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2006, S. 73.

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

<sup>235</sup> BGer Urteil 4A\_548/2013 und 4A\_550/2013 vom 31. März 2014 E. 3.6; 6B\_199/2011 und 6B\_215/2011 vom 10. April 2012 E. 5.3.5.2; 4C.175/2006 vom 4. August 2006 E. 2.1, beide mit Verweis auf SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2006, S. 73 ff.; BGer Urteil 4A\_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.2; 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002 E. 4.3; Urteil des HGer ZH HG090121 vom 19. Mai 2011 E. 6.2.3 (rechtskräftig. Beschwerde vom Bundesgericht abgewiesen: BGer Urteil 4A\_436/2011 vom 2. April 2012), abrufbar unter: <www.gerichte-zh.ch>. CHRISTEN, BJM 1994, S. 128. Ferner MORIN, Commentaire Romand, N 12 ff. zu Art. 6 OR. Betreffend Verbindlichkeit der Genehmigungsfiktion siehe BGE 104 II 190 E. 2a S. 194 f.

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

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

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

---

<sup>236</sup> BGer Urteil 4A\_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.2. Siehe auch SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2006, S. 73 Fn. 21; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, Contrats bancaires, Rn. 327.

<sup>237</sup> MATHYS, Bestätigungsschreiben, S. 158.

<sup>238</sup> Siehe hinten VII.4.b) S. 121 (Zustellfiktion).

<sup>239</sup> BGer Urteil 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002 E. 4.3 (explizit betreffend Genehmigungsfiktion). Im Zusammenhang mit banklagernder Korrespondenz und Genehmigungsfiktion: BGer Urteil 4C.378/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.2, bestätigt in: BGer Urteil 4A\_548/2013 und 4A\_550/2013 vom 31. März 2014 E. 3.6; Urteil des HGer ZH, ZR 106/2007 E. 4c S. 10 (rechtskräftig).

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

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

würde ihren Zweck der effizienten Vertragsgestaltung im Massengeschäft<sup>242</sup> verfehlen, wenn einzig Änderungen zugunsten der Kunden von ihr erfasst wären. Liegt allerdings die Vertragsänderung jenseits des Änderungsrahmens, der nach Treu und Glauben erwartet werden darf, so kann die Genehmigungsfiktion nicht mehr als Grundlage für die Zustimmung dienen. Insofern wird in der Lehre zu Recht betont, die Genehmigungsfiktion finde nur dann berechnigte Anwendung, wenn die Bank vom Grundvertrag nicht in einem Masse abweiche, dass sie nicht mehr gutgläubig auf die Zustimmung des Schweigenden vertrauen dürfe.<sup>243</sup>

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

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

---

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

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

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

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

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

#### **b) Zustellfiktion bei Vertragsänderung**

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

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

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

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

---

<sup>245</sup> BGer Urteil 4A\_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.3; Urteil des HGer ZH HG090121 vom 19. Mai 2011 E. 4.2.2 (rechtskräftig. Beschwerde vom Bundesgericht abgewiesen: BGer Urteil 4A\_436/2011 vom 2. April 2012), abrufbar unter: <www.gerichte-zh.ch>.

<sup>246</sup> EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft, Rn. 702, 708.

<sup>247</sup> BGer Urteil 4A\_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.3, m.w.N.

<sup>248</sup> Urteil des HGer ZH HG090121 vom 19. Mai 2011 E. 4.2.2 (rechtskräftig. Beschwerde vom Bundesgericht abgewiesen: BGer Urteil 4A\_436/2011 vom 2. April 2012), abrufbar unter: <www.gerichte-zh.ch>. BRUNNER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 143 Fn. 150.

<sup>249</sup> Schweizerischer Bankenombudsman, Jahresbericht 2003, S. 9.

<sup>250</sup> BGE 124 II 124 E. 2d/aa S. 128; BGer Urteil 4A\_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.3; 4C.378/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.2; 4C.205/2002 vom 9. Dezember 2002 E. 2.3. LOMBARDINI, Droit bancaire, Rn. 107 f. S. 351, m.w.N. zur Rechtsprechung. Siehe auch SCHOTT, ST 2/2012, S. 82.

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

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

---

<sup>251</sup> GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, *Contrats bancaires*, Rn. 360.

<sup>252</sup> BGer Urteil 4C.378/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.2, bestätigt in: BGer Urteil 4C.295/2006 vom 30. November 2006 E. 4.4 sowie 4A\_548/2013 und 4A\_550/2013 vom 31. März 2014 E. 3.6; Cour de Justice GE, Urteil ACJC/723/2014 C/6026/2010 vom 20. Juni 2014 E. 4.4.2, abrufbar unter: <justice.geneve.ch/tdb/Decis/CJ/ACJC/acjc.tdb>.

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

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

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

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

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

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

---

<sup>255</sup> Urteil des HGer ZH HG090121 vom 19. Mai 2011 E. 4.3 (rechtskräftig. Beschwerde vom Bundesgericht abgewiesen: BGer Urteil 4A\_436/2011 vom 2. April 2012), abrufbar unter: <[www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch)>; HGer ZH, ZR 106/2007, S. 10 (rechtskräftig). In beiden Urteilen geht es um die Anwendbarkeit der vereinbarten Genehmigungs- und Zustellfiktion im Zusammenhang mit von der Bank vorgenommenen Transaktionen.

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

**c) Fazit: Separate Zustimmung für steuerbedingte Transferbeschränkungen**

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

---

<sup>256</sup> Siehe dazu vorne VII.3.d) S. 116.

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

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

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

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

---

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

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

In der Konsequenz bedeuten die vorangehenden Ergebnisse aber auch, dass betreffend neueren Kunden neben der Zustellfiktion auch die Genehmigungsfiktion greift. Auch diese Bankkunden müssen zwar bei einer Vertragsänderung auf die Änderung besonders hingewiesen werden und ihnen muss eine Widerspruchs- oder Kündigungsfrist von in der Regel 30 Tagen eingeräumt werden. Doch können diese Kunden das Widerspruchs- oder Kündigungsrecht nur dann wahrnehmen, wenn sie (zufälligerweise) innert dieser 30 Tage auch tatsächlich die banklagernde Korrespondenz einsehen. Falls diese neueren Kunden ihr Widerspruchs- oder Kündigungsrecht nicht innert der Frist von 30 Tagen ausüben, erlangt die Vertragsänderung nach Ablauf dieser Frist Gültigkeit. Die Bank kann als Bedingung für die Ausführung von nach diesem Zeitpunkt erteilten Zahlungsanweisungen den Nachweis der Steuerkonformität verlangen und falls ein solcher ausbleibt, ihre Zahlungsdienstleistungen entsprechend der (zulässigen) Vertragsklausel<sup>259</sup> einschränken.

## Literaturverzeichnis

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

---

<sup>258</sup> Vgl. bezüglich Darlehen HIGI, Zürcher Kommentar, N 60 zu Art. 318 OR.

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

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

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

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

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

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

## Materialien

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## Anhang: Rechtsprechungshinweise

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

---

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

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

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

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