

Das schweizerische Bankprivatrecht 2014–2015 Le droit bancaire privé suisse 2014–2015

Von Prof. Dr. Susan Emmenegger, Universität Bern, und Prof. Dr. Luc Thévenoz,
Université de Genève, unter Mitarbeit von MLaw Martina Reber und MLaw Endrit Poda

Inhaltsübersicht – Table des matières

Vorbemerkungen – Remarques introductives

- I. Bankverträge – Contrats bancaires
 1. Konten, Einlagen, Vollmachten, Legitimation – Comptes, dépôts, procurations, légitimation
 2. Anlagen, Vermögensverwaltung – Placements, gestion de fortune
 3. Sonstige Bankverträge – Autres contrats bancaires
- II. Kredite – Crédits
- III. Kreditsicherung – Sûretés
- IV. Rechenschaftsablegung, Retrozessionen und Auskünfte – Reddition de compte, rétrocessions et renseignements
- V. Datenlieferungen und Kontoblockierungen – Transmissions de données et blocage de comptes
- VI. Gerichtsstand, Verfahren und Zwangsvollstreckung – For, procédure, exécution forcée
 1. Gerichtsstand – For
 2. Verfahren – Procédure
 3. Zwangsvollstreckung – Exécution forcée
 4. Internationale Rechtshilfe – Entraide internationale
- VII. Diverses/Divers

Vorbemerkungen – Remarques introductives

Während sich auf der politischen Bühne langsam eine gewisse Entspannung rund um die unversteuerten Gelder auf Schweizer Bankkonten abzeichnet, ist die Rechtsprechung der vergangenen Berichtsperiode in einem noch nie dagewesenen Ausmass von Entscheidungen geprägt, die mit dem «Steuerstreit» in Verbindung stehen. Zu nennen sind etwa die Transferbeschränkungen der Banken gegenüber ausländischen Kunden (r33–r38), die Frage der zivilrechtlichen Verwertbarkeit gestohlener Bankdaten und des Zugriffs auf Ergebnisse von Aufsichtsverfahren (HSBC) für die Zwecke des Zivilprozesses (r46) oder die Streitigkeiten bezüglich der Übermittlung von Personendaten in die USA (r30–r32). In einem weiteren Sinn gehört dazu auch die Abwälzung von Kosten im Zusammenhang mit US-Verfahren auf die Kunden (r13, r14). Der Blick über den privatrechtlichen Gartenzaun offenbart schliesslich das erstinstanzliche Strafurteil bezüglich des Datendiebstahls bei der Julius Bär (r51).

Sodann verzeichnet die diesjährige Berichtsperiode eine bemerkenswerte Dichte von Entscheiden

mit bekannten Akteuren. Hierzu gehört die Auseinandersetzung zwischen den beiden Giganten Swatch und UBS, welche die UBS für sich entschied (r4). Zu erwähnen ist auch die erfolgreiche Verantwortlichkeitsklage der Glarner Kantonalbank gegen die gesamte Führungsebene der Bank im Zusammenhang mit einer gescheiterten Expansionsstrategie (r50). Medial begleitet wurden sodann der Streit zwischen dem «Drogerie-König» Erwin Müller und der Bank J. Safra Sarasin (r39, r40) und die Klage des Milliardärs William Millard gegen die Crédit Suisse (r14).

Viel Beachtung gefunden hat auch der Swisscargo-Entscheid des Bundesgerichts über die Zulässigkeit von Cash-Poolings (r17); es handelt sich gleichzeitig um ein weiteres Kapitel der Swissair-Serie, die sich – vierzehn Jahre nach dem Grounding – langsam dem Ende nähert. Nationale Ikonen sterben langsam.

Es wirkt schon fast beruhigend, wenn man daneben auch auf Entscheide stösst, die «klassische» Fragen des privaten Bankrechts abhandeln, wie etwa die Auskunftsansprüche von Erben (r29), die Schadensberechnung beim Anlageschaden (r10–r12) und die Haftung der Depotbank (r9). Man möchte die Retrozessionsproblematik der Klassiker-Kategorie nicht zuordnen, weil man sie gerne erledigt sähe. Trotzdem sind weitere Retro-Urteile ergangen (r25–r27), wobei der Entscheid über die Verjährungsfrist besondere Erwähnung verdient.

Kollision der Rechtsordnungen

Der Finanzplatz Schweiz hat in den vergangenen Jahren den extraterritorialen Appetit der US-Behörden schmerzhaft zu spüren bekommen, zumal sich letztere durch eine tiefe Hemmschwelle für hohe Sanktionszahlungen auszeichnen. Gleichzeitig stellt die heimische Rechtsordnung ihre eigenen Anforderungen an das Verhalten der Marktteilnehmer. Konflikte sind vorprogrammiert, nachdem es im Bereich des hoheitlichen Staatshandelns an einem ausgefeilten Kollisionsrecht fehlt, wie es im Privatrecht mit dem IPRG vorhanden ist.

Beispielhaft zeigt sich dies im Fall Millard gegen Crédit Suisse (r14). Dort kam es im Anschluss an die von einem US-amerikanischen Gericht verfügte Anordnung, es seien alle Vermögenswerte der Millards zu sperren, zu einer Blockierung der Millard-Guthaben bei der Credit Suisse-Tochter Clariden Leu in Zürich. Ein entsprechendes Rechtshilfesuch wurde nie gestellt. Aus dem Urteil des Handelsgerichts geht

hervor, dass die Clariden Leu gegenüber den Millards die Kontosperrung mit den «Anordnungen in den Verfahren in New York» begründete. Die Credit Suisse als Rechtsnachfolgerin der inzwischen aufgelösten Clariden Leu vertritt den Standpunkt, sie habe die Sperren gestützt auf ein eigenes Pfand- und Verrechnungsrecht vorgenommen, um die Rückvergütung der aus dem US-Verfahren entstehenden Kosten zu sichern. Das Verfahren gegen die Credit Suisse wegen Verletzung von Art. 273 StGB wurde eingestellt.

Mit der Berufung auf das Pfandrecht lässt sich also eine Rechtskollision vermeiden. Das ändert allerdings nichts daran, dass für international tätige Banken die multiple Rechtskonformität oft nicht mehr möglich ist. Die Compliance wird so zu einer Frage des Riskmanagements, bei dem die nationalen Rechtsrisiken gegeneinander abzuwägen sind.

Fehlende Steuerkonformität und Transferbeschränkungen

Die Entwicklungen im Steuerbereich, die von der Finanzkrise angestossen wurden und im US-Steuerstreit gipfelten, haben die Rahmenbedingungen für das Bankgeschäft mit ausländischen Kunden grundlegend verändert. Lücken bei der Steuerkonformität sind für die Banken zu einem Risikofaktor geworden. Entsprechend ist eine aufkommende Bankenpraxis darauf ausgerichtet, von Kunden aus gewissen Ländern einen Nachweis der Steuerkonformität zu verlangen und bei dessen Fehlen den Transfer der Guthaben in unterschiedlichem Masse zu beschränken.¹ Sie können dabei im Allgemeinen auf die Zurückhaltung der ausländischen Kunden zählen, die eine mögliche Publizität eines Gerichtsverfahrens scheuen. In einigen Fällen ist es dennoch zu zivilrechtlichen Klagen und strafrechtlichen Anzeigen gekommen.

Mit den Strafklagen gegen die Banken sind die Kunden sowohl im Kanton Genf als auch im Kanton Zürich gescheitert. Beide Gerichte haben eine Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB verneint (**r37, r38**). Sie weisen ausdrücklich darauf hin, dass über die Herausgabe der Kundenvermögen im Zivilprozess zu entscheiden sei. Bei den zivilrechtlichen Klagen liegt

das Epizentrum im Kanton Tessin (siehe aber **r36**). Die allermeisten Entscheide betrafen Herausgabeansprüche von italienischen Kunden und wurden vom Pretore di Lugano im summarischen Verfahren beurteilt (stellvertretend: **r33, r34**), wobei die Ansprüche teils bejaht und teils verneint wurden.

Sodann entschied das Tessiner Appellationsgericht in zwei Fällen zugunsten der Bankkunden, die der Aufforderung zum Nachweis der Steuerkonformität mittels Selbstdeklaration nicht nachgekommen waren und stattdessen die Bankbeziehung kündigten und eine Barauszahlung in Höhe von rund EUR 75 000 und rund EUR 500 000 forderten (**r35**). Nach Auffassung des Gerichts fehlte es an einem überzeugenden Nachweis hinsichtlich der effektiven Rechts- und Reputationsrisiken. Beide Entscheide sind beim Bundesgericht hängig.

Unabhängig von der Beweisfrage stellt sich die Frage nach der materiellrechtlichen Rechtfertigung für eine Transferbeschränkung. Hier stehen zwei mögliche Argumentationslinien im Vordergrund. Die erste stützt sich auf Treu und Glauben bzw. die Sittenwidrigkeit. Demnach ist es sittenwidrig, von der Bank zu verlangen, dass sie sich wegen der Befolgung der Kundenanweisung strafbar macht oder sich einem Aufsichtsverfahren aussetzt. Eine entsprechende Anweisung des Kunden wäre daher rechtsunwirksam. Dazu ist Folgendes anzumerken: Bei der Sittenwidrigkeit geht es um die *inhaltliche* Zulässigkeit der Kundenanweisung. Wenn die Parteien die Barabhebung oder die Überweisung gültig vereinbaren können, so ist die Weisung nicht sittenwidrig. Bankverträge über unbesteuerter Gelder sind selbst bei einer Inlandbetrachtung weitgehend gültig. Was aber unter Steuergesichtspunkten gültig in die Bank hineinkommt, darf die Bank auch gültig verlassen.

Die zweite Argumentationslinie stellt auf Art. 119 OR ab. Danach liegt in der ausländischen Strafbarkeit und der daran gekoppelten inländischen Gewährsrelevanz eine nachträgliche unverschuldete rechtliche Leistungsunmöglichkeit. Eine Berufung auf Art. 119 OR ist nicht unmöglich, allerdings setzt dies voraus, dass aus Sicht des ausländischen Rechts die Strafbarkeit der Bank (rechtliche Unmöglichkeit) erst *nach* Vertragsabschluss eingetreten ist. Hat sich die Bank bereits mit der Annahme der unbesteuerten Gelder strafbar gemacht, so fehlt es an der Nachträglichkeit. Ist die ausländische Strafbarkeit später eingetreten, etwa aufgrund neuer Geldwäschereinormen, so kann sich die Bank aufgrund des Rechts-

¹ Siehe hierzu: Susan Emmenegger/Rahel Good, Der Einfluss ausländischer (Steuer-)Regulierung auf die Bank/Kunden-Beziehung: Welche Rechte haben Abschleicher? in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Verhaltensregeln, Basel 2015, S. 33 ff.

missbrauchsverbots darauf nicht mehr berufen, wenn sie die Bankbeziehung trotz der neuen Rechtslage weitergeführt und Guthabentransfers vorgenommen hat. Die bankengesetzliche Gewährsbestimmung ihrerseits verstärkt die Bedeutung des ausländischen Strafrechts, sie enthält aber selbst kein Verbot der Auszahlung von un versteuerten Geldern. Im Übrigen ist sie seit 1995 in Kraft, von einer neuen Gesetzesbestimmung kann man in diesem Fall nicht sprechen.

Tatsächlich sind es nicht primär die ausländischen Strafbestimmungen, sondern es sind die erhöhten Sanktionsrisiken, die der Leistungsverweigerung der Banken zugrunde liegen. Die Risikolage hat sich verändert, primär im Ausland, aber auch im Inland. Aus diesem Grund müssen aus Sicht der Banken die Modalitäten der Vertragserfüllung eingeschränkt werden. Das ist keine Frage der Sittenwidrigkeit oder der Leistungsunmöglichkeit, sondern eine Frage nach der Anpassung des Vertrages an veränderte Verhältnisse. Diese Anpassung erfolgt nach den Regeln der *clausula rebus sic stantibus*. Sie erfordert nicht zuletzt eine Abwägung der Risikolage beider Parteien und die Beantwortung der Frage, ob sich ein bestehendes Sanktionsrisiko durch die Auszahlung/Überweisung effektiv erhöht und ob es die Bank effektiv stärker trifft als den Kunden. Letzteres wiederum hängt massgeblich davon ab, ob das Land der Steuerpflicht ein Steuerbereinigungsverfahren anbietet.

Noch einmal anders wird sich die Rechtslage präsentieren, wenn der Verstoss gegen das ausländische Steuerrecht gleichzeitig unter die revidierte Geldwäschereinorm in Art. 305^{bis} StGB fällt. Diesbezüglich sieht das GwG eine spezialgesetzliche Rechtsfolge für die Auszahlungsmodalitäten vor. Danach sind Transferanweisungen auch nach einer Meldung an die Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) grundsätzlich auszuführen (Art. 9a revGwG). Erst wenn die Geldwäschereimeldung an eine Strafverfolgungsbehörde weitergeleitet wird, werden auch die Konten gesperrt (Art. 10 Abs. 1 revGwG).

Abwälzung von Bussen und Rückerstattung von Kosten

Für die zahlreichen Banken, die in der Kategorie 2 des US-Steuerprogramms im Gegenzug für ein Non-Prosecution Agreement Zahlungen an das US-amerikanische Department of Justice leisten, stellt sich die Frage, ob und inwieweit sie diese Zahlungen auf ihre

US-Kunden abwälzen können.² Dabei spielt eine Rolle, ob die Zahlungen Bussencharakter haben, da nach ständiger Rechtsprechung die Busse keinen ersatzfähigen Schaden darstellt. In diesem Zusammenhang verdient ein Urteil des Bundesgerichts Beachtung, in dem festgehalten wird, dass für die Frage der Abwälzbarkeit einer Zahlung deren pönaler Charakter das entscheidende Kriterium bildet (**r52**). Ob die Zahlung formell als Busse bezeichnet wird, spielt keine Rolle. Auch ist nicht massgeblich, ob die Zahlung das Ergebnis eines abgekürzten Verfahrens ist, das ein formelles Strafverfahren ersetzt und insofern nur mit Zustimmung des Betroffenen durchgeführt werden kann. Im Fall selbst ging es um einen Steuerpflichtigen, der in einem abgekürzten Verfahren Nachzahlungen mit einem erhöhten Steuersatz entrichtete und für diese Zahlungen Rückgriff auf seine Treuhänderin nehmen wollte.

Insgesamt werfen die US-Verfahren zahlreiche Fragen rund um die Ansprüche von Banken gegenüber ihren Kunden auf. Beim Steuerstreit ist regelmässig ein eigenes Fehlverhalten der Banken vorhanden. In anderen Fällen geht es hingegen um die Indienstnahme der Banken für Zivilklagen, die im Kern einzig den Bankkunden betreffen. Hier stellt sich die Frage, welche Rechte und Pflichten die Bank und der Kunde im Hinblick auf US-amerikanische Verfahren haben, und wer die finanzielle Verantwortung für die Verfahrenskosten und die allfälligen Urteilssprüche trägt. Eine zentrale Rolle spielt Art. 402 OR, der mit den Entscheiden im Umfeld der US-Verfahren endgültig sein verstaubtes Image abgelegt hat. Die genauen Linien sind aber noch nicht gefestigt. In die Berichtsperiode fallen zwei relevante Entscheide:

Ein Entscheid betrifft die *claw back*-Forderungen der Madoff-Liquidatoren gegenüber den Depotbanken, deren Kunden kurz vor dem Konkurs Ausschüttungen oder Rückzahlungen aus Madoff-relevanten Fonds erhalten hatten (**r13**). Die Frage lautete, ob die Depotbanken die Kundenguthaben im Umfang der Rückforderungsansprüche aus den USA zurückbehalten können und welches die Rechtsgrundlage dafür sei. Die Thematik wurde in SZW 2012 bereits ausführlich besprochen, das Bundesgericht hatte damals den Fall einer klaren Rechtslage (Art. 257 ZPO)

² Siehe NZZ vom 23. Dezember 2014, S. 23; Martin Lanz, Verantwortlichkeit der Kunden gegenüber der Bank für steuerkonformes Verhalten, in: S. Emmenegger (Hrsg.), Verhaltensregeln, Basel 2015, S. 1 ff.

verneint.³ Mit den aktuellen, im ordentlichen Verfahren gefällten Entscheiden des Handelsgerichts und des Bundesgerichts wird die Madoff-Geschichte um ein Kapitel reicher. Im zweiten Anlauf entschied das Handelsgericht, es handle sich bei den Forderungen der Liquidatoren um Verbindlichkeiten, die der Bank unter dem Titel von Art. 402 Abs. 1 OR entstehen. Die Bank könne daher vom Kunden die Befreiung verlangen. Das Bundesgericht liess demgegenüber die Frage nach der Rechtsgrundlage in Art. 402 OR ausdrücklich offen. Hingegen bestehe ein vertraglicher Rückforderungsanspruch der Bank gestützt auf die Vereinbarung der Parteien, das Geschäft auf Rechnung des Kunden durchzuführen. Im Ergebnis geht der Streit also zugunsten der Bank aus.

Anders präsentierte sich die Sachlage im Rechtsstreit Millard/Credit Suisse (**r14**). Hier lag der Zurückbehaltung der Kundenguthaben die Anordnung eines US-Gerichts gegenüber der Credit Suisse zugrunde, die Konten der Millards bei der Bank und ihren Gruppengesellschaften zu sperren. Das Handelsgericht verneinte sowohl den Bestand von Aufträgen und Aufwendungen (Art. 402 Abs. 1 OR) als auch die Existenz einer Schadenersatzforderung (Art. 402 Abs. 2 OR) der Credit Suisse gegenüber den Millards. Anders als im Fall Madoff ging es nicht um Forderungen gegen die Bank aus deren Tätigkeit als Kommissionärin der Kunden im Bereich von US-Wertpapiergeschäften.

Datenlieferungen an die US-Behörden

Die Bereinigung des Steuerstreits mit dem US-amerikanischen Department of Justice (DOJ) ist in der Berichtsperiode um eine zivilrechtliche Facette reicher geworden. Das DOJ verlangt als Voraussetzung für den Abschluss eines Non-Prosecution Agreement (NPA) die Bekanntgabe von Personen, die mit US-Steuerpflichtigen in Verbindung standen. Dagegen haben sich (ehemalige) Bankmitarbeitende, Anwältinnen und Vermögensverwalter gewehrt.

Die Entscheide lassen sich in zwei Gruppen einteilen: Die erste Gruppe betrifft die Begehren, wonach den betroffenen Banken die Übermittlung der Daten verboten werden soll. Bei den meisten geht es um den Erlass vorsorglicher Massnahmen. Diese Gesuche werden in der Regel gutgeheissen: Eine Daten-

lieferung an die US-Behörden könne für die Betroffenen grosse Nachteile, wie namentlich Verhaftungen und Sanktionen, zur Folge haben. Zudem könne die Datenübermittlung nicht mehr rückgängig gemacht werden. Für die Banken könne die fehlende Kooperation mit den USA zwar auch gravierende ökonomische Folgen zeitigen. Allerdings sei nicht davon auszugehen, dass negative Reaktionen der US-Behörden bereits durch vorsorgliche Massnahmen hervorgerufen würden (so z.B. **r31**). In einzelnen Fällen wurde jedoch der Erlass vorsorglicher Massnahmen als nicht notwendig erachtet, weil die betroffenen Banken glaubhaft machen konnten, dass sie die Daten nur dann übermitteln würden, wenn die Betroffenen die Klagebewilligung unbenutzt hätten verfallen lassen oder den Hauptprozess rechtskräftig verloren hätten.⁴ Diese Glaubhaftmachung gelingt jedoch nicht, wenn sie erst in der Schutzschrift erfolgt.⁵ Nunmehr haben bereits die ersten Klagen um ein endgültiges Verbot der Datenübermittlung die Gerichte erreicht. Ein erstinstanzliches Genfer Gericht hat als erstes Gericht ein endgültiges Übermittlungsverbot gutgeheissen (**r32**). Zwar habe der Finanzplatz Schweiz ein Interesse am Überleben der betroffenen (systemrelevanten) Bank, welches durch eine Wiedereröffnung des Strafverfahrens durch die US-Behörden mangels vollständiger Übermittlung der verlangten Dokumente durchaus gefährdet werden könnte. Zudem bestehe ein öffentliches Interesse daran, dass die mit den USA abgeschlossenen Vereinbarungen eingehalten würden, damit der Steuerstreit beigelegt werden könne. Allerdings würde das Interesse der ehemaligen Bankmitarbeiterin, nicht in ihrer Bewegungsfreiheit eingeschränkt zu werden, die genannten öffentlichen Interessen überwiegen.

Die zweite Gruppe betrifft Fälle, in denen Banken bereits Daten an die US-Behörden übermittelt haben und die Betroffenen gestützt auf Art. 8 Abs. 5 DSG Kopien der herausgegebenen Dokumente verlangen. Diese Begehren wurden in den Entscheiden, die der Autorenschaft vorliegen, gutgeheissen. Da die in den übermittelten Dokumenten enthaltenen Kundendaten jeweils geschwärzt waren, konnten die Banken die Auskunftserteilung insbesondere weder gestützt auf das Bankgeheimnis als formell-gesetzliche Grundlage i.S.v. Art. 9 Abs. 1 lit. a DSG noch

³ SZW 2012, 321 ff., 324, 334 f. r21.

⁴ Vgl. etwa OGer ZH, 29. Januar 2015, LF140099-O/U.

⁵ Vgl. etwa OGer ZH, 3. März 2015, LF150002-O/U, E. 5.2.

gestützt auf überwiegende Interessen Dritter i.S.v. Art. 9 Abs. 1 lit. b DSG verweigern. Zudem konnten sie sich nicht auf eigene überwiegende Interessen i.S.v. Art. 9 Abs. 4 DSG berufen. Dass die Betroffenen zuvor Gelegenheit hatten, in den Räumlichkeiten der Bank Einsicht in die übermittelten Dokumente zu nehmen, steht der Aushändigung von Kopien der fraglichen Dokumente nicht entgegen.

Stellvertretend für eine beachtliche Anzahl von Entscheiden⁶ wird in der vorliegenden Übersicht ein Bundesgerichtsentscheid vorgestellt (r30).

Verwendung gestohlener Bankdaten

Bei der Frage nach der Verwendung von gestohlenen Bankdaten denkt man vorab an die entsprechenden Amtshilfebegehren ausländischer Behörden. Die Schweiz hat die Amtshilfe bislang verweigert, die Diskussion über einen Kurswechsel ist allerdings im Gang. Gestohlene Bankdaten können aber auch im Zivilprozess eine Rolle spielen, wie es ein Entscheid der Genfer Cour de Justice zeigt (r46). Der Kläger verlangte gestützt auf einen griechischen Gerichtsentscheid im Summarverfahren die Verarrestierung von vermeintlichen Kontoguthaben des Beklagten bei der Genfer HSBC. Er stützte sich dafür auf den Eintrag des Schuldners auf der «Lagarde-Liste»⁷, die in verschiedenen griechischen Medien publiziert worden war. Nach Auffassung des Gerichts genügte dies nicht, um die Existenz eines dem Beklagten gehörenden Bankkontos glaubhaft darzutun. Unter Berücksichtigung der Umstände, unter denen die Liste mit den griechischen Kunden der Bank vorbereitet worden war und ihrer anschliessenden Übergabe an die griechische Regierung durch die französische Ministerin *Christine Lagarde*, könne man auch unter dem Aspekt der Glaubhaftmachung nicht von der Echtheit, der Genauigkeit, der Exaktheit und der Gültigkeit der Listendaten ausgehen. In der französischen Originalsprache kommt die Begründung eleganter

daher. Die Haltung des Gerichts, das einer auf der Basis von gestohlenen Bankdaten erstellten Liste nicht noch zusätzliche Bedeutung einräumen möchte, ist dennoch offensichtlich.

FINMA-Untersuchungen: Indienstnahme für den Zivilprozess?

In SZW 2013 hatten wir berichtet, dass ein Kunde im Hinblick auf eine Zivilklage gegen die Bank Parteistellung und Akteneinsicht in ein FINMA-Verfahren verlangte. Das Bundesgericht verwehrte ihm beides unter Hinweis auf das fehlende schutzwürdige Interesse.⁸

Diesmal war es ein Zivilgericht, das von der FINMA die Übermittlung eines Untersuchungsberichts forderte (r46, siehe bereits vorne). Der Kunde hatte gegen die HSBC ein Verfahren angestrengt, das Zivilgericht verlangte den nicht veröffentlichten Bericht der FINMA über die Vorkommnisse bei der HSBC gestützt auf Art. 160 ff. ZPO (Mitwirkungspflichten). Die FINMA verweigerte die Herausgabe, worauf das Zivilgericht an das Bundesverwaltungsgericht gelangte. Das Bundesverwaltungsgericht entschied zugunsten der FINMA: Dem Herausgabeanspruch fehlt die gesetzliche Grundlage. Die in Art. 23^{bis} Abs. 3 BankG verankerte Befugnis der FINMA, anderen Finanzmarktaufsichtsbehörden und der Schweizerischen Nationalbank nicht öffentlich zugängliche Auskünfte und Unterlagen zu übermitteln, erstreckt sich nicht auf die Zivilgerichte. Auch Art. 160 ZPO über die Mitwirkungspflicht bietet nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts keine taugliche Grundlage für einen Herausgabeanspruch. Die dort erwähnten Unterlagen müssen dazu dienen, eine Zivilstreitigkeit zu beurteilen. Dokumente, die im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens zum Zweck der Aufsicht über die Finanzmärkte erstellt werden, dienen dem Schutz öffentlicher Interessen und nicht den Interessen von Parteien im Zivilprozess.

Immerhin wird aber eine Herausgabe nicht kategorisch ausgeschlossen. Das Bundesverwaltungsgericht bescheinigt nämlich der FINMA die Kompetenz, einem Herausgabeanspruch Folge zu leisten, wenn der Nachweis erbracht ist, dass die verlangten Unterlagen zur Lösung eines Zivilstreits dienen und eine Herausgabe die aufsichtsrechtliche Zielsetzung nicht gefährdet. Man wird in den kommenden Jahren

⁶ Der Autorenschaft liegen 18 Entscheide vor. Die effektive Zahl dürfte deutlich höher liegen.

⁷ Die Liste ging aus dem Datendiebstahl von Hervé Falciani hervor, der zwischen 2006 und 2008 als Informatiker bei der HSBC rund 130 000 Kundennamen entwendet und diese der französischen Regierung übermittelte hatte. Die französische Regierung händigte sie 2010 der Schweizer Regierung wieder aus, allerdings waren die Listen in der Zwischenzeit bearbeitet worden.

⁸ BGer 2C_119/2013, SZW 2013, 309 ff., 315, 334 r49.

möglicherweise in dieser Zeitschrift über einen solchen Ausnahmefall lesen können. Im Ergebnis bestätigt sich aber die klare Tendenz, das Aufsichtsverfahren und das Zivilverfahren getrennt zu halten.

Organverantwortlichkeit

Verantwortlichkeitsklagen gegen die Führungsorgane eines Unternehmens verzeichnen eine Aufwärtstendenz. Sie betreffen aber selten aufrechtstehende Gesellschaften, und sie spielen sich – man denke an den Fall UBS – kaum je im Umfeld von börsenkotierten Grossunternehmen ab.⁹ Die Glarner Kantonalbank steht zwar aufrecht, aber die Bezeichnung «Grossunternehmen» kann sie nicht für sich beanspruchen. Zudem war sie bis vor einem Jahr auch nicht börsenkotiert. In den überschaubaren Verhältnissen dürfte auch einer der Gründe für die erfolgreiche Verantwortlichkeitsklage gegen die Führungsorgane liegen, zumal die Klage zusätzlich auf sechs unwiederbringbare Blankokredite in Höhe von rund CHF 37 Mio. heruntergebrochen wurde (**r50**). Im Ergebnis kam das Kantonsgericht auf eine Schadenssumme von rund CHF 35 Mio., die es zu 40% den Bankorganen und zu 60% dem Kanton Glarus überband. Das Kantonsgericht sah eine Mitverantwortung des Kantons in der forcierten Expansionspolitik, die letztlich zu einer übermässig riskanten Kreditpolitik geführt hatte. Die Glarner Kantonalbank hat gegen das Urteil beim Obergericht Berufung eingelegt.

Der Entscheid aus Glarus dürfte den Führungsorganen von Banken ein Weckruf sein. Denn es wurde nicht allein die Geschäftsführung wegen unsorgfältiger Kreditvergabe in die Pflicht genommen. Vielmehr bejahte das Gericht auch eine Pflichtverletzung des Bankrats. Dieser hatte es versäumt, die Bedingungen für die Vergabe von Krediten ausserhalb des Stammeinzugsgebiets der Bank (sog. Ausserrayongeschäfte) speziell zu regeln. Die Regelungspflicht ergab sich nach Auffassung des Gerichts aus der gesetzlichen und reglementarischen Vorgabe, dass solche Kredite nur zulässig sind, «soweit der Bank keine besonderen Risiken erwachsen und die Zweckerfüllung im Kanton Glarus und den angrenzenden Gebieten nicht beeinträchtigt wird». Der Bankrat hatte

diese Voraussetzungen nicht weiter konkretisiert, es galten die allgemeinen Regeln für die Kreditvergabe. Darin sah das Gericht eine Verletzung der unübertragbaren Kernkompetenzen im Sinne von Art. 716a OR, zumal dadurch das Ermessen der Geschäftsleitung nicht angemessen eingeschränkt wurde. Zum Mindestmass an Fachkompetenz eines Bankverwaltungsrats gehört nach diesen Ausführungen ein entwickeltes Corporate-Governance-Sensorium. Die Zeit der Sonntags-Bankverwaltungsräte dürfte endgültig vorbei sein.

Schliesslich wird auch bei der Verantwortlichkeit der Prüfgesellschaft die Pflicht zu einer kritischen Würdigung der Prüfgegenstände in die Praxis umgesetzt. Das Gericht hält fest, die Prüfgesellschaft habe die Prüfungen nicht gemäss den geltenden aufsichtsrechtlichen Vorschriften vorgenommen. Insbesondere habe sie es unterlassen, das ungewöhnlich starke Wachstum im Ausserrayonkreditgeschäft kritisch zu hinterfragen.

Schadensberechnung

Ein erlittener Verlust entspricht nicht zwingend dem zu ersetzenden Schaden (**r12**). Das mussten diverse Kläger in der vorliegenden Berichtsperiode erfahren. Eine erste Schwierigkeit liegt in der methodisch korrekten Bestimmung des hypothetischen Vermögensstandes, also desjenigen Vermögensstandes, den der Geschädigte ohne die Vertragsverletzung haben würde (hypothetisches Vermögen).

Das Bundesgericht hat bereits früher entschieden, dass innerhalb der Vermögensverwaltung zwischen der pflichtwidrigen Anlagestrategie (gesamtes Portfolio) und der pflichtwidrigen Einzelanlage (einzelne Posten des Portfolios) zu unterscheiden ist. Im zweiten Fall ist der Vergleich zwischen dem aktuellen und dem hypothetischen Vermögensstand auf den Teil des Vermögens zu beschränken, der für sorgfaltswidrige Anlagen eingesetzt wurde.¹⁰ Nun hat das Bundesgericht präzisiert, dass dieselbe Betrachtungsweise auch für die pflichtwidrige Anlageberatung gilt (**r11**). Diese Einzelbetrachtung drängt sich auch im Fall des Execution-Only-Verhältnisses auf.

Fraglich ist aber, welches der massgebliche Zeitpunkt für die Bestimmung des hypothetischen Ver-

⁹ Siehe dazu die Zahlenübersicht bei *Susanne Keller*, Das Risiko einer Verantwortlichkeitsklage für Verwaltungsräte, ST 3/12, 166.

¹⁰ BGer 4A_376/2013 E. 7.1. Siehe auch SZW 2007, 310, 316 f. r12

mögens ist. In der letztjährigen Berichtsperiode hatte das Bundesgericht mit Blick auf die bestehende Judikatur festgehalten, dass bei der Vermögensverwaltung regelmässig auf das Ende des Mandatsverhältnisses abgestellt werde. Für Execution-Only-Verhältnisse sei hingegen auf den Zeitpunkt der möglichen Kenntnis der pflichtwidrigen Anlage abzustellen. Ab diesem Zeitpunkt habe es ein Geschädigter nämlich in der Hand, die Investition rückgängig zu machen oder andere Schritte zu unternehmen, um sein Vermögen zu schützen (BGer 4A_548/2013).¹¹ In der aktuellen Berichtsperiode nimmt dieselbe zivilrechtliche Abteilung auf das besagte Urteil Bezug, um in einem *Execution Only*-Fall auszuführen, der massgebliche Zeitpunkt für die Bestimmung des hypothetischen Vermögensstandes sei das Ende des Mandatsverhältnisses, und auf den Wert der Titel im Zeitpunkt des pflichtwidrigen Verkaufs komme es nicht an (r10). Es ist nicht anzunehmen, dass das Bundesgericht effektiv von seinen sorgfältig getroffenen Überlegungen in BGer 4A_548/2013 abweichen wollte. Vielmehr ist darin eine etwas missglückte Antwort auf die Vorbringen des Klägers zu sehen. Dieser wollte unter anderem für den Schaden aus unerlaubten Titelverkäufen auf den Wert dieser Titel im Zeitpunkt des Verkaufs abstellen. Dieser statischen Betrachtungsweise hat sich das Bundesgericht zu Recht widersetzt, weil zu berücksichtigen ist, wie sich die Titel entwickelt hätten, wenn sie im Portfolio des Klägers verblieben wären. Es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht bald einmal Gelegenheit hat, seine diesbezügliche Rechtsprechung klarzustellen.

Sind die Eckpunkte der Schadensberechnung klar, so muss die Klage soweit möglich und zumutbar substantiiert werden. Daran sind die Kläger in der aktuellen Berichtsperiode regelmässig gescheitert, obwohl sie erwiesenermassen Verluste erlitten hatten und in zwei Fällen auch eine Pflichtverletzung bejaht wurde. Im ersten Entscheid (r10) hatte die Kundenberaterin mittels gefälschter Unterschriften Transaktionen getätigt. Der Kläger forderte die Differenz zwischen dem Wert des anvertrauten Guthabens und dem tatsächlichen Wert des Portfolios bei Beendigung der Vertragsbeziehung. Ihm wurde vorgehalten, er hätte den hypothetischen Wert des sorgfältig verwalteten Portfolios berechnen müssen. Im zweiten

Fall (r11) erwarb der 87-jährige Kläger auf pflichtwidrige Empfehlung des Kundenberaters Anteile an einem «Target Return Fonds». Der Fonds musste zwei Jahre später liquidiert werden. Die Klage wurde abgewiesen, weil der Kläger nicht dargetan hatte, wie er die rund CHF 140 000 bei gehöriger Beratung konkret angelegt hätte. Gescheitert ist schliesslich das Ehepaar, das nach mehrjähriger Vermögensverwaltung Verluste erlitt und den Schaden geltend machte (r12). Das Obergericht Zürich verweist auf die Ausführungen der Vorinstanz, mit folgenden Anforderungen an die Substantiierung: «Es sei [...] zu bezeichnen, welche Titel nicht hätten gekauft werden dürfen oder gerade hätten gekauft werden sollen, und zwar wann und zu welchem Preis, oder welche Titel stattdessen hätten erworben werden sollen [...]», und «es sei zu präzisieren, warum diese und nicht eine andere alternative Anlage als Referenz gewählt worden sei und wie sich die betreffende Anlage oder das ganze Depot nach der Hypothese im massgebenden Zeitpunkt entwickelt hätte.»¹²

Insgesamt erweist sich die Substantiierungspflicht als erhebliche Hürde im Haftungsprozess gegen die Bank. Dabei trifft es nicht nur Privatpersonen, sondern auch professionelle Anleger wie die Finanzgesellschaft der Swatch Group (r4). Sie hatte mit einem von der UBS empfohlenen Anlageprodukt Verluste erlitten. Der Vorwurf lautete unter anderem, die Bank habe ihre Warnpflichten verletzt. Das Bundesgericht konnte die Frage der Pflichtverletzung offenlassen, da die Klägerin den Schaden nicht genügend nachgewiesen hatte.

Aus Sicht der Doktrin ist der letztgenannte Entscheid auch deshalb interessant, weil er als diskrete und noch sehr zurückhaltende Relativierung der bundesgerichtlichen Praxis zu den Überwachungspflichten des Anlageberaters gelesen werden kann. Bis anhin mussten nur die Vermögensverwalter das Portfolio laufend überwachen. Die Vorinstanz hat die Ausdehnung einer Überwachungspflicht von der Vermögensverwaltung auf die Anlageberatung offengelassen, und das Bundesgericht hat nicht interveniert. Zu Recht: Je nach Ausgestaltung des jeweiligen Beratungsverhältnisses haben Überwachungs- und damit verbundene Warnpflichten auch in der Anlageberatung ihren Platz.

¹¹ BGer 4A_548/2013, 4A_550/2013, SZW 2014, 418, 423 r2, Rezension Sauerwein, <www.cdbf.ch/908>.

¹² OGer ZH, 26. Februar 2015, LB140088-O/U, E. IV./1/b.

Auskunftsansprüche von Erben

Die Rechtsprechung zu den Auskunftsansprüchen der Erben, deren Eltern vermutungsweise bei einer Schweizer Bank ein Konto unterhielten, hat sich in den vergangenen Jahren stetig weiterentwickelt. Heute ist unstreitig, dass den ausländischen Erben in der Schweiz ein Gerichtsstand zur Verfügung steht und dass die Bank oder der sonstige Beauftragte den Erben in dem gleichen Umfang Auskunft schuldet, wie die Pflicht gegenüber dem Erblasser bestanden hat. Problematisch sind allerdings Konten, an denen der Erblasser lediglich wirtschaftlich berechtigt war; hier kann allenfalls die Annahme eines punktuellen Auftragsverhältnisses den Auskunftsanspruch begründen.¹³ Auch sollte beachtet werden, dass die Bank bei der Errichtung von Strukturen, die zu einer wirtschaftlichen Berechtigung führen, dem nachmalig wirtschaftlich Berechtigten auftragsrechtlich verbunden ist, was einen entsprechenden Auskunftsanspruch begründet. Sodann kann ein Auskunftsrecht auch durch das Erbrecht begründet werden. Nachdem das Appellationsgericht Basel-Stadt für das französische Erbrecht ein solches Auskunftsrecht bejaht hat,¹⁴ konnte das Bundesgericht die Rechtslage in der diesjährigen Berichtsperiode bestätigen (**r29**). Hervorzuheben ist, dass das französische Erbrecht den Auskunftsanspruch sowohl für die direkte als auch für die indirekte Kontoinhaberschaft bejaht. Der Entscheid ruft allerdings auch in Erinnerung, dass die Hürde für die Erben hoch bleibt: Es müssen in jeder Konstellation genügend Anhaltspunkte für ein Mandatsverhältnis oder eine direkte oder indirekte Berechtigung an den Vermögenswerten vorliegen. Die französische Erbin ist vor Bundesgericht mit ihrem Anspruch gescheitert.

Retrozessionen

Auch in dieser Berichtsperiode haben sich die Gerichte mit Retrozessionsfragen befasst. So hat das Tessiner Appellationsgericht entschieden, BGE 137 III 393 (Retro II) sei auch auf die Anlageberatung anwendbar (**r26**). Die amtlich publizierten Urteile des Bundesgerichts betreffen bis heute ausschliesslich die Vermögensverwaltung. Allerdings hat das Bundesgericht bereits im Jahr 2011 in einem nicht amtlich

publizierten Entscheid die Herausgabepflicht bei der Anlageberatung bejaht.¹⁵ Sodann musste sich das Bundesgericht bislang nicht zur Frage der Verjährung des Herausgabeanspruchs äussern. Zwar hatte die Bank im vorinstanzlichen Verfahren zu BGE 138 III 755 (Retro III) die Verjährungseinrede erhoben. Das zuständige Obergericht Zürich nahm aber eine zehnjährige Verjährungsfrist ab der Beendigung des Auftragsverhältnisses an und verneinte die Verjährung,¹⁶ was von der Bank nicht angefochten wurde.

In der Doktrin wird die Verjährungsfrage kontrovers diskutiert. Nun hat das Regionalgericht Bern-Mittelland im Fall eines unabhängigen Vermögensverwalters entschieden, die Verjährung des Herausgabeanspruchs beginne mit dem Erhalt der Zahlungen und ihre Dauer betrage fünf Jahre (**r25**). Die Berufung gegen dieses Urteil wurde vom Kläger zurückgezogen. Dem Vernehmen nach finanzierte eine nicht am Streit beteiligte Bank den Vergleich. Im Ergebnis steht es in der Verjährungsfrage nun wieder unentschieden. Inhaltlich dürfte sie sich bald einmal durch Zeitablauf erledigen, soweit die Banken rechtskonform offengelegt haben und die Kundin gültig verzichtet hat.

Über die Höhe der Retrozessionszahlungen, die an unabhängige Vermögensverwalter fliessen, wird zuweilen spekuliert. In einem Urteil des Genfer Obergerichts erscheint die Zahl von 50% der von der Bank beim Kunden erhobenen Verwaltungsgebühren (Kommissionen für Treuhandanlagen, Depotgebühren, Kommissionsgebühren, **r16**). Schliesslich bestätigt sich in dieser Berichtsperiode die strafrechtliche Relevanz der Retrozessionsthematik,¹⁷ wobei die Konstellation nicht häufig vorkommen dürfte: Der Vormund kontrolliert gleichzeitig die Gesellschaft, die das Mündelvermögen verwaltet, und zahlt sich auf diese Weise beachtliche Retrozessionssummen aus. Das Bundesgericht bestätigt die Verurteilung wegen ungetreuer Geschäftsführung im Sinne von Art. 158 StGB (**r27**).

Haftung der Depotbank

In den vergangenen Berichtsperioden stellte sich die Frage nach der Haftung der Depotbank vorwiegend

¹³ BGE 133 III 664 E. 2.6. S. 668, SZW 2008, 418 ff., 435 r42.

¹⁴ SZW 2013, 309 ff., 314, 331 r41.

¹⁵ SZW 2012, 321 ff., 336 r25.

¹⁶ OGer ZH, 13. Januar 2012, LB090076-O/U, E. 3D/2.1 S. 26.

¹⁷ Siehe bereits SZW 2014, 418 ff., 430 r27.

im Zusammenhang mit kriminellen Machenschaften Dritter (Behring, Madoff).¹⁸ Dieses Jahr ruft die Genfer Cour de Justice den Grundsatz in Erinnerung, dass die Depotbank für die vom unabhängigen Vermögensverwalter verursachten Verluste nur im Ausnahmefall haftet (**r8**, **r9**).¹⁹ Im erstgenannten Entschiede unterscheidet das Gericht strikt zwischen der internen Ermächtigung und der externen Vollmacht. Das ist im Lichte von Art. 33 Abs. 3 OR richtig, soweit effektiv erstellt ist, dass die Bank weder die Einzelheiten des Vermögensverwaltungsvertrages, noch die Anlagestrategie oder das Kundenprofil kennt. Die Risiken der standardmässig sehr weit gefassten externen Vollmachten traten in einem der beiden Entschiede klar zutage: In den zwei Monaten, in denen der Depotwert über 85% an Wert verlor und von CHF 3 Mio. auf CHF 500 000 sank, nahm die Bank rund CHF 235 000 an Kommissionsgebühren ein, von denen die Hälfte als Retrozessionen an den Vermögensverwalter zurückflossen.

Bank und unabhängige Vermögensverwalter: Jederzeitiges Kündigungsrecht

Noch im Jahr 2001 war das Bundesgericht der Auffassung, dass zwischen der Bank und dem unabhängigen Vermögensverwalter keine Vertragsbeziehung bestehe.²⁰ Die Wende erfolgte im Jahr 2005, als das Bundesgericht den Zusammenarbeitsvertrag zwischen der Bank und dem unabhängigen Vermögensverwalter als Innominatvertrag mit auftragsrechtlichen Elementen qualifizierte, auf den im Zweifelsfall (*«dans le doute»*) das jederzeitige Kündigungsrecht (Art. 404 OR) zur Anwendung komme. In der Lehre ist nicht die höchstrichterliche Vertragsqualifikation an sich, wohl aber das jederzeitige Kündigungsrecht auf Kritik gestossen, weil dieses zu unbilligen Ergebnissen führe und der Natur des Rechtsverhältnisses zwischen Bank und Vermögensverwalter nicht genügend Rechnung trage.²¹ Die Genfer Cour de Justice hat in Weiterentwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Differenzierung vorgenommen, die den verschiedenen Zusammenarbeitsformen Rechnung trägt (**r16**). Sieht der Vertrag vor, dass der Vermögensverwalter die Kunden der Bank zuführt

und die Bank anschliessend die Betreuung der Kunden übernimmt, rechtfertigt sich die Anwendung von Art. 404 OR nicht. Ein solcher Vertrag enthält vielmehr Elemente des Agenturvertrags und des Maklervertrags, weshalb für die Vertragsbeendigung in Abwesenheit wichtiger Gründe die Bestimmungen im Zusammenarbeitsvertrag gelten. Führt man sich die langjährige Kritik in der Doktrin zum zwingenden Charakter des Kündigungsrechts nach Art. 404 OR vor Augen, ist der Entscheid auch vor dem Hintergrund einer breiteren Debatte zu begrüssen.

Lugano-Übereinkommen

In der letzten Rechtsprechungsübersicht wurde auf die Folgen des revidierten Lugano-Übereinkommens für Klagen ausländischer Kunden gegen Schweizer Banken hingewiesen.²² Schon damals zeichnete sich für das Privatkundengeschäft in der EU und im EWR der Bedeutungsverlust von Gerichtsstandsklauseln in den AGB der Banken ab.

Die aktuelle Berichtsperiode hält weitere Sargnägel für die Gerichtsstandsklauseln bereit. Den Anstoss gab die Auseinandersetzung zwischen dem «Drogerie-König» Erwin Müller und der Schweizer Bank J. Safra Sarasin (**r39**). Müller hat die Bank vor dem Landgericht Ulm eingeklagt, obwohl die AGB einen Gerichtsstand *in Basel oder am Ort jener Zweigniederlassung der Bank, mit welcher die Geschäftsbeziehung geführt wird*, vorsehen. Sowohl das Landgericht als auch das von der Bank angerufene Oberlandesgericht Stuttgart haben unter Annahme eines Verbrauchergeschäfts einen Gerichtsstand in Ulm bejaht. Das Oberlandesgericht hat sich vertieft mit der Abgrenzung zwischen privater und gewerblicher Tätigkeit der Beteiligten auseinandergesetzt. Es kam zum Schluss, dass es für die Annahme einer privaten Tätigkeit im Sinne des Verbrauchergeschäfts nach LugÜ nicht darauf ankommt, ob der Kläger wohlhabend und sonst auch unternehmerisch tätig sei. Die Bank hat den Fall an den Bundesgerichtshof weitergezogen.

Sollte der Bundesgerichtshof den Stuttgarter Entscheid bestätigen, werden deutsche Kunden fortan den Streit gegen ihre Schweizer Bank an ihrem Wohnsitz in Deutschland führen. Diese Praxis dürfte von anderen EU- oder EWR-Gerichten übernommen

¹⁸ SZW 2012, 321 ff., 324 f., 329 f. r9; SZW 2013, 310.

¹⁹ Siehe auch SZW 2008, 418 ff., 427 r19.

²⁰ BGer 4C.387/2000 E 2c.

²¹ *Bretton-Chevalier*, <www.cdbf.ch/333>.

²² SZW 2014, 418 ff. 432 r30, r31.

werden. Für die Banken bedeutet der exponentielle Zuwachs an Gerichtsständen nicht nur einen erheblichen Mehraufwand, sondern auch ein höheres Prozessrisiko. Zwar bleibt es auch unter dem LugÜ bei der rechtswahlbedingten Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts. Seine Anwendung erfolgt aber im Kontext der jeweiligen ausländischen Rechtspraxis. Mit Blick auf den ausgebauten Verbraucherschutz in der EU ist nicht damit zu rechnen, dass die ausländischen Gerichte im Hinblick auf die Pflichten der Banken gegenüber ihren Kunden eine liberalere Haltung einnehmen als das schweizerische Bundesgericht.

Dass viel auf dem Spiel steht, zeigt die weitere Reaktion der Bank J. Safra Sarasin: Sie hat – nach Müllers Klageanhebung in Deutschland – beim Bezirksgericht Zürich eine Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der Schadenersatzforderung eingereicht. Das Gericht verneinte ein Feststellungsinteresse und trat auf die Klage nicht ein. Im Berufungsprozess erwog das Obergericht Zürich, dass ein Feststellungsinteresse bestehe, wenn eine Partei – wie vorliegend – das zuerst angerufene (deutsche) Gericht für unzuständig halte. Es wies die Sache an das Bezirksgericht zurück mit dem Hinweis, die internationale Zuständigkeit sei zu prüfen und das Verfahren gegebenenfalls nach Art. 27 Abs. 1 LugÜ auszusetzen, bis die Zuständigkeit des deutschen Gerichts feststehe (r40).

I. Bankverträge – Contrats bancaires

1. Konten, Einlagen, Vollmachten, Legitimation – Comptes, dépôts, procurations, légitimation

r1 Défaut de légitimation. Clause de transfert des risques. Clause de banque restante. Créance en remboursement de la banque (non). *Legitimationsmangel. Schadensabwälzungsklausel. Bankklagernd-Klausel. Rückerstattungsanspruch der Bank (nein).*

Le gestionnaire d'un compte bancaire procède à des achats sans instructions du client, en prétendant avoir reçu les ordres du véritable ayant droit économique du compte. Action en exécution du client.

1. Selon la réglementation légale, le client qui n'a pas, d'une manière ou d'une autre, incité la banque à procéder au transfert indu, n'a pas à supporter le dommage qui en résulte, même en l'absence de faute de la banque. Les parties peuvent toutefois prévoir

conventionnellement que le dommage résultant de défauts de légitimation ou de falsifications non décelées est supporté par le client, sauf en cas de faute grave de la banque. – 2. En l'espèce, compte tenu des réponses contradictoires du gestionnaire de la banque – qui d'ailleurs faisait l'objet d'une procédure pénale pour détournement des fonds – la banque n'est pas parvenue à établir l'existence d'un ordre donné par le fondé de procuration ou d'une ratification par ce dernier. En outre, les conditions générales de la banque – n'étant jamais versées à la procédure dans leur intégralité – étaient irrecevables de sorte que les questions relatives à un éventuel report du dommage de la banque sur le client, de la qualité d'organe ou d'auxiliaire du gestionnaire de la banque ne se posaient pas. Enfin, la clause de banque restante ne s'appliquait pas au client puisque le gestionnaire était impliqué dans les transactions en cause.

Cour de justice GE, 20 juin 2014, ACJC/723/2014 (A. contre B.), arrêt cantonal entré en force.

2. Anlagen, Vermögensverwaltung – Placements, gestion de fortune

r2 Execution only et conseil en placement. Devoir d'information. Responsabilité (non). *Execution only und Anlageberatung. Informationspflichten. (Keine) Haftung. [Madoff].*

Sans être conseillé par la banque, le client a souscrit un fonds de placement géré par Madoff. Crédits en compte courant garantis par les titres déposés sur les comptes bancaires. Le collaborateur de la banque conseille au client de ne pas vendre les titres malgré l'éclatement de la crise financière étant donné que les avoirs du fonds étaient placés en bons du Trésor américain. Dépréciation des titres. Action de la banque en remboursement du crédit. Refus du client qui allègue une violation des obligations d'information et de diligence de la banque.

1. Lors de l'acquisition des parts du fonds de placement, le client n'a pas pris conseil de la banque: il s'agissait d'une transaction «*execution only*». La banque n'avait aucune obligation particulière d'indiquer spontanément au client qu'elle touchait une rémunération sur les fonds placés auprès du véhicule du placement collectif. Celle-ci a par ailleurs satisfait aux obligations prévues par l'art. 11 LBVM en fournissant au client la documentation soulignant le degré de risque élevé de son investissement dans le

fonds. Enfin, elle n'a pas violé son obligation de diligence étant donné qu'elle n'avait pas les moyens d'anticiper l'escroquerie commise par Madoff avant que le scandale n'éclate. – 2. En répondant à son client, en automne 2008, qu'il était judicieux de conserver les parts du fonds («investis en bons du Trésor américain»), la banque a donné un conseil de placement ponctuel. Le conseil était objectivement faux, mais la banque avait suffisamment de raisons de croire que son conseil était exact puisque un tel investissement correspondait à la stratégie choisie par la direction de fonds, selon laquelle, lorsque le contexte boursier ne permettait pas de procéder à des transactions sur titres, les actifs devaient être investis en bons du Trésor américain. Le conseil n'étant «pas manifestement déraisonnable au moment où il a été donné», la banque n'a pas engagé sa responsabilité.

Cour de justice GE, 6 février 2015, ACJC/112/2015 (Monsieur A. c. B. SA), arrêt cantonal entré en force.

r3 Vermögensverwaltungsvertrag mit Renditegarantie. Verpflichtung der Bank durch Kundenberaterin (Art. 718a Abs. 1 OR). Guter Glaube des Anlegers. Mandat de gestion de fortune avec garantie d'un résultat. Engagement de la banque par la conseillère à la clientèle (art. 718a al. 1 CO). Bonne foi de l'investisseur.

Verpflichtung der Bank, wenn ihre Kundenberaterin im Rahmen eines Investment Management Agreement (IMA) eine *performance guarantee* abgibt. Entscheidend ist nicht, ob die Vereinbarung einer *performance guarantee* üblich ist oder nicht, sondern wovon der Kunde als Aussenstehender ausgehen durfte und musste. Allein aus der Tatsache, dass ein bestimmter Ertrag garantiert wurde, können ohne Beurteilung der übrigen Vertragselemente noch keine ernsthaften Zweifel abgeleitet werden. Da ein weiterer Mitarbeiter der Bank den Vertrag mitunterzeichnet hat, hatte der Kunde keinen Anlass, von einem versteckten Handeln der Kundenberaterin auszugehen, obwohl sie einige E-Mails von ihrem privaten E-Mail-Account versendet hatte. Im Ergebnis gilt das IMA zwischen den Parteien, die Bank hat für die vereinbarte Mindestrendite einzustehen.

BGer, 9. Oktober 2014, 4A_208/2014, 4A_212/2014 (I. zivilrechtliche Abteilung, Bank A. AG gegen verschiedene Anleger, Kundenberaterin als Nebenintervenientin seitens der Bank A. AG). Entscheid der Vorinstanz in SZW 2014, 418 ff., 420, 427 r14. Besprechung: Marugg, AJP 2015, 519 ff.

r4 Anlageberatung. Abgrenzung von der Vermögensverwaltung. (Keine) Haftung der Bank. Conseil en placement. Délimitation avec le mandat de gestion de fortune. Responsabilité de la banque (non).

Erwerb von Anteilen im Wert von rund CHF 47 Mio. an einem *Absolute Return Bond*-Anlagefonds (ARB) in Euro, der im Zuge der globalen Finanzkrise stetig an Wert einbüsste. Der Verlust der Kundin betrug rund CHF 25 Mio.

1. Der Erwerb der Absolute Return Bonds erforderte die Unterzeichnung eines Vertrages mit der Überschrift «Institutioneller Vermögensverwaltungsvertrag». Die darin erwähnten Anlageparameter lauten «EUR Absolute Return Bonds». Das lässt für eine Vermögensverwaltung keinen Platz: Es war einzig zu entscheiden, ob ARB EUR zu erwerben seien oder nicht. Die Vorinstanz hat kein Bundesrecht verletzt, wenn sie aufgrund der ausschliesslichen Zuständigkeit der Kundin für den Anlageentscheid den Vertrag als Anlageberatungsvertrag qualifizierte. – 2. Die Empfehlung der Bank zum Erwerb von Anteilen des B.-ARB-EUR-Anlagefonds war angemessen, da dieser Anlagefonds dem damaligen Risikoprofil der Kundin entsprach. – 3. Die Bank hat ihre sachkundige und erfahrene Kundin im Zeitpunkt der Empfehlung hinreichend informiert. – 4. Die Vorinstanz hat offengelassen, ob die Bank aus dem Anlagevertrag überhaupt Überwachungs- und Warnpflichten gehabt hätte. Ihre Abweisung der Klage wegen angeblicher Pflichtverletzungen während der Dauer der Investition in den ARB-EUR ist zu Recht erfolgt, da der diesbezügliche Schaden nicht hinreichend behauptet wurde.

BGer, 18. Dezember 2014, 4A_336/2014 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. SICAF-SIF gegen B. AG). Entscheid der Vorinstanz in SZW 2014, 418 ff., 426 r10. NZZ 9. Januar 2015, 21 (Swatch verliert gegen UBS. Kein Schadenersatz wegen Anlageverlusten); Tagesanzeiger 9. Januar 2015, 36 (Swatch blitzt im Streit mit der UBS vor dem Bundesgericht ab) Projer/von der Crone, SZW 2015, pp. 156 ff.

r5 Vermögensverwaltung. Risikoprofil. Fortlaufende Überprüfung der Anlagestrategie. Mandat de gestion de fortune. Profil de risque. Surveillance continue de la stratégie de placement.

Der Kunde ist gelernter Elektriker, der jahrzehntelange Abteilungsleiter im Bereich der Printverarbeitung war. Im Hinblick auf seine vorzeitige Pensionierung schloss er mit einer berufsmässigen Vermögensverwalterin einen entgeltlichen Vermö-

gensverwaltungsvertrag, durch den die Vermögensverwalterin ermächtigt wurde, selbständig Anlageentscheide zu treffen (eigentlicher Vermögensverwaltungsvertrag). Der Kunde fordert Schadenersatz aus vertragswidriger und spekulativer Vermögensanlage.

1. Die Vermögensverwalterin ist namentlich dazu verpflichtet, ein genaues Risikoprofil des Kunden zu erstellen, welches die objektive Risikofähigkeit und die subjektive Risikobereitschaft des Kunden abdeckt. Erst wenn das Risikoprofil erstellt ist, kann auf dessen Grundlage die Anlagestrategie festgelegt werden. – **2.** Die Vermögensverwalterin erstellte nur ein äusserst knapp formuliertes Anlegerprofil, welches laut Obergericht «im Grunde genommen gar kein Anlegerprofil» war. Gemäss «Anlagestrategie» sollten einerseits Kapital- und Kaufkraft erhalten bleiben und andererseits sollte eine Rendite von 9% pro Jahr erzielt werden. Solange nicht feststeht, ob der Kunde über die Risiken dieser Anlagestrategie aufgeklärt worden ist, lässt sich auch nicht sagen, er habe dieser Strategie zugestimmt. – **3.** Die Vermögensverwalterin hätte zudem während der gesamten Vertragsdauer sicherzustellen gehabt, dass die eingeschlagene Anlagestrategie angesichts der sich verändernden Gegebenheiten des Marktes den ihr bekannten Bedürfnissen des Kunden noch entsprach und gegebenenfalls eine Änderung derselben vorschlagen müssen. Indem sie dies unterlassen hat, beging sie eine Sorgfaltspflichtverletzung. – **4.** Über die zu wählende Anlagestrategie, die Frage, ob diese im Verlaufe der Vertragszeit hätte angepasst werden sollen und über die Frage, ob eine unsorgfältige Geschäftsbesorgung i.S.v. Art. 398 Abs. 2 OR vorliegt, ist ein Gutachten einzuholen. – **5.** Die Vermögensverwalterin macht geltend, die Kausalkette sei durch die Finanzkrise unterbrochen worden. Dem ist nicht so. Allerdings wird die Vermögensverwalterin nicht für solche Wertverluste verantwortlich gemacht werden können, die wegen der Finanzkrise auch bei sorgfältiger Vermögensanlage eingetreten wären. – **6.** Rückweisung an die Vorinstanz.

OGer ZH, 28. Juli 2014, LB140020-O/U (A. AG, ... gegen B., rechtskräftig).

r6 Anlageberatung. Liquidation eines Fonds. (Keine) Verletzung der Aufklärungspflicht. Conseil en placement. Liquidation du fonds. Violation de l'obligation d'information (non).

Die Bank erstellt für den Kunden im Hinblick auf dessen Frührentierung einen Finanzplan, der unter anderem

die Zeichnung von Fonds in Höhe von rund CHF 300 000 vorsah. Der Fonds verliert stetig an Wert. Die Bank verweist auf Nachfrage des Kunden auf die Stabilisierung des Fondswertes. Ein gutes Jahr nach der Zeichnung wird der Fonds liquidiert. Der Kläger erleidet einen Verlust von rund CHF 110 000. Gemäss Bundesgericht verletzt die Bank keine Aufklärungspflichten, wenn sie den Kunden nicht spezifisch auf die Möglichkeit der Schliessung eines Fonds hinweist. Im konkreten Fall musste die Bank den Kunden auch angesichts der Kursverluste nicht auf diese Möglichkeit hinweisen.

BGer, 17. Februar 2015, 4A_570/2014 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen Bank B. AG).

r7 Relation execution only. Devoir d'information et de conseil. Interprétation d'un contre-ordre. Execution-Only-Verhältnis. Aufklärungs- und Beratungspflicht. Auslegung eines Gegenauftrags.

Ordre par téléphone de vendre des parts d'un produit suite à une baisse générale des cours. Contrordre 3 jours plus tard alors que l'ordre passé était déjà exécuté. Action du client reprochant à la banque, d'une part, une abstention fautive de conseil au moment de l'instruction et, d'autre part, de ne pas avoir interprété le contrordre tardif comme un ordre de rachat des titres litigieux.

1. L'art. 398 al. 2 CO oblige le mandant à donner un conseil sur une opération particulière lorsqu'il a été sollicité par le mandant, situation qui n'est pas réalisée lorsque, comme en l'espèce, les parties ne sont liées que par un contrat de dépôt et d'ouverture de compte et que le mandant communique une instruction au mandataire. Quant à un avertissement, il doit être donné en présence d'un risque concret, lorsque le client ignore l'existence de celui-ci ou lorsqu'eu égard au rapport de confiance qu'il a avec le négociant, il peut de bonne foi attendre de celui-ci qu'il l'avertisse. En l'espèce, la banque (mandataire) ne devait pas annoncer un risque, puisqu'il s'agissait précisément du point de vue du mandant d'échapper au risque que la dévalorisation de ses avoirs se poursuive. – **2.** L'étendue du devoir d'information de l'art. 11 LBVM se détermine d'après les connaissances et l'expérience du mandant de sorte que s'il apparaît qu'il n'a pas connaissance des risques qu'il court, la banque doit l'y rendre attentif. En l'espèce, la décision de vendre des titres qui se dévalorisent n'a en soi rien de déraisonnable et n'appelait pas une information particulière à donner à une personne incompétente eu égard à la complexité d'un produit financier. – **3.** Si l'annulation d'un ordre de vente des titres est impossible, seul un rachat permet de revenir en arrière. Sans instruction expresse du client, la banque ne peut pas interpréter l'ordre d'annulation comme un ordre de rachat.

TC VD, 1^{er} mai 2014, J112.001948-140528 (A.R. contre Y. SA).

r8 Gestion de fortune indépendante. Responsabilité de la banque dépositaire, art. 11 LBVM (non). Externe Vermögensverwaltung. (Keine) Haftung der Depotbank aus Art. 11 BEHG.

Mandat de gestion conféré à un gérant indépendant par une personne sans connaissances financières, souhaitant une gestion «tranquille» pour vivre du rendement du capital sans l'entamer. Rendement en-

visagé 7%–8% p.a. Portefeuille de CHF 3,3 millions réduit à CHF 510 000 entre août et mi-octobre 2008. Exécution de 70 opérations de change pour un volume brut de CHF 460 millions. Action en responsabilité contre la banque dépositaire.

1. Les opérations effectuées par la banque sur instructions du gérant étaient couvertes par la procuration conférée par la titulaire de compte. « Une attention accrue de la banque n'est pas exigée si le gérant procède à des opérations spéculatives car la stratégie globale de placements n'est pas connue de la banque; il n'appartient pas à celle-ci de déterminer si des opérations sont déraisonnables, car cela dépend de la situation particulière du client, que la banque dépositaire ne connaît pas. » La banque ne doit intervenir que si le gérant agit clairement et volontairement au détriment du client et qu'elle perçoit la situation sans aucun doute, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce. – **2.** La banque, ignorant les objectifs du placement convenus entre le gérant et le déposant, ne disposait pas des informations nécessaires pour être à même d'identifier un éventuel barattage de la part du gérant. – **3.** L'art. 11 LBVM n'oblige pas la banque à renseigner le client sur le caractère approprié de certaines transactions (*suitability*), ni à l'avertir des risques qu'il encourt en concluant des transactions avec effet de levier. Cette disposition a principalement pour but de s'assurer que le client comprenne les risques des transactions qu'il décide d'initier de sorte que si les transactions sont initiées par un tiers gérant, le problème de l'avertissement ne se pose pas.

Cour de justice GE, 29 août 2014, ACJC/999/2014 (A. c. B.), arrêt cantonal entré en force.

r9 Gestion de fortune indépendante. Responsabilité de la banque dépositaire (non). Externe Vermögensverwaltung. (Keine) Haftung der Depotbank.

1. La relation avec la banque relevait du dépôt et de l'exécution de placements (*execution only*). Compte tenu de la situation personnelle du client (titulaire d'un diplôme en administration des affaires, constitution d'une fortune de plusieurs dizaines de millions de dollars dans le commerce international, relations de longue date avec d'autres établissements bancaires), ce dernier était en mesure de comprendre les risques liés à l'acquisition des parts des hedge funds, de sorte qu'aucune mise en garde particulière de la part de la banque était nécessaire. Par ailleurs, en adressant au client une brochure concernant les risques particuliers inhérents à des produits struc-

turés et des placements en fonds non traditionnels, la banque a satisfait aux obligations découlant de l'art. 11 LBVM. Enfin, il n'y avait aucune relation de confiance particulière entre la banque et le client. – **2.** Bien que le client ait expressément confié un mandat de gestion discrétionnaire à un gérant indépendant, le gérant n'était autorisé à effectuer aucune opération sans instruction et accord préalable du client. La relation relevait donc d'un mandat de conseil. Ainsi, le gérant était tenu à une sauvegarde générale des intérêts du client et il conservait les obligations de renseignement, de conseil et d'avertissement d'un conseiller, y compris lorsque les investissements étaient envisagés par le client lui-même. En pareil cas il doit notamment s'assurer que le client était en mesure d'identifier les risques inhérents à l'investissement projeté et de mesurer la portée de sa décision. En l'espèce, le tiers gérant pouvait légitimement admettre que le client disposait de l'expérience et de connaissances suffisantes pour acquiescer des parts des hedge funds et qu'il n'avait pas besoin des mises en garde supplémentaires.

Cour de justice GE, 19 décembre 2014, ACJC/1612/2014 (A. et B. c. C. et D.), arrêt cantonal entré en force.

r10 Transactions non autorisées. Moment du calcul du dommage. Nicht genehmigte Transaktionen. Zeitpunkt der Schadensberechnung.

Compte d'épargne et compte de titres sans mandat de gestion. – Le dommage (résultant ici de transactions non autorisées) se calcule comme la différence au moment de la résiliation de la relation de compte entre le patrimoine effectif et le patrimoine hypothétique. La valeur des titres au moment où ils ont été vendus sans autorisation n'entre pas en considération.

TF, 8 mai 2014, 4A_558/2013 (Corte di diritto civile, A. c. B. SA).

r11 Anlageberatung. Berechnung und Substantiierung des Schadens. Conseil en placement. Calcul et allégation du dommage.

Dem 87-jährigen Kunden werden Investitionen in einen Fonds empfohlen. Der Fonds wird zwei Jahre später liquidiert. Die Pflichtwidrigkeit der Beratung ist erstellt.

1. Die Schadensberechnung bei der pflichtwidrigen Anlageberatung folgt denselben Grundsätzen wie die Schadensberechnung bei pflichtwidrigen Einzelanlagen im Rahmen der Vermögensverwaltung: Der Vergleich zwischen dem aktuellen und dem hypothetischen Vermögensstand ist auf den Teil des Vermögens zu beschränken, der für sorgfaltswidrige Anlagen eingesetzt wurde. Erfolgt hingegen die

Schädigung durch die sorgfaltswidrige Verwaltung des gesamten Portfolios, so ist der tatsächliche Wert des Portfolios mit dem Wert, den es bei sorgfältiger Verwaltung erreichte hätte, zu vergleichen. – 2. Bei Anlageentscheiden, die in der Vergangenheit liegen, kann es nicht dem Geschädigten überlassen bleiben, die für ihn aus heutiger Sicht beste Anlage auszusuchen. Vielmehr muss er behaupten und soweit möglich belegen, welche konkrete Anlage er damals getätigt hätte. Nur wenn er konkret behauptet und begründet, welche Festgeldanlagen er bei wem, für welche Zeit, zu welchem Zins etc. bei gehöriger Beratung getätigt hätte, kommt er dem Erfordernis der gehörigen Substantiierung nach. Dies hat der Kläger im vorliegenden Fall unterlassen.

BGer, 7. Mai 2015, 4A_539/2014 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen Bank B. AG).

r12 Vermögensverwaltungsvertrag (streitig). Substantiierung des Schadens. Mandat de gestion (contesté). Allégation du dommage.

Streitig, ob zwischen dem Ehepaar und der Bank ein Anlageberatungs- oder ein Vermögensverwaltungsvertrag bestand. Verlust von ca. EUR 70 000. Die Klage wird mangels hinreichender Substantiierung abgewiesen. Das Obergericht bestätigt die Erwägungen der Vorinstanz zur Substantiierungspflicht: Ein erlittener Verlust entspricht nicht zwingend dem zu ersetzenden Schaden. Es ist beispielsweise zu bezeichnen, welche Titel nicht hätten gekauft werden dürfen oder gerade hätten gekauft werden sollen, und zwar wann und zu welchem Preis, oder welche Titel stattdessen hätten erworben werden sollen. Da die Schadensberechnung im Allgemeinen von Hypothesen über die Entwicklung von Alternativenanlagen ausgeht, ist zu präzisieren, warum diese und nicht eine andere alternative Anlage als Referenz gewählt worden ist und wie sich die betreffende Anlage oder das ganze Depot nach der Hypothese im massgebenden Zeitpunkt entwickelt hätte.

OGer ZH, 26. Februar 2015, LB140088-O/U (A. gegen B. AG, rechtskräftig).

r13 Auszahlungsverweigerung durch die Bank. US-Verfahren. Refus de payer de la banque. Procédure US. [Madoff].

Die Klägerin, eine Treuhandgesellschaft mit Sitz auf den Britisch Virgin Islands, verlangt von der Bank die Teilauszahlung ihres Bankguthabens. Die Bank weigert sich: Beim Guthaben handelt es sich um den Gewinn aus der Veräusserung von Anteilen des Fairfield Sentry Funds, der in die Gesellschaften des mittlerweile verurteilten Betrügers A. [Madoff] investierte. Der Fund musste kurz nach der Auszahlung liquidiert werden. Die Bank handelte bei den Investitionen als Kommissionärin. Die Liquidatoren

des Funds haben sie in den USA auf Herausgabe des Gewinns eingeklagt. Die Klage richtet sich pauschal auch gegen die an den Konten der Bank wirtschaftlich Berechtigten, welchen Rückvergütungen für Fairfield Sentry Fondsanteile in der besagten Periode gutgeschrieben wurden. Die Bank verweigert deshalb die geforderte Teilauszahlung.

1. Das Handelsgericht hat die Zahlungsverweigerung der Bank geschützt. Die Bank habe einen Anspruch gegen den Kunden gestützt auf Art. 402 Abs. 1 OR. Der Begriff «eingegangene Verbindlichkeiten» (Art. 402 Abs. 1 OR) umfasse neben den vom Beauftragten spezifisch kontrahierten vertraglichen Hauptpflichten (z.B. Bezahlung eines Kaufpreises) auch Verbindlichkeiten aus anderen Rechtsgeschäften, die der Beauftragte in eigenem Namen, jedoch im Interesse des Auftraggebers abgeschlossen habe, und diese direkt den Auftraggeber treffen würden, hätte der Beauftragte als direkter Stellvertreter gehandelt. – 2. Das Bundesgericht lässt die Frage nach der Rechtsgrundlage in Art. 402 Abs. 1 OR offen. Es schützt den Anspruch der Bank (bzw. die Auszahlungsverweigerung) gestützt auf die vertragliche Vereinbarung zwischen der Bank und dem Kunden: Die Vereinbarung beschränkt die vertragliche Pflicht der Bank auf das treuhänderische Halten und den instruktionsgemässen Verkauf bzw. die Rückgabe der fraglichen Fondsanteile auf Rechnung des Kunden. Das Risiko des Rückgabegeschäfts liegt allein beim Kunden. Entsprechend trägt der Kunde das Risiko, dass der Wert der – kurz vor Konkursöffnung – zurückgegebenen Fondsanteile bereits im Zeitpunkt der Rückgabe gegen Null tendierte. Dass die (annähernde) Wertlosigkeit im Rückgabezeitpunkt noch nicht festgestellt und aus diesem Grund eine (zu hohe) Rücknahmesumme ausbezahlt worden war, vermag an diesem Umstand nichts zu ändern. So, wie die Bank im Falle einer früheren Aufdeckung des Betrugsfalls lediglich den noch erhältlichen Teil des Erlöses an den Kunden hätte herausgeben müssen, kann die von den US-Liquidatoren verlangte nachträgliche Rückerstattung des Erlöses den Kunden belasten.

BGer, 20. Juli 2015, 4A_429/2014 (A. Inc. gegen B.). Vorinstanz: HGer ZH, 27. Mai 2014, HG120079-O. Für das vorhergehende summarische Verfahren siehe BGer 4A_443/2011, SZW 2012, 321, 325, 334 f. r21.

r14 Auszahlungsverweigerung durch die Bank. US-Verfahren. Refus de payer par la banque. Procédure US. [Millard]

Die Kläger unterhielten bei der Zürcher Tochtergesellschaft einer Schweizer Grossbank diverse Konten und Wertschriftendepots. Sie wurden vor einem US-Gericht wegen einer (bestrittenen) Steuerforderung eingeklagt. Das Gericht verfügte eine Sperrung aller Vermögenswerte der Kläger und ordnete an, dass davon auch alle Gruppengesellschaften der in den USA tätigen Grossbank betroffen seien. Die Zürcher Tochtergesellschaft wurde ausdrücklich erwähnt. In der Folge verweigerte die Zürcher Tochtergesellschaft den Klägern die Auszahlung der Guthaben und die Übertragung der Wertschriften «angesichts der Anordnungen in den Verfahren in New York». Die Kläger forderten daraufhin vor dem Handelsgericht Zürich die Herausgabe der Vermögenswerte von der Grossbank als Rechtsnachfolgerin der mittlerweile aufgelösten und in die Muttergesellschaft integrierten Tochter. Die beklagte Bank machte geltend, sie habe gegen die Kläger einen den Herausgabeanspruch übersteigenden Anspruch auf Auslagenersatz oder Schadenersatz, eventualiter einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Der Anspruch der Kläger sei durch Pfandverwertung und Verrechnung vollumfänglich getilgt. Den Verrechnungsanspruch begründete die Bank mit den Vergleichskosten und Anwaltskosten im US-Verfahren. Das Handelsgericht hat den Anspruch der Kläger gutgeheissen.

1. Bei den von der Bank behaupteten Aufwendungen handelt es sich um einen Schaden und nicht um Auslagen, da sie nicht freiwillig geleistet wurden. Zudem können die Aufwendungen nicht als im Interesse der Kläger erforderlich und vernünftigerweise geboten gelten, zumal die Bank für ihren Vergleich im US-Verfahren keine Rücksprache mit den Klägern genommen hatte. Die Situation, in welcher sich die Bank vor die Wahl gestellt sah, höhere Bussen bezahlen zu müssen oder die geltend gemachten Aufwendungen vorzunehmen, stellt eine Verwirklichung des Risikos dar, das die Bank durch die Geschäftstätigkeit in den USA einging. Die Bank kann die Aufwendungen folglich nicht als Auslagenersatz im Sinne von Art. 402 Abs. 1 OR zurückfordern. – **2.** Da seitens der Kläger keine Vertragsverletzung begangen wurde, steht der Bank kein Schadenersatzanspruch aus Auftragsrecht im Sinne von Art. 402 Abs. 2 OR zu. Insbesondere besteht keine Pflicht des

Bankkunden, die Bank auf die Risiken, die sich aus ihrer Geschäftstätigkeit in den USA ergeben, aufmerksam zu machen; vielmehr ist dies Sache der fachkundigen Bank. Auch waren die Kläger nicht verpflichtet, sich am US-Verfahren zu beteiligen. – **3.** Da die Bank im Rahmen eines Auftragsverhältnisses gehandelt hat, sind die Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) nicht anwendbar. Sie scheiden folglich als Anspruchsgrundlage aus. Hinzu kommt, dass die Bank primär in ihrem eigenen Interesse gehandelt hat. – **4.** Ebenso wenig bestehen Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung. Die Zahlung erfolgte in Erfüllung des Vergleichs zwischen der Bank und den Klägern im US-Verfahren, aufgrund dessen sich die US-Kläger zum Rückzug ihrer Begehren gegen die Bank verpflichtet hatten.

*HGer ZH, 23. Februar 2015, HG110247-O (Diverse Kläger gegen EI AG, Beschwerde vor Bundesgericht hängig), ZR 2015, 133 ff. NZZ 24. März 2015, 24 (CS hat Konto unrechtmässig eingefroren. Handelsgericht entscheidet im Fall des amerikanischen Millionärs Millard gegen die Grossbank); Le Temps 25. März 2015, 17 (La justice zurichoise donne tort à Crédit Suisse, qui avait bloqué le compte d'un Américain). Siehe bereits NZZ 9. Januar 2013, 25 (Der Arm der amerikanischen Justiz wird immer länger). **Besprechung:** Ceregato/Haselbach, ius.focus 5/2015, 19.*

3. Sonstige Bankverträge – Autres contrats bancaires

r15 Transfert d'un portefeuille d'actifs bancaires. Qualité pour agir du reprenant. Übernahme von Bankaktiven. Klageligitimation des Übernehmers.

«Dans un but d'optimisation fiscale», les titulaires (A et B) d'un compte joint créent une société de domicile (S) à qui la banque ouvre un autre compte. A et B transfèrent à S leurs avoirs en compte et, avec l'accord de la banque, font reprendre par S le crédit lombard garanti par ces avoirs. Action de S contre la banque invoquant une mauvaise exécution des obligations de la banque envers A et B. La Cour de justice et le TF rejettent l'action pour défaut de qualité pour agir (légitimation active).

1. Le transfert d'un contrat est un contrat qui a pour objet le remplacement de l'une des parties dans une relation contractuelle préexistante et qui suppose deux accords, l'un entre la partie entrante et la partie sortante, l'autre entre la partie entrante et la partie restante. – **2.** En l'espèce il n'y a eu de transfert de contrat ni explicitement ni implicitement. D'une part, la société de domicile s'est fait elle aussi ouvrir un compte et dépôt de titres par la banque en souscrivant une documentation bancaire nouvelle et en créant ainsi sa propre relation contractuelle avec la banque sans prétendre reprendre celle déjà établie par ses actionnaires. D'autre part, les actionnaires ont transféré l'intégralité de leur portefeuille avant de mettre fin à leurs propres relations juri-

diques avec la banque, de sorte que dans l'intervalle celle-ci s'est trouvée en relations contractuelles tant avec les actionnaires qu'avec la société, ce qui est incompatible avec un transfert de contrat. – 3. Faute de transfert de contrat, la créance en réparation du dommage est demeurée dans le patrimoine personnel des actionnaires; la société de domicile n'a pas la qualité pour la faire valoir en justice.

TF, 9 septembre 2014, 4A_313/2014 (X. corp. c. Z. (Suisse) SA), recours contre CJ ACJC/398/2014 du 28 avril 2014, ACJC/398/2014: <<http://ge.ch/justice/dans-la-jurisprudence>>. Recension: Bärtschi, ius.focus 11/2014, 10.

r16 Convention de gérant externe. Convention d'apporteur d'affaires. Qualifications. Résiliation. Rémunérations. *Vertrag mit externem Vermögensverwalter. Vertriebsvereinbarung. Qualifikation. Vergütung.*

Une banque et une société de gestion de fortune indépendante étaient liées par une convention de gérant externe (pour les comptes gérés par le gérant indépendant) et une convention d'apporteur d'affaires (pour les autres comptes). Invoquant la résiliation des mandats de gestion conférés au gérant indépendant, la banque refuse de lui payer les commissions dues à ce titre et déclare résilier la convention d'apporteur d'affaires pour justes motifs.

1. La convention de gérant externe ou indépendant est un contrat de collaboration par lequel le gérant indépendant, qui n'est pas dans une situation de subordination, s'engage pour une certaine durée à présenter à la banque tout ou partie de ses clients afin que ceux-ci utilisent les services de la banque en tant que dépositaire et commissionnaire. La banque s'engage à verser une rémunération proportionnelle (ici 50%) aux revenus générés pour elle par l'activité du gérant indépendant et à soutenir cette activité par la mise à disposition de services. Cette rémunération tend à rémunérer l'apport de clients, et non l'activité de gestion. – 2. La convention d'apporteur a un contenu similaire: l'apporteur d'affaires incite des personnes à devenir clients de la banque et reçoit une rémunération, ici 50% des revenus obtenus par la banque. – 3. La jurisprudence du Tribunal fédéral, qui soumet la résiliation des conventions de gérant externe à l'art. 404 CO en raison du rapport de confiance qu'elles supposent, n'est pas applicable à la convention d'apporteur d'affaires, où l'apporteur ne fait qu'introduire un client auprès de la banque mais n'est tenu à aucune autre activité particulière. – 4. La convention d'apporteur relève du contrat d'agence, ou éventuellement du contrat de courtage lorsque l'apporteur intervient occasionnellement pour une

affaire déterminée. – 5. L'art. 404 CO n'est pas applicable à la convention d'apporteur. En l'absence de justes motifs (art. 418r CO), la convention a été résiliée par la banque pour le plus prochain terme utile (art. 418q CO). La résiliation des mandats de gestion conférés à la société de gestion de fortune n'est pas de nature à détruire le rapport de confiance entre la banque et l'apporteur d'affaires et ne constitue pas un juste motif de résiliation de cette convention. – 6. Interprétant les conventions d'espèce, la Cour de justice a retenu que la banque doit verser la rémunération due au titre de la convention d'apporteurs après que les clients ont résilié les mandats de gestion conférés au gérant indépendant.

Cour de justice GE, 11 avril 2014, ACJC/471/2014 (A. c. B.), arrêt cantonal entré en force.

II. Kredite – Crédits

r17 Cash Pooling. Verbot der Einlagenrückgewähr. Drittmanns-Test (nicht erfüllt). Pflichtverletzung der Prüfgesellschaft [Swisscargo]. *Cash Pooling (mise en commun de trésorerie). Interdiction de la restitution des apports. Test du tiers (pas rempli). Violation des devoirs de la société d'audit [Swisscargo].*

Der Verwaltungsrat der B. AG beantragte, eine Dividende von CHF 28,5 Mio. auszuschütten. Die Revisionsstelle bestätigte die Rechtmässigkeit dieses Antrages, woraufhin die Dividendenausschüttung durch die Generalversammlung genehmigt wurde. Die Verwalterin des Nachlassvermögens der B. AG macht geltend, dass damals maximal eine Dividende von CHF 5,5 Mio. hätte ausgeschüttet werden dürfen. Es seien fälschlicherweise zwei konzerninterne Darlehen von CHF 23,65 Mio. nicht als Ausschüttungen qualifiziert worden.

1. Ein Darlehen an eine Mutter- oder Schwes-tergesellschaft stellt dann eine kapitalschutzrechtlich relevante Ausschüttung dar, wenn es nicht zu Markt- bzw. Drittbedingungen («at arm's length») ausgerichtet worden ist. – 2. Stammt der nicht zu Marktbedingungen geleistete Darlehensbetrag aus dem durch Art. 680 Abs. 2 OR geschützten Eigenkapital, liegt ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vor. Stammt er aus dem freien Eigenkapital, führt eine solche Ausschüttung zu einer faktischen Sperrung des freien Eigenkapitals im Umfang

des ausgerichteten Darlehensbetrages. Andernfalls würde das freie Eigenkapital doppelt verwendet: Einmal bei Ausrichtung des nicht zu Marktbedingungen gewährten Darlehensbetrages und einmal bei der Ausschüttung der Dividende. – **3.** Da die vorliegenden Darlehen nicht besichert waren und die Darlehensgeberin sich nicht mit der Bonität der Schuldnerinnen befasst hat, liegen zwei vollkommen ungesicherte Darlehen vor, welche dem Drittmannstest nicht standhalten. Folglich wurde das freie Eigenkapital durch die Ausrichtung der beiden Darlehen im Umfang der Darlehensvaluta gesperrt und stand insoweit nicht zur Dividendenausschüttung zur Verfügung. – **4.** Das Agio ist wie die allgemeine Reserve zu behandeln und darf folglich im Rahmen von Art. 671 Abs. 3 OR *e contrario* auch im Verfahren der Dividendenausschüttung ausbezahlt werden. – **5.** Die Bestätigung der Rechtmässigkeit der Dividendenausschüttung durch die Revisionsstelle war pflichtwidrig.

BGer, 16. Oktober 2014, 4A_138/2014 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. AG gegen Nachlassmasse der B. AG in Nachlassliquidation), BGE 140 III 533. NZZ 12. Dezember 2014, 33 (Urteil des Bundesgerichts wirft Fragen auf. Limitieren interne Darlehen die maximale Ausschüttung?). **Besprechung:** Béguin, <www.cdbf.ch/925>; Biehler, *ius.focus* 12/2014, 13; Brand/Müller, *Jusletter* 15. Dezember 2014; Druey, *SZW* 2015, 64 ff.; Glanzmann/Wolf, *ST* 3/15, 131 ff.; Trauber, *TREX* 2015, 94 ff.

r18 **Crédit syndiqué, clause de negative pledge. Faillite du débiteur. Portée du gage général figurant dans les conditions générales de la banque suisse. Konsortialkredit, Negative-Pledge-Klausel. Konkurs des Schuldners. Tragweite des in den AGB der schweizerischen Bank enthaltenen allgemeinen Pfandrechts.**

La banque suisse et son client sont liés par diverses relations, toutes soumises au droit suisse et aux conditions générales de la banque, comprenant un droit de gage général. En 2007, la banque participe (avec 26 autres) à un syndicat bancaire (dirigé par une autre banque) qui concède au client un crédit de USD 2,8 milliards. Le crédit syndiqué est soumis au droit anglais et contient une clause de negative pledge. Faillite du débiteur à son siège étranger, reconnue en Suisse. La banque produit dans la faillite ancillaire suisse une créance de USD 268 millions représentant sa part au crédit syndiqué et fait valoir son gage général sur deux comptes (totalisant USD 150 millions). Production écartée par l'office des fail-

lites au motif que la créance n'est pas garantie (art. 172 al. 1 lettre a LDIP). Action en contestation de l'état de collocation rejetée par la Cour de justice.

1. La mise en gage d'actifs peut être effectuée par l'acceptation d'une clause en ce sens figurant dans les conditions générales de la banque. Les parties peuvent toutefois y déroger en concluant un contrat spécial comportant une clause de nantissement en contradiction avec celle figurant dans les conditions générales. – **2.** En l'espèce, le débiteur avait conclu un contrat de prêt avec un syndicat réunissant 26 banques – dont la banque demanderesse – dans lequel les parties, non seulement n'ont prévu aucune garantie particulière, mais ont également expressément interdit au débiteur, par une clause de «*negative pledge*», de constituer tout gage sur ses actifs, à l'exception de ceux autorisés par le contrat. Or, le nantissement général prévu par les conditions générales de la banque demanderesse ne faisait pas partie des sûretés expressément admises par le contrat de sorte que les parties ont entendu déroger au nantissement général précédemment stipulé, par un acte postérieur et particulier. – **3.** L'approche selon laquelle «la clause de negative pledge était de nature purement contractuelle et limitée au rapport juridique dans lequel elle est insérée» n'est pas fondée car une telle approche reviendrait à exclure tout gage qui ne serait pas conclu par les parties au contrat, ce qui ne ressort pas du texte du contrat, lequel institue l'interdiction générale pour le débiteur de grever n'importe quel élément de ses actifs. – **4.** Le contrat contenant la clause de «*negative pledge*» ne s'inscrivait pas dans la continuité des rapports bilatéraux entre la banque demanderesse et le débiteur dès lors que ce contrat impliquait 26 autres établissements bancaires.

Cour de justice GE, 26 septembre 2014, ACJC/1151/2014 (A. c. La masse en faillite de B), arrêt cantonal entré en force.

r19 **Crédit lombard. Appel de marge. Banque restante. Art. 11 LBVM. Obligation de diligence dans la réalisation de la sûreté. Lombard-Kredit. Margin Call. Banklagernde Korrespondenz. Art. 11 Börsengesetz. Sorgfaltspflichten bei der Verwertung der Sicherheiten.**

La banque octroie un crédit lombard au client. Suite à la diminution de la marge de sécurité, elle procède moyennant un courriel de banque restante à un appel de marge et, n'ayant aucune réponse de la part

du client, réalise les actifs nantis. Action de la banque en paiement de découvert.

1. Lorsque les titres nantis ne couvrent plus la marge de sécurité exigée par la banque, l'appel de marge peut-il être valablement adressé banque restante? La Cour ne tranche pas cette question car, au cas d'espèce, le client a admis qu'il n'aurait pas été en mesure de reconstituer la marge par un apport de fonds, de sorte que la banque aurait néanmoins pu procéder à la réalisation de son gage. – 2. Les devoirs de diligence et de loyauté de l'art. 11 LBVM s'appliquent (également dans les rapports de droit privé) lorsqu'un négociant vend des titres sur instruction du client. – 3. L'art. 11 LBVM ne s'applique pas lorsque le négociant réalise une sûreté, car il agit alors dans son propre intérêt. Le négociant reste tenu d'une obligation de diligence, consistant notamment à vendre les titres nantis au meilleur prix.

Cour de justice GE, 12 décembre 2014, ACJC/1535/2014 (A. SA c. Monsieur B.), arrêt cantonal entré en force.

r20 Zession. Einreden des Schuldners. Schutzzweck von Art. 169 OR. Cession. Exceptions du débiteur. But de protection de l'art. 169 CO.

Bank fordert Kreditrückzahlung und unterliegt im Rechtsöffnungsverfahren. Der Schuldner zediert die gesprochene Parteientschädigung an den Anwalt. Dieser obsiegt im Rechtsöffnungsverfahren gegen die Bank. Die Bank fordert im ordentlichen Verfahren (Art. 86 SchKG) vom Anwalt die Rückzahlung der Parteientschädigung, da ihr eine verrechenbare Forderung in Höhe des damaligen Kredits zustehe. Über den Schuldner X wurde in der Zwischenzeit der Konkurs eröffnet.

Der Zessionar hat eine einrebelastete Forderung erhalten. Die Verrechnungseinrede der Bank ist wirksam. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Bank ihre Einrede nunmehr gegenüber einem solventen Schuldner erheben kann, während ihr vorher ein insolventer Schuldner gegenüberstand. Zwar enthält Art. 169 OR den Grundsatz, dass sich die Stellung des Schuldners durch die Zession nicht verbessern (und auch nicht verschlechtern) soll. Die Besserstellung der Bank als Schuldnerin der Parteientschädigung ist aber nicht rechtlicher, sondern nur tatsächlicher Natur. Die tatsächliche Besserstellung soll nach der Zweckbestimmung von Art. 169 OR nicht verhindert werden.

BGer, 10. Juli 2014, 4A_95/2014 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen Bank B.).

r21 Zession. Genügende Bestimmtheit der Forderung (verneint). Cession. Précision suffisante de la créance (niée).

Abtretungsvereinbarung mit folgendem Inhalt: «Die Genossenschaft F.D. hat unter diversen Titeln Forderungen gegenüber B. Sie tritt hiermit ihre Forderungen

gegen B. bis zu einem Betrag von Fr. 70 000.– an A. ab.»

Die Abtretungsvereinbarung ist nicht genügend bestimmt, da ihr nicht entnommen werden kann, ob noch weitere Forderungen bestehen, welchen Umfang die einzelnen abgetretenen Forderungen aufweisen bzw. ob eine teilweise Forderungsabtretung erfolgte. Die Abtretung ist somit ungültig.

OGer ZH, 29. April 2014, LB130017-O/U (A. gegen B., rechtskräftig).

III. Kreditsicherung – Sûretés

r22 Garantie auf erstes Anfordern. Rechtsmissbrauch (verneint). Garantie à première demande. Appel abusif (non).

Die Bank D. gewährte der C. S.A. eine Kreditlimite über USD 3 600 000. Gestützt auf einen Spezialvertrag wurde ein fester Vorschuss in der Höhe von USD 3 600 000 tatsächlich gewährt. Unabdingbare Grundlage der Gewährung dieses festen Vorschusses war eine Bankgarantie über USD 4 000 000, welche die Bank B. zuvor gegenüber der Bank D. ausgestellt hatte. Als die Bank D. diese Bankgarantie abrief, verweigerte die Bank B. die Zahlung, unter Hinweis auf ein durch die A. Inc. gegen sie eingeleitetes Massnahmeverfahren.

1. Selbständige (abstrakte) Bankgarantie «auf erstes Anfordern». Der Rechtsmissbrauch muss für die Garantin in jedem Fall vor der Auszahlung evident sein. Blosser Behauptungen oder Befürchtungen oder die Anbringung blosser Zweifel genügen nicht, um einen offensichtlichen Rechtsmissbrauch nachzuweisen. Es dürfen vielmehr keine zusätzlichen Nachforschungen erforderlich sein. Bezüglich des geltend gemachten Rechtsmissbrauchs müssen absolut klare Verhältnisse vorliegen, die keine Zweifel offenlassen. Die Rechtsauffassung der Vorinstanz, wonach die den Rechtsmissbrauchsvorwurf begründenden Tatsachen im Zeitpunkt des Garantieabrufs offensichtlich und sofort beweisbar sein müssen, erweist sich als zutreffend. – 2. Der Garantieabruf ist nicht rechtsmissbräuchlich, wenn die Valutaforderung rund 20% weniger beträgt als der aus dem Garantievertrag geforderte Betrag.

BGer, 31. Oktober 2014, 4A_111/2014 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. Inc. gegen Bank B. AG, C. SA und Bank D. AG). Besprechung: Bircher, ius.focus 3/2015, 7.

r23 Garantie. Abklärungspflicht der Bank. Garantie. Obligation de clarification de la banque.

Eine Bank muss keine materiellen Abklärungen in Bezug auf das Grundverhältnis zwischen Auftraggeberin und Begünstigtem treffen, da die bankmässige Abwicklung der Garantie rasch erfolgen soll. Sie kann sich in der Regel auf die formelle Prüfung von Dokumenten und Erklärungen beschränken. Auch wenn eine Auslegung des Garantievertrages bei Unklarheit durchaus möglich ist, hat gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine streng formalisierte Betrachtungsweise zu erfolgen.

HGer ZH, 21. Januar 2015, HG130017-O/U (A. sp.z o.o. gegen B., rechtskräftig).

r24 Indirekte Bankgarantie. Rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme einer Rückgarantie. Doppelter Rechtsmissbrauch bejaht. Garantie bancaire indirecte. Demande abusive d'une garantie de restitution. Double abus de droit admis.

Die Letzt-Begünstigte forderte von der Zweitbank die Zahlung der Hauptgarantie, obwohl die Garantieforderung ihre aus dem Valutaverhältnis geschuldete Leistung gemäss Schiedsurteil ordnungsgemäss erbracht hatte. Daraufhin forderte die Zweitbank von der Erstbank die Zahlung der Garantiesumme gemäss Rückgarantie.

1. Der Abruf der Hauptgarantie war rechtsmissbräuchlich. – 2. Der missbräuchliche Abruf war für die Zweitbank offensichtlich, da sie von der Erstbank über das betreffende Schiedsurteil informiert worden war, bevor die Letzt-Begünstigte die Hauptgarantie abrief. – 3. Der missbräuchliche Abruf der Rückgarantie war für die Erstbank ebenfalls offensichtlich. – 4. Es liegt folglich ein offensichtlicher doppelter Rechtsmissbrauch vor. Die Erstbank ist somit verpflichtet, die Zahlung der Garantiesumme zu verweigern.

HGer ZH, 27. Mai 2014, HG070203-O (A1. SA gegen B. AG, rechtskräftig).

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

r25 Unabhängige Vermögensverwaltung. Retrozessionen. Verjährung des Herausgabeanspruchs. Gestion de fortune indépendante. Rétrocessions. Prescription du droit à la restitution.

Kläger fordern vom unabhängigen Vermögensverwalter Herausgabe von Retrozessionen. Dieser erhebt die Einrede der Verjährung.

1. Der Anspruch auf Herausgabe der Retrozessionen ist als erweiterter Nebenanspruch zu qualifizieren. Er hat ein eigenes rechtliches Schicksal. Art. 133 OR, wonach Nebenansprüche mit dem Hauptanspruch verjähren, dem sie entspringen, ist nicht anwendbar. – 2. Die erhaltenen Retrozessionen sind keine für die Erfüllung des Auftrags notwendigen Werte.

Sie sind deshalb dem Auftraggeber sofort herauszugeben. Erhält der Beauftragte die Retrozessionen quartalsweise und unterlässt er deren Weitergabe, so begeht er auch quartalsweise eine neue Pflichtverletzung (periodischer Beginn der Verjährungsfrist). – 3. Ausgeschüttete Retrozessionen sind auch im Innenverhältnis zwischen dem Vermögensverwalter und dem Kunden als periodische Leistungen zu qualifizieren. Sie unterliegen daher der fünfjährigen Verjährungsfrist.

Regionalgericht Bern-Mittelland, 15. September 2014, CIV 13 7496 NEA (rechtskräftig).

r26 Contrat de conseil en matière d'assurance. Rétrocessions. Anlageberatung im Versicherungsbereich. Retrozessionen.

Placements dans des fonds à capital garanti par l'intermédiaire de polices d'assurance-vie. Demande de restitution des rétrocessions et action en responsabilité contractuelle contre une société suisse ayant agi comme conseillère.

1. Les parties ont conclu un contrat d'information et de conseil en matière de placements d'assurance dès lors que la société, agissant à titre professionnel (intermédiaire et conseiller en assurances pour le compte des tiers), avait fourni au client potentiel des explications quant à l'investissement en question. Ce contrat est régi par les règles applicables au mandat. – 2. Conformément à la doctrine majoritaire, la jurisprudence relative à la restitution des rétrocessions (ATF 137 III 393) s'applique également en présence d'un contrat de conseil en investissement. Le client n'étant pas informé quant à l'existence des rétrocessions, la société doit ainsi les restituer en intégralité à son mandant. – 3. En cas de recommandations sur des opérations déterminées, l'information donnée au mandant doit être juste, compréhensible, donnée sur la base des éléments disponibles, précis et exhaustif. En l'espèce, la société a satisfait à cette obligation en faisant signer au client des documents évoquant les risques relatifs à l'investissement. Le client, ancien directeur de chaînes de télévisions commerciales, et possédant des connaissances en finance, ne pouvait pas se prévaloir d'une information lacunaire dès lors que, d'une part, il était en mesure de comprendre les risques liés à son investissement et, d'autre part, son profil n'était pas conservateur.

Tribunale d'appello TI, 22 mai 2014, n. 12.2012.105.

r27 Tuteur et gérant de fortune. Rétrocessions. Gestion déloyale aggravée. Vormund und Vermögensverwalter. Retrosessionen. Qualifizierte ungetreue Geschäftsbesorgung.

Tuteur (T) délègue la gestion de fortune des biens du pupille à la société de gestion de fortune (SGF) qu'il contrôle. Mandat de gestion signé en sa double qualité de tuteur et d'organe de SGF. Encaissement de rétrocessions (CHF 109 000) conservées SGF sans renseigner l'autorité tutélaire. Condamnation du tuteur pour gestion déloyale aggravée (art. 158 ch. 1 CPS, dessein d'enrichissement illégitime).

1. Le tuteur, comme le gérant de fortune, dispose d'une indépendance dans la gestion des intérêts qui lui sont confiés de sorte qu'il doit être considéré comme gérant au sens de l'art. 158 CP. – 2. Le tuteur a violé les obligations de son mandat officiel en ne veillant pas à la restitution au pupille des rétrocessions obtenues par SGF. – 3. En cachant à l'autorité de tutelle les rétrocessions encaissées par SGF, le tuteur a causé un dommage (au moins temporaire) au pupille, dès lors que son silence a empêché quiconque d'obtenir l'exécution de la restitution des commissions et rétrocessions. – 4. Le mandat de gestion de fortune est nul parce que signé par T. en sa double qualité de tuteur et d'organe de SGF (conflit d'intérêts). L'acte effectué par un double représentant ne peut pas lier le pupille, vice que la ratification par l'autorité de tutelle ne peut pas guérir. – 5. Avocat et notaire de formation exerçant l'activité de gérant de fortune depuis de nombreuses années, le gestionnaire connaissait manifestement toute l'étendue des obligations incombant au mandataire, de sorte qu'il remplissait au plan subjectif toutes les conditions de la gestion déloyale.

TF, 16 mars 2015, 6B_845/2014 (Cour de droit pénal, X. c. Ministère public central du canton de Vaud et A.). Recension: Meier, RMA 2015, 288; Häberli, ZKE 2015, 323.

r28 Auftrag. Herausgabe- und Rechenschaftspflicht (Art. 400 OR). Mandat. Obligation de restitution et reddition de compte (art. 400 CO).

Die Klägerin verlangt von ihrer Prüfgesellschaft die Herausgabe sämtlicher Unterlagen und Informationen im Zusammenhang mit dem Mandatsverhältnis sowie die Bekanntgabe sämtlicher aktueller und früherer Kontoverbindungen der Klägerin.

1. Die Rechenschaftspflicht dient dem Auftraggeber als Grundlage, um beurteilen zu können, ob der Beauftragte allgemein seine Pflichten erfüllt. Die Information der Klägerin über ihre Kontoverbindungen ist nicht Gegenstand der Rechenschaftsablegung der Revisionsstelle, weil nicht ersichtlich ist, inwiefern diese Information für die Klägerin im Zusammenhang mit der Ausführung der Revision durch die Beklagte von Bedeutung sein soll. Die Klägerin hat daher ihren Anspruch zu begründen. – 2. Die Revisionsberichte hat die Beklagte der Klägerin bereits ausgehändigt, weshalb die Klägerin keinen Anspruch auf deren Herausgabe hat. Des Weiteren sind die Dokumentationen der Revision der Beklagten als Arbeitspapiere zu qualifizieren und unterliegen als solche nicht der Herausgabepflicht. Indessen hat die Beklagte der Klägerin im Rahmen der Rechenschaftspflicht auf deren Kosten Kopien ihrer Arbeitspapiere anzufertigen. Zudem muss sie der Klägerin nach Treu und Glauben auf deren Kosten Kopien der bei ihr noch vorhandenen, der Klägerin dagegen nicht mehr vorliegenden Revisionsberichte anfertigen.

HGer ZH, 15. Mai 2014, HE130354-O (A. AG gegen B. AG, rechtskräftig). Vgl. auch BGE 139 III 49 in SZW 2013 309 ff., 311 f., 328 r34.

r29 Auskunftspflicht des Rechtsanwalts gegenüber der Erbin. (Keine) genügenden Anhaltspunkte für ein Auskunftsrecht. Obligation d'information de l'avocat à l'égard de l'héritier. Pas d'indices suffisants pour un droit à l'information.

Erbin X. verlangt von Rechtsanwalt Y. Unterlagen, Auskunft und Rechenschaft in Bezug auf Mandate und Tätigkeiten für das Vermögen ihrer Eltern C. und D. An den Vater von X. sollen anonyme Schenkungen zugunsten von verschiedenen, ihm nahestehenden Institutionen geleistet und über Y. vorgenommen worden sein; Y. soll dabei jeweils die Checks von der Familie W. entgegengenommen und an den Vater der X. weitergeleitet haben.

1. Ein ererbter vertraglicher Rechenschafts- und Herausgabeanspruch gestützt auf Art. 400 OR besteht nicht, weil keine hinreichenden Anhaltspunkte für ein vertragliches Verhältnis bzw. ein Vermögensverwaltungsmandat vorliegen. – 2. Art. 10 des französischen Code Civil kennt einen erbrechtlichen Auskunftsanspruch der Erben. Dieser ist hier anwendbar. Voraussetzung für die Auskunftspflicht ist allerdings, dass zumindest Anhaltspunkte bestehen, dass die verlangten Unterlagen mit dem (direkt oder indirekt gehaltenen) Vermögen des Erblassers in Verbindung stehen und keine berechtigten Dritttinteressen entgegenstehen. – 3. Vorliegend gibt es kein klares Indiz, dass die Eheleute C. und D. an den den Schenkungen zugrunde liegenden Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt sein könnten. Lediglich vereinzelte Hinweise genügen nicht, um Auskünfte über die Schenkungen der Familie W. zu beanspruchen, da jene aus deren eigenem Vermögen stammen könnten.

BGer, 15. Juli 2014, 5A_695/2013 (II. zivilrechtliche Abteilung, X. gegen Y.). Umgesetzt in OGer ZH, 10. September 2014, LB140061-O/U (A. gegen B.). Besprechung: Cumally, ius. focus 9/2014, 5; Hrubesch-Millauer/Bosshardt, AJP 2015, 505 ff.

V. Datenlieferungen und Kontoblockierungen – Transmissions de données et blocage de comptes

r30 Transmission des documents au US Department of Justice (DOJ). Protection des données

personnelles des employés. Droit à une copie des documents transmis. Datenübermittlung an das DOJ. Schutz der persönlichen Daten der Arbeitnehmenden. Recht auf Herausgabe einer Kopie der übermittelten Daten.

Le Tribunal fédéral confirme la condamnation d'une banque suisse faisant l'objet d'une enquête pénale aux États Unis à remettre à deux anciens collaborateurs une copie des documents les concernant que la banque a transmis aux autorités pénales étrangères. **1.** La banque ne pouvait pas se fonder sur l'art. 47 LB afin de restreindre le droit d'accès des employés au sens de l'art. 9 al. 1 lit. a LPD. L'art. 47 LB constitue certes une base légale formelle au sens de l'art. 9 al. 1 lit. a LPD, mais les documents transmis ne contenaient pas d'informations permettant d'identifier les clients de sorte que le secret bancaire n'est pas mis en danger. – **2.** Le caviardage des données des clients de la banque constituait en l'espèce un moyen suffisant à protéger les intérêts des tiers au sens de l'art. 9 al. 1 lit. b LPD. – **3.** Le titulaire du droit d'accès (ici: employé) selon l'art. 8 LPD ne doit prouver l'existence d'un intérêt que lorsque le maître du fichier veut refuser ou restreindre l'accès ou lorsqu'un abus de droit pourrait entrer en considération. En l'espèce, il n'est pas abusif de demander une copie des documents afin de pouvoir juger une possible illécéité de traitement ou afin d'être en mesure d'anticiper de probables ennuis causés par les autorités américaines. – **4.** Quant à la forme de l'accès, la remise d'une copie des documents permet aux employés d'avoir en tout temps la possibilité de comparer les documents litigieux avec d'autres informations éventuellement en leur possession, de pouvoir fournir la preuve de leurs allégués dans l'hypothèse d'une procédure contre la banque et de bénéficier de tous les instruments leur permettant d'évaluer les risques d'être inquiétés par les autorités américaines. – **5.** Les intérêts des employés priment ceux de la banque de sorte qu'un motif de refus ou de restriction au sens de l'art. 9 al. 4 LPD n'entre pas en considération. S'agissant les intérêts de la banque, les motifs liés au secret bancaire ne sont pas retenus sachant que, d'une part, les données des clients étaient caviardées et, d'autre part, il n'existait aucun indice que les employés transmettraient les copies des documents à un tiers en révélant de mémoire le nom du client caviardé. Par ailleurs, la banque ne fournit pas des éléments concrets qui auraient permis de conclure que les documents litigieux étaient

d'une importance stratégique. – **6.** Une renonciation par avance au droit d'accès, prévue dans une réglementation interne de la banque, est contraire à l'art. 8 al. 6 LPD et partant nulle. – **7.** Les renseignements sont en principe fournis par écrit (art. 8 al. 5 LPD) sous réserve des cas dans lesquels le client consent à un renseignement oral (art. 1 al. 3 OPD). La question de savoir si d'autres exceptions existent est laissée ouverte étant donnée que la banque ne faisait valoir en l'espèce aucune circonstance s'opposant à l'envoi d'une copie du dossier. – **8.** Même si les Recommandations du PFPDT jouent un rôle dans la pesée des intérêts, celles-ci ne sont pas contraignantes.

TF, 12 janvier 2015, 4A_406/2014, 4A_408/2014 (I^e Cour de droit civil, A. SA c. B. et C.), ATF 141 III 119. Cf. BGer 4A_215/2014, 18. September 2014; OGer ZH, 28. Februar 2014, LB130059-O/U; OGer ZH, 5. Dezember 2014, LB140073-O/U. NZZ 29. janvier 2015, 23 (Die Klagewelle bleibt aus: Datenlieferungen im Steuerstreit mit den USA nur in relativ wenigen Fällen blockiert). Recension: Richa, <www.cdbf.ch/927>; Wyler, JdT 2015 II, 107; DTA online 2015, no 206; Revue de l'avocat 2015, 130; Sic! 2015, 305; Jusletter, 2 février 2015; NZZ 29 janvier 2015, 23; Lehmann, AJP 2015, 1193.

r31 Übermittlung von Personendaten in die USA. Vorsorgliche Massnahmen. Transmission des données personnelles aux États Unis. Mesures provisionnelles.

Zwei Anwälte und die Anwaltskanzlei, in der die beiden Anwälte tätig sind, stellten ein Begehren betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegen eine Schweizer Bank, welche beabsichtigt, die Namen der Anwälte mit einer sogenannten Leaver-Liste den US-Behörden mitzuteilen.

1. Den Anwälten droht bei einer Abweisung des Massnahmebegehrens der – jedenfalls vorübergehende – Verlust ihrer (Bewegungs-)Freiheit und eine empfindliche Sanktionierung. Das stellt einen überaus grossen, kaum wiedergutzumachenden Nachteil dar. – **2.** Zwar könnte die fehlende Kooperation mit den USA gravierende ökonomische Folgen zeitigen. Die Bank hat aber nicht dargelegt, dass auch eine vorsorgliche Massnahme im beantragten Sinne voraussichtlich zu negativen Reaktionen der amerikanischen Behörden führen würde. Zudem könnte die Datenlieferung nicht mehr ungeschehen gemacht werden. – **3.** Bezüglich des von der Bank geltend gemachten überwiegenden Interesses (Art. 6 Abs. 2 Bst. d DSG) trägt diese vorliegend die Beweislast. Wie die Reaktion des DOJ auf einzelne, wegen Gerichtsentscheiden unterbliebene Datenübermittlungen

gen sein wird, ist offen. Für das Massnahmeverfahren ist deswegen bezüglich der tatsächlichen Grundlagen des überwiegenden öffentlichen Interesses von Beweislosigkeit auszugehen, weshalb die angeführte Massnahme auszusprechen ist (Art. 15 DSG i.V.m. Art. 261 ZPO). *Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde der Bank nicht ein.* – 4. Ein Strafverfahren in den Vereinigten Staaten gegen eine Bank ist ein nicht wieder gutzumachender Nachteil rechtlicher Natur i.S.v. Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG, da es möglich ist, dass der besagten Bank im Fall einer Anklage ein nicht wiedergutzumachender Reputations- und Vermögensverlust droht, der angesichts des Verlusts des für eine Bank entscheidenden Vertrauens mit einer kaum mehr zu bremsenden Eigendynamik zu einer Überschuldung und damit zum Untergang führen kann. – 5. Ein aktuelles praktisches Interesse an der gesonderten Behandlung der Beschwerde fehlt vorliegend, da die tatsächliche praktische Relevanz des Nachteils fehlt: Die beiden Anwälte sind die einzigen in der Leaver-Liste erwähnten Personen, die sich gegen die Datenherausgabe wehren. Selbst wenn die Bank vorliegend beweisen könnte, dass das US-Programm Ende 2014 ablaufen würde, ist nicht davon auszugehen, dass ihr deshalb der Abschluss eines NPA verweigert und eine Anklage eingereicht würde, nachdem sie alle übrigen Daten liefern kann, zumal die Ausnahme objektiv mit dem hängigen Verfahren begründet werden kann.

HGer ZH, 6. August 2014, HE140223-O (A., B., C. AG gegen D. SA). Beschwerde an das Bundesgericht: BGer, 15. Dezember 2014, 4A_497/2014 (I. zivilrechtliche Abteilung, Bank A. SA gegen B., C. und D. AG). NZZ 11. November 2014, 24 (Gerichte werten «öffentliches Interesse» unterschiedlich).

r32 **Transmission des documents au US Department of Justice. Protection des données personnelles des employés. Illicéité de la communication des données. Procédure ordinaire. Übermittlung der Unterlagen an das US Department of Justice. Personendatenschutz der Arbeitnehmer. Widerrechtliche Datenbekanntgabe. Ordentliches Verfahren.**

1. Dans le cadre du droit du travail, les principes généraux de protection de la personnalité découlant des art. 28 ss. CC sont repris et concrétisés par les art. 328 al. 1 et 328b CO, ceux-ci renvoyant aux dispositions de la LPD. La question de savoir si l'art. 328b CO a une portée propre, soit s'il est plus restrictif que le régime prévu par la LPD est laissée ouverte. – 2. La personnalité de l'employé se trouve, de par l'absence

aux USA d'une législation assurant un niveau de protection adéquat, gravement menacée au sens de l'art. 6 LPD. – 3. Une telle communication des données est néanmoins autorisée si une des conditions de l'art. 6 al. 2 LPD est remplie; en l'espèce seulement les let. a, b et d pouvant entrer en ligne de compte. – 4. Les autorités américaines n'offrent pas des garanties suffisantes permettant d'assurer un niveau de protection adéquat (let. a) dès lors que, d'une part, elles ne font pas partie d'un code de conduite tel que le *Safe Harbor Privacy Framework* et, d'autre part, les garanties du Joint Statement du 29 août conclu par le CF et le DOJ ne permettent pas d'assurer le respect des principes figurant dans la LPD. – 5. L'employé s'opposant en l'espèce à toute communication, il ne donne aucun consentement au sens de la let. b. De même, il n'a pas donné son consentement au moyen de la documentation contractuelle car, d'un côté, la communication des données n'était pas prévue dans le règlement du personnel (Suisse) de la banque et, de l'autre, la banque n'a pas informé l'employé du fait que le destinataire n'est pas soumis à une législation de protection des données assurant un niveau adéquat et notamment lui garantissant l'exercice de ses droits. – 6. Plusieurs faits démontrant que les documents communiqués allaient servir également dans des procédures à l'encontre des employés (notamment une déclaration du procureur général au sein du DOJ et un *Plea Agreement* entre la banque et les autorités américaines), la banque ne pouvait pas faire valoir que les documents communiqués aux autorités américaines seraient exclusivement utilisées par celles-ci dans le cadre de la procédure dirigée à son encontre (let. d, 2^e hyp). – 7. S'agissant de la let. d 1^{re} hyp, l'intérêt de l'employé à ne pas être limité dans ses déplacements à l'étranger (liberté personnelle), notamment aux USA, de crainte de se voir impliquer dans une procédure juridique est d'un rang prioritaire par rapport aux droits économiques évoqués à l'aune de l'intérêt public (intérêt de la place financière suisse en lien avec la survie d'un établissement jugé comme indispensable à l'économie helvétique et intérêt public à ce que les accords conclus avec les autorités américaines soient respectés). – 8. Aucune des conditions alternatives visées à l'art. 6 al. 2 LPD n'étant remplies, le tribunal constate l'illicéité de la communication des données hors procédure d'entraide internationale, d'une part, et interdit à la banque de communiquer les documents restants, sous menace de l'art. 292 CP, d'autre

part. – 9. La publication de l'intégralité du jugement dans 4 journaux en Suisse et dans 4 journaux aux USA n'est pas en mesure de faire cesser l'atteinte illicite. Une fois le litige définitivement tranché, un communiqué aux médias sera suffisant pour assurer le but de prévention générale.

Tribunal de première instance GE, 28 mai 2015, JTPI/6136/2015.

r33 Transferbeschränkung bei fehlendem Nachweis der Steuerkonformität. Herausgabepflicht der Bank (bejaht). *Refus de transférer les fonds en l'absence de la preuve de leur conformité fiscale. Obligation de restitution de la banque (admise).*

Die Kläger mit Wohnsitz in Italien (einmal: Frankreich) verlangen von ihrer Bank die Barauszahlung ihrer Guthaben. In einem Fall verlangen sie die Überweisung auf ein Konto bei einer anderen Schweizer Bank. Die Bank verweigert den Transfer unter Hinweis auf den fehlenden Nachweis der Steuerkonformität in ihrem Wohnsitzstaat. Verfahren gestützt auf Art. 257 ZPO (klare Rechtslage).

1. Die Bank kann sich nicht auf ihre eigenen internen Richtlinien berufen, wonach Barauszahlungen oder Überweisungen auf Konten ausserhalb von Italien verboten seien. Sie kann sich auch nicht auf Gesetzesvorschläge oder auf ausländisches Recht berufen, sofern dieses keine extraterritoriale Wirkung entfaltet. – 2. Die Risiken, die eine Bankbeziehung mit ausländischen Kunden beinhaltet, sind bei der Aufnahme neuer Geschäftsbeziehungen zu beachten; bei bestehenden Kunden können sie nicht in gleichem Masse berücksichtigt werden. Die Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung dient nicht nur dem Schutz der Reputation des Finanzplatzes, sondern auch dem Schutz der Bankgläubiger und Bankkunden. – 3. Die Beschränkung von Überweisungen auf Konten von anderen Schweizer Banken oder in Ländern, die nicht auf einer schwarzen Liste des Wohnsitzstaates aufgeführt sind, lässt sich nicht mit dem Gewährserfordernis rechtfertigen. Dasselbe gilt erstens für die Barauszahlung von kleineren Beträgen (z.B. zwecks Ferien oder für den Kauf von Sachgegenständen) und zweitens für Barauszahlungen von grösseren Summen, wenn für den Bargeldbedarf eine plausible Erklärung geliefert wird. Zentral ist mithin bei Fragen in Zusammenhang mit Transferbeschränkungen das Bestehen eines «paper trail».

Il Pretore del Distretto di Lugano, verschiedene Urteile. Entscheidung vom 9. Januar 2015 (Aktendnummer anonymisiert): Erben eines italienischen Kontoinhabers. Überweisung auf ein

Konto bei einer anderen Schweizer Bank. Entscheidung vom 4. August 2014 (Aktendnummer anonymisiert): Kunde mit Wohnsitz in Frankreich, Barauszahlung in Höhe von EUR 92 832. Entscheidung vom 20. Februar 2013: Kunde mit Wohnsitz in Italien, Barauszahlung in Höhe von EUR 827 059 zwecks Immobilienkaufs.

r34 Transferbeschränkung bei fehlendem Nachweis der Steuerkonformität. Herausgabepflicht der Bank (verneint). *Refus de transférer les fonds en l'absence de la preuve de leur conformité fiscale. Obligation de restitution de la banque (non).*

Die Kläger mit Wohnsitz in Italien verlangen von ihrer Bank die Überweisung des Guthabens auf das Konto bei einer Bank in Nassau (Bahamas). Die Bank verweigert den Transfer unter Hinweis auf den fehlenden Nachweis der Steuerkonformität in ihrem Wohnsitzstaat.

1. Die Bank kann sich nicht auf ihre eigenen internen Richtlinien berufen, wonach Barauszahlungen oder Überweisungen auf Konten ausserhalb von Italien verboten seien. Sie kann sich auch nicht auf Gesetzesvorschläge oder auf ausländisches Recht berufen, sofern dieses keine extraterritoriale Wirkung entfaltet. – 2. Die Risiken, die eine Bankbeziehung mit ausländischen Kunden beinhaltet, sind bei der Aufnahme neuer Geschäftsbeziehungen zu beachten; bei bestehenden Kunden können sie nicht in gleichem Masse berücksichtigt werden. Die Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung dient nicht nur dem Schutz der Reputation des Finanzplatzes, sondern auch dem Schutz der Bankgläubiger und Bankkunden. – 3. Die Beschränkung von Überweisungen auf Konten von anderen Schweizer Banken oder in Länder, die nicht auf einer schwarzen Liste des Wohnsitzstaates aufgeführt sind, lässt sich nicht mit dem Gewährserfordernis rechtfertigen. Dasselbe gilt erstens für die Barauszahlung von kleineren Beträgen (z.B. zwecks Ferien oder für den Kauf von Sachgegenständen) und zweitens für Barauszahlungen von grösseren Summen, wenn für den Bargeldbedarf eine plausible Erklärung geliefert wird. Zentral ist mithin bei Fragen im Zusammenhang mit Transferbeschränkungen das Bestehen eines «paper trail».

Il Pretore del Distretto di Lugano, Entscheidung vom 14. Januar 2015 (Aktendnummer anonymisiert). Parallele (aber kürzer gehaltene) Erwägungen im Urteil des Pretore della Giurisdizione di Mendrisio-Norn (SO.2014.467): Barabhebung in Höhe von CHF 295 115.15 verweigert, Nichteintreten auf den Herausgabenspruch im summarischen Verfahren, keine klare Rechtslage.

r35 Refus de transférer les fonds en l'absence de la preuve de leur conformité fiscale. Obligation de restitution de la banque (admise). *Transferbeschränkung bei fehlendem Nachweis der Steuerkonformität. Herausgabepflicht der Bank (bejaht).*

Pour refuser une remise en espèces des avoirs du client suite à la clôture du compte bancaire, la banque se prévaut notamment d'une prise de position de la FINMA du 22.10.2010 (position) à propos des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontalières, d'une di-

rective de l'ASB sur la stratégie en matière de conformité fiscale ainsi que la LBA et de son dispositif d'exécution.

1. La position de la FINMA du 22 octobre 2010 souligne, d'une part, que la violation du droit étranger peut enfreindre certaines dispositions du droit suisse de la surveillance, comme l'exigence de la GAI et, d'autre part, que tous les risques (y compris ceux juridiques et de réputation) doivent être dûment déterminés, limités et contrôlés tout en mettant en place un système de contrôle interne efficace. En présence des activités transfrontalières la banque doit procéder à une analyse approfondie de risques et adopter des directives internes définissant des normes de comportement. *In casu*, en ne disposant aucune directive qui répond aux exigences de la FINMA, la banque n'était pas en mesure d'établir une analyse approfondie des risques susceptible de prouver l'existence d'un risque de réputation en cas de remise en espèces des avoirs au client. – 2. Dans la première décision, la banque n'explique pas pourquoi le suivi de l'ordre du client constituerait une participation au délit fiscal ou à un acte de blanchiment d'argent selon la législation italienne. Dans la seconde le risque de réputation est écarté car, d'une part, tant la connaissance de l'ayant droit économique de la relation que celle de l'origine des avoirs excluait le risque de blanchiment et, d'autre part, la législation fiscale italienne n'était pas directement applicable à la banque. – 3. La circulaire de l'ASB sur la stratégie en matière de conformité fiscale précise certes que la banque doit solliciter des clients leur régularisation fiscale mais ne peut pas se prononcer sur les modalités de clôture des comptes. – 4. Les retraits et les versements en espèces sur les comptes bancaires n'étant pas assimilés à des opérations de caisse, la banque ne peut pas se prévaloir de l'art. 2 al. 2 lit. g CDB-08 pour refuser l'ordre du client. – 5. La banque n'explique pas comment ses conditions générales peuvent empêcher le client à un retrait en espèce de ses avoirs. – 6. Il convient de ne pas confondre les exigences d'une diligence accrue en matière de conformité fiscale des contribuables étrangers avec le droit des clients d'entrer en possession de leurs avoirs. – 7. Ayant géré le compte pendant plusieurs années sans exprimer le moindre doute, la banque ne parvient pas à expliquer pourquoi le retrait en espèces au moment de la clôture du compte serait inusuel au sens de l'art. 6 al. 2 lit. a LBA et ce d'autant plus qu'aucune communication au sens

de l'art. 9 LBA n'a été faite. En outre, le prélèvement du solde du compte ne figure pas parmi les indices de blanchiment prévus par l'Annexe de l'OBA-FINMA. –

8. La banque ne démontre aucune relation entre le risque de réputation, l'infraction prévue à l'art. 305^{bis} ch. 1 CP (nouvelle version) et le droit du client d'entrer en possession de ses avoirs.

Tribunale d'appello TI, 12 février 2015, 12.2014.206 (Pretura del Distretto di Lugano, Sezione 1: SO.2014.4056) et 12.2014.130 (Pretura del Distretto di Lugano, Sezione 1: SO.2014.1667). Recours pendant au Tribunal fédéral.

r36 Transferbeschränkung bei fehlendem Nachweis der Steuerkonformität. Herausgabepflicht der Bank (Nicht-eintreten). Refus de transférer les fonds en l'absence de la preuve de leur conformité fiscale. Obligation de restitution de la banque (pas d'entrée en matière).

Der Kläger (US-Person) deponiert bei der Bank 500 Goldmünzen zu je einer *Ounce*. Die Bank verlangt ein Jahr später den Nachweis der Steuerkonformität. Der Kunde beendet die Geschäftsbeziehung und verlangt die Herausgabe der Münzen. Die Bank weigert sich unter Hinweis auf ihre künftige Unterzeichnung des FFI-Agreements unter Fatca und die bankengesetzliche Gewähr.

1. Es ist umstritten, ob die Herausgabepflicht beim Hinterlegungsvertrag (Art. 475 OR) zwingend ist, sodass andere vertragliche Vereinbarungen nicht zu beachten sind. – 2. Der Einfluss von Fatca auf Vertragsverhältnisse ist unklar. – 3. Es ist möglicherweise rechtsmissbräuchlich, wenn der Kläger zunächst den Nachweis der Steuerkonformität in Aussicht stellt, kurz vor Ablauf der Frist aber das Vertragsverhältnis kündigt und die Bank in (zumindest standesrechtliche) Schwierigkeiten bringt.

HGer ZH, 8. November 2012, HE120253-O (A. S.A. gegen B. AG, ordentliches Verfahren durch Vergleich erledigt).

r37 Transferbeschränkung bei fehlendem Nachweis der Steuerkonformität. Nötigung, Art. 181 StGB (verneint). Refus de transférer les fonds en l'absence de la preuve de leur conformité fiscale. Contrainte, art. 181 CP (non).

Die Bank verweigert die Überweisung von Kundengeldern nach Russland, nachdem der Kunde keinen Nachweis der US-Steuerkonformität erbracht hat. Der Kunde reicht Strafanzeige wegen Nötigung (Art. 181 StGB) ein.

1. Die Kontosperrung lässt sich nicht auf eine gesetzliche Verpflichtung, insbesondere nicht auf das GWG abstützen, denn der revidierte Art. 305^{bis} StGB ist noch nicht in Kraft. – 2. Die AGB enthalten ein Pfand- und Verrechnungsrecht seitens der Bank. – 3. Aus strafrechtlicher Sicht lässt die Zurückbehaltung der Pfandsache (Kontoguthaben) gestützt auf ein vertraglich vereinbartes Pfandrecht die Rechtswidrigkeit des Vorgehens entfallen. Dabei muss bereits die Behauptung des Bestehens einer Pfandforderung zur Aufhebung der Rechtswidrigkeit genügen, weil sonst jede Ausübung des Pfandrechts als Nötigung qualifiziert werden müsste, wenn sich herausstellt, dass der Schuldner die Pfandforderung zu Recht bestritt. – 4. Das Bestehen der Pfandforderung ist im Zivilverfahren zu klären. Ob die Bank tatsächlich eine Schadenersatzforderung gegen den Kunden wegen allfälliger falscher Angaben bezüglich seiner US-Steuerpflicht hat und ob

die US-Bussen überhaupt auf die Kunden abwälzbar sind, vermag das Strafrecht nicht zu beantworten.

OGer ZH, III. Strafkammer, Beschluss vom 2. Februar 2015, UE140091 (rechtskräftig), ZR 114/2015, S. 49 ff. Tagesanzeiger 19. März 2015, 42 (Kantonalbank durfte Vermögen sperren). Besprechung: Ceregato/Leuzinger, ius.focus 6/2015, 18.

r38 Refus de transférer les fonds en l'absence de la preuve de leur conformité fiscale. Contrainte, art. 181 CP (non). Transferbeschränkung bei fehlendem Nachweis der Steuerkonformität. Nötigung, Art. 181 StGB (verneint).

La banque refuse de transférer les avoirs du client (domicilié en France) à Dubai ou aux Pays-Bas tant que le client refuse de signer une déclaration de conformité fiscale. Refus d'entrer en matière du ministère public, confirmé sur recours par l'autorité de recours.

1. Pour satisfaire à la garantie d'une activité irréprochable (Art. 3 al. 2 LB), la banque poursuit un but légitime en veillant à écarter un risque concret d'être poursuivie pénalement s'il devait être révélé qu'elle abrite des fonds fiscalement celés ou autorise des transactions à cette fin. Il n'en va pas de même pour le recourant, le paiement de l'impôt étant obligatoire. Les conditions mises par la banque pour restituer ses fonds au recourant n'apparaissent pas abusives ou contraires aux mœurs au sens de l'art. 181 CP. – 2. Le fond du litige porte sur la question de savoir si la banque est fondée ou non à retenir les avoirs du client sur la base des art. 119 al. 1 CO et 3 al. 2 LB, question qui relève de l'exécution du contrat conclu entre les parties et ressortit ainsi à la compétence des juges civils.

Cour de Justice GE, 30. Mai 2014, ACPR/294/2014, arrêt cantonal entré en force.

VI. Gerichtsstand, Verfahren und Zwangsvollstreckung – For, procédure, exécution forcée

1. Gerichtsstand – For

r39 Internationale Zuständigkeit. Verbrauchergeschäft. Gerichtsstandsvereinbarung und Art. 15 LugÜ. Compétence internationale. Élection de for et art. 15 de la Convention de Lugano.

Der Kläger mit Wohnsitz in Deutschland macht gegen eine in der Schweiz ansässige Bank Schadenersatzansprüche aus einem Anlageberatungsvertrag vor einem deutschen Gericht geltend. Die AGB der Beklagten sehen einen Gerichtsstand in Basel oder am «Ort jener Zweigniederlassung der Bank, mit welcher die Geschäftsbeziehung geführt wird», vor. Streitig ist, ob der Kläger den Vertrag im Rahmen privater Vermögensverwaltung und somit als Verbraucher abgeschlossen hat, wodurch eine Gerichtsstandsvereinbarung unwirksam wäre.

1. Massgeblich für die Zuordnung des Geschäfts zur privaten oder zur beruflichen Sphäre sind Inhalt, Art und Zweck des Geschäfts sowie die objektiven Umstände des Vertragsschlusses. Die Gründe der Rechtssicherheit, Vorhersehbarkeit und gleichmässigen Anwendbarkeit der Vorschriften des LugÜ gebieten es, abstrakt auf die objektive Stellung des Beteiligten im konkreten Geschäft abzustellen und nicht auf seine subjektive Befähigung, die im Einzelfall schwer feststellbar sein kann und für die ein Massstab fehlt. – 2. Das vorliegende Geschäft ist als private Vermögensverwaltung und damit als Verbrauchergeschäft anzusehen: Sämtliche relevanten Vertragsunterlagen nennen den Kläger selbst unter seiner Privatanschrift als Vertragspartei, die Bank kommunizierte mit dem Kläger als Empfänger und nicht bloss als Ansprechpartner, die Abwicklung der Geschäfte erfolgte über ein privates Konto des Klägers und das Finanzierungsdarlehen wurde dem Kläger schliesslich *persönlich* gewährt. Weder die Vermögensverhältnisse des Klägers noch der Umfang oder die Komplexität der konkreten Kapitalanlage sprechen für sich gesehen oder zusammen gegen eine Einordnung als Verbrauchergeschäft. – 3. Dabei verkennt das Gericht nicht, dass der Kläger von Beruf Unternehmer ist. Die berufliche Befassung mit Kapitalanlagen bedeutet nicht, dass auch jeglicher Geschäftsabschluss der beruflichen Sphäre zuzuordnen sein muss. Vielmehr kann derselbe Beteiligte einmal als Unternehmer, einmal als Verbraucher anzusehen sein. Im Übrigen würde es auch dem Zweck des Art. 15 LugÜ widersprechen, solche Geschäfte grundsätzlich aus seinem Anwendungsbereich herauszunehmen, weil auch vermögende Anleger schutzbedürftig sein können, erst recht, wenn eine komplexe Kapitalanlage in Rede steht. – 4. Ist ein Verbrauchergerichtsstand begründet, so darf von diesem nur unter den Voraussetzungen des Art. 17 LugÜ abgewichen werden, die vorliegend nicht erfüllt sind. Bezogen auf den Verbrauchergerichtsstand greift die Gerichtsstandsvereinbarung also nicht, ohne dass es darauf ankäme, ob sie materiell-rechtlich und formell wirksam zustande gekommen ist.

OLG Stuttgart, 27. April 2015, 5U 120/14 (Müller c. Bank J. Safra Sarasin). NZZ 11. Juni 2015, 27 (Wo der deutsche Kunde die Schweizer Bank verklagt).

r40 Negative Feststellungsklage. Feststellungsinteresse. Litispendenz Art. 27 LugÜ. Action en cons-

tatation de l'inexistence d'un droit. Intérêt à la constatation. Litispendance au sens de l'art. 27 Convention de Lugano.

Nachdem der in Deutschland wohnhafte Käger eine Teilklage auf Schadenersatz aus einem Anlageberatungsvertrag gegen eine Schweizer Bank vor einem deutschen Gericht erhoben hat (siehe den vorangehenden Entscheid), leitet die Bank beim Bezirksgericht Zürich selber eine Klage ein mit dem Begehren, es sei festzustellen, dass sie Y. im Zusammenhang mit seinem Investment nichts schulde. Das Bezirksgericht Zürich verneint das Feststellungsinteresse und tritt auf die Klage nicht ein. Das im Berufungsverfahren zuständige Obergericht Zürich weist den Prozess an die Vorinstanz zurück.

1. Das blosse Interesse einer Partei, unter mehreren möglichen Gerichtsständen den ihr zusagenden durch schnelleres Einleiten einer Klage wählen zu können, vermag für sich allein kein schutzwürdiges Feststellungsinteresse zu begründen. Dies gilt auch bei internationalen Verhältnissen. Der Gefahr, in mehrere Prozesse über eingeklagte Teilansprüche einbezogen zu werden, kann die beklagte Partei begegnen, indem sie eine Widerklage auf Feststellung des Nichtbestehens des Gesamtanspruchs erhebt. – 2. Die Klägerin hat eine selbständige Feststellungsklage erhoben. Für diese besteht kein Feststellungsinteresse. So wurde vom Beklagten bereits vor über einem Jahr in gleicher Sache eine Klage anhängig gemacht, wobei das Verfahren beförderlich und ohne unbegründete Verzögerung durchgeführt wird. Da beide Parteien gleichermaßen von der Negativpresse betroffen sind, vermag auch diese kein Rechtsschutzinteresse zu begründen. Auf die Klage ist nicht einzutreten; folglich erübrigen sich die Ausführungen zu Art. 27 LugÜ. – 3. *Die Berufungsinstantz weist die Streitsache an das Bezirksgericht zurück:* Wenn die mit einer Teilklage konfrontierte Partei nicht gewillt ist, sich auf das Erstverfahren einzulassen, weil sie das erstangerufene Gericht für unzuständig hält, muss ihr grundsätzlich möglich sein, eine separate negative Feststellungsklage am ihrer Ansicht nach zuständigen Gericht zu erheben. Entgegen der Vorinstanz lässt sich also nicht sagen, dass es der vorliegenden Klage bereits am Feststellungsinteresse gebricht. – 4. Eingehender Prüfung bedarf die Frage der früheren ausländischen Litispendenz: Nach Art. 27 Abs. 1 LugÜ setzt das später angerufene Gericht das Verfahren von Amtes wegen aus, bis die Zuständigkeit des zuerst angerufenen

Gerichts feststeht, wenn bei Gerichten verschiedener Vertragsstaaten Klagen wegen desselben Anspruchs zwischen denselben Parteien anhängig gemacht werden. Auch die teilweise Identität der Streitgegenstände – wie dies bei einer Teilklage und einer späteren Klage auf Feststellung des Nichtbestands des Gesamtanspruchs der Fall ist – zwingt zu einer Aussetzung nach Art. 27 LugÜ. Würde es jedoch an der internationalen Zuständigkeit der hiesigen Gerichte fehlen, würde sich ein Vorgehen nach Art. 27 LugÜ erübrigen. Da sich die Vorinstanz zur Frage der Zuständigkeit Schweizer Gerichte nicht geäußert hat, wird der Prozess an diese zur Ergänzung und zu neuer Entscheidung zurückzuweisen.

BezGer ZH, 8. Mai 2014, CG130125-L/U (7. Abteilung, X. AG [Bank] gegen Y.); OGer ZH, 22. Oktober 2014, LB140049 (I. Zivilkammer, X. AG (Bank) gegen Y.). Handelszeitung 3. Juni 2015 (Bank Sarasin: Millionenklage geht vor deutschen BGH), <www.handelszeitung.ch/unternehmen/bank-sarasin-millionenklage-geht-vor-deutschen-bgh-792562>.

2. Verfahren – Procédure

r41 Collaboration entre FINMA et juge civil suisse. Ordonnance de production de pièce adressée à la FINMA. Zusammenarbeit zwischen FINMA und schweizerischem Zivilgericht. Editionsbefehl gegenüber der FINMA.

Un tribunal civil ordonne à la FINMA de produire un document de synthèse préparé par celle-ci dans le cadre de son activité de surveillance. Annulation par le TAF.

1. Dans le domaine bancaire, l'art. 23^{bis} al. 3 LB autorise la FINMA à transmettre les renseignements et les documents non accessibles au public uniquement aux autorités suisses – autres que pénales – chargées de la surveillance des marchés financiers, ainsi qu'à la Banque nationale suisse. Les tribunaux civils n'étant pas visés par cette disposition, l'ordre du juge civil constitue une violation du principe de séparation des pouvoirs. – 2. Le juge civil ne peut pas se fonder sur l'art. 160 CPC pour justifier son ordonnance de production étant donné que les documents liés à l'obligation de collaborer doivent servir uniquement à trancher un litige de droit privé. Cela exclut les documents relatifs à la surveillance des marchés financiers acquis dans le cadre d'une procédure administrative et dont le but est la préservation des intérêts publics et non pas la préservation des intérêts des parties à un procès civil. – 3. À supposer que

le juge civil puisse ordonner à la FINMA la production des documents, celle-ci serait légitimée à refuser la production en faisant valoir que la collaboration attendue n'est pas compatible avec les buts de la surveillance des marchés financiers, étant donné que la participation de la FINMA à une procédure civile pourrait être interprété par les intermédiaires financiers comme un manque d'impartialité. – 4. Face à la demande d'un particulier de consulter un document déterminé, la FINMA peut décider en toute autonomie d'y donner suite si elle estime que ce faisant elle ne risque pas de compromettre les objectifs visés par la surveillance des marchés financiers.

TAF, 5 juin 2014, B-104/2014 (Corte II, Pretura di Lugano c. Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari FINMA), ATAF 2014/19. Recension: Poda, <www.cdbf.ch/923>.

r42 Zession. Definitive Rechtsöffnung. Cession. Mainlevée définitive.

Derjenige, der eine Forderung erwirbt, die dem Zedenten in einem rechtskräftigen Urteil zugesprochen wurde, kann in der Betreibung gegen den Schuldner die definitive Rechtsöffnung erhalten.

BGer, 23. Juni 2014, 5A_144/2014 (II. zivilrechtliche Abteilerung, X. gegen Gemeinde Y.), BGE 140 III 372. **Besprechung:** Güngerich/Buri, *ius.focus* 8/2014, 25; Lehmann/Pacciarelli, *AJP* 2014, 1704f.

r43 Betreibung. Negative Feststellungsklage. Schutzwürdiges Interesse. Poursuite. Action en constatation de l'inexistence d'un droit. Intérêt digne de protection.

Das schutzwürdige Interesse an der Feststellung des Nichtbestands der Forderung ist grundsätzlich zu bejahen, sobald diese in Betreibung gesetzt wurde. Der Feststellungskläger muss nicht konkret nachweisen, dass er wegen der Betreibung in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit empfindlich beeinträchtigt wird. Für den (angeblichen) Gläubiger, der eine Forderung ohne vorherigen Prozess in Betreibung setzt, obwohl sie bestritten ist und er daher mit der Erhebung eines Rechtsvorschlages rechnen muss, ist es zumutbar, diese Forderung in einem Zivilprozess zu verteidigen. Sein Interesse, sich mit der prozessualen Auseinandersetzung bis nach Ablauf der Frist nach Art. 88 Abs. 2 SchKG Zeit zu lassen, hat demjenigen des betriebenen Schuldners, der durch die Betreibung in seiner Kreditwürdigkeit und Reputation beeinträchtigt wird, zu weichen. Vorbehalten bleibt einzig der Fall, in dem die Betreibung nachweislich einzig zur Unterbrechung der Verjährung einer Forderung nach Art. 135 Ziff. 2 OR eingeleitet werden musste, nachdem der (angebliche) Schuldner die Unterzeichnung einer Verjährungsverzichtserklärung verweigert hat und die Forderung vom (angeblichen) Gläubiger aus triftigen Gründen nicht sofort in vollem Umfang gerichtlich geltend gemacht werden kann.

BGer, 16. Januar 2015, 4A_414/2014 (I. zivilrechtliche Abteilerung, A. AG gegen B.), BGE 141 III 68. NZZ 5. Februar 2015, 11

(Besserer Schutz bei unbegründeten Einträgen). **Besprechung:** Güngerich/Buri, *ius.focus* 2/2015, 24 f.; Hunkeler/Wirz, *Jusletter* 16. Februar 2015.

r44 Responsabilité du gérant de fortune. Refus de l'assistance judiciaire. Verantwortlichkeit des Vermögensverwalters. Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege.

Gérant indépendant cause des pertes au portefeuille d'une cliente peu expérimentée en adoptant une stratégie de carry trade (emprunt dans des monnaies à faible taux en vue de placer l'argent dans des monnaies offrant un meilleur taux). Action en réparation du dommage contre la banque dépositaire. Refus de l'assistance judiciaire.

1. Un plaideur a le droit d'obtenir l'assistance judiciaire si, notamment, sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès (art. 117 let. b CPC). Un procès est dénué de chances de succès lorsque les perspectives de le gagner sont notablement plus faibles que les risques de le perdre. – 2. En l'espèce les chances de succès étaient notablement inférieures au risque d'échec dès lors que la banque avait, d'une part, dûment informé la cliente des risques engendrés par la stratégie du gérant et, d'autre part, s'était renseignée sur la situation patrimoniale de la cliente, à propos de laquelle la cliente a donné des indications mensongères.

TF, 8 avril 2014, 4A_135/2014 (I^{re} Cour de droit civil, X. contre I^{re} Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du canton de Fribourg).

3. Zwangsvollstreckung – Exécution forcée

r45 Arrest. Beschwerdelegitimation der Bank als Drittschuldnerin. Örtliche Zuständigkeit. Séquestre. Qualité pour recourir de la banque en tant que tiers débiteur. For du séquestre.

1. Die Drittschuldnerin ist durch den Vollzug eines gegenüber dem Betreibungsschuldner verfügen Arrests bzw. den damit verbundenen Massnahmen in ihren schutzwürdigen Interessen hinreichend berührt und zur Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG legitimiert. – 2. Wohnt der Vollstreckungsschuldner im Ausland, der Drittschuldner aber in der Schweiz, so gilt die Forderung als am Wohnsitz des Drittschuldners in der Schweiz belegen und ist dort zu verarrestieren bzw. zu pfänden. Dies gilt auch dann, wenn die betroffene Forderung zum Geschäftsbetrieb einer ausländischen Zweigniederlassung des

Drittschuldners gehört. Kein Anlass zur Änderung dieser Rechtsprechung. – **3.** Da die Zuständigkeit zur Forderungspfändung international nicht einheitlich geregelt ist, kann es zu Kompetenzkonflikten kommen, was zu Nachteilen des Drittschuldners führen kann, wenn die inländische Pfändung im Ausland nicht anerkannt wird: Er läuft dann allenfalls Gefahr, doppelt bezahlen zu müssen (im Vollstreckungsstaat dem Vollstreckungsgläubiger und in einem anderen Staat dem bisherigen Gläubiger).

BGer, 3. September 2014, 5A_723/2013, BGE 140 III 512 (II. zivilrechtliche Abteilung, Bank X. AG gegen Bank Y. und Z.). **Besprechung:** Güngerich/Buri, *ius.focus* 11/2014, 25; Lehmann, *AJP* 2015, 903.

r46 Séquestre d'avoires bancaires. Existence de biens appartenant au débiteur. Verarrestierung von Bankguthaben. Vorhandensein von Vermögenswerten, die dem Schuldner gehören.

Au bénéfice d'un jugement condamnatore confirmé par la Cour d'appel d'Athènes, un créancier requiert le séquestre des avoires bancaires de son débiteur en mains de HSBC (Suisse) SA à Genève. Rejet du séquestre au motif que le créancier n'a pas rendu vraisemblable l'existence des biens.

1. La présence du nom du débiteur sur la «liste Lagarde» telle que reproduite par un journal grec, par le site Wikipédia et par le site publicintelligence.net ne suffit pas à rendre vraisemblable l'existence d'avoires bancaires à séquestrer. – **2.** Les circonstances entourant la préparation d'une liste de clients grecs de la banque et sa remise au gouvernement grec par la ministre française Lagarde ne permettent pas de retenir, même sous l'angle de la vraisemblance, l'authenticité, la précision, l'exactitude et la validité des données qu'elle contient.

Cour de justice GE, 27 mars 2015, ACJC/357/2015.

r47 Anwendungsbereich von Art. 8a SchKG. Champ d'application de l'art. 8a LP.

Die Konkursmasse B. AG in Liquidation verlangt von ihrer ehemaligen Revisionsstelle Schadenersatz aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit. Der Schaden wird auf rund CHF 11 Mio. beziffert, mit Nachklagevorbehalt für einen gesamten behaupteten Schaden von rund CHF 114 Mio. Im hängigen Verantwortlichkeitsprozess verlangt die Revisionsstelle Akteneinsicht nach Art. 8a SchKG. Die Vorinstanz verneint das Akteneinsichtsrecht: Es handelt sich um eine Verantwortlichkeitsklage nach Art. 755 OR, wie sie

ohne Weiteres auch ausserhalb eines Konkurses eingeleitet werden kann. Folglich ist Art. 160 Abs. 1 Bst. b ZPO und nicht Art. 8a SchKG anwendbar. Das Bundesgericht weist die Beschwerde der Revisionsstelle ab.

1. Grundsätzlich gilt, dass sich die Einsicht in bzw. die Herausgabe von Urkunden des öffentlichen Rechts nicht nach den Vorschriften der ZPO, sondern nach den massgeblichen öffentlichrechtlichen Vorschriften bestimmt. Weder der Wortlaut von Art. 8a SchKG noch von anderen Bestimmungen des SchKG oder der ZPO schliessen die Anwendbarkeit des Rechts auf zwangsvollstreckungsrechtliche Akteneinsicht bei hängigem Prozess aus. – **2.** Ist der Konkurs einmal eröffnet, bezweckt das Einsichtsrecht, dass die Konkursgläubiger die Lage des Schuldners prüfen und im Konkursverfahren ihre Rechte wahrnehmen können oder dass die Geschädigten, die den Schaden gegenüber einem Dritten einklagen wollen, Beweise gegen diesen sammeln können. Die Revisionsstelle ist weder Konkursgläubigerin, noch will sie einen Schaden gegen einen Dritten einklagen. Damit ist für sie das Einsichtsrecht nicht *a priori* gegeben. – **3.** Auch sonst lässt sich kein schützenswertes Interesse der Revisionsstelle begründen: Das Institut der prozessualen Edition kann nicht als Instrument der Informationsbeschaffung dienen, sondern stellt nach der ZPO ein Mittel der Beweiserhebung dar. In einem Zivilprozess entscheiden die Parteien selber, welche Belege sie wann vorlegen und somit der Einsichtnahme der Gegenpartei aussetzen wollen (Editionsbegehren vorbehalten). Folgte man den Ausführungen der Revisionsstelle, könnte diese gestützt auf Art. 8a SchKG die Unterlagen der Konkursmasse einsehen, während für die Konkursmasse gegenüber der Revisionsstelle die (strengeren) Editionsregeln der ZPO gelten. Eine solche Privilegierung durch das Einsichtsrecht gemäss Art. 8a SchKG ist unzumutbar. Für Zivilprozesse nach ZPO ist die Mitwirkungspflicht gemäss Art. 160 ZPO massgebend.

OGER ZH, 25. Juni 2014, PS140053-O/U (II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, Konkursmasse der B. (Switzerland) AG in Liquidation gegen A. AG). Beschwerde abgewiesen in *BGer*, 22. Mai 2015, 5A_552/2014, zur Publikation vorgesehen.

r48 Definitive Rechtsöffnung gestützt auf ausländische Urteile. Kopie der Urteile ausreichend. Mainlevée définitive fondée sur une décision étrangère. Copie de la décision jugée comme suffisante.

Bank will definitive Rechtsöffnung gestützt auf österreichische Urteile erwirken. Gemäss Vollstreckungsvertrag zwischen der Schweiz und Österreich müssen ausländische Urteile nicht unbedingt im Original eingereicht werden. Vielmehr ist auch eine Fotokopie ausreichend, solange die Gegenpartei deren Echtheit nicht bestreitet. Der Rechtsöffnungstitel kann als Kopie eingereicht werden, wenn es sich dabei um ein ausländisches Urteil handelt.

BGer, 18. Dezember 2014, 5A_467/2014 (II. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen Bank B.B.).

4. Internationale Rechtshilfe – Entraide internationale

r49 *Entraide civile internationale, Exécution incomplète d'une commission rogatoire. Qualité pour recourir. Internationale Rechtshilfe. Unvollständige Ausführung eines Rechtshilfeersuchens. Beschwerdelegitimation.*

Litige successoral à Barcelone. Commission rogatoire adressée aux autorités suisses. Partie au litige au fond, le recourant se plaint de ce que le Tribunal de première instance n'a pas complètement exécuté la commission rogatoire en refusant d'intervenir auprès de la Banque pour obtenir les documents qui feraient encore défaut.

1. L'entraide judiciaire constitue un acte de coopération internationale et relève du droit public. La procédure devant le juge requis n'est pas de nature contentieuse ni même juridictionnelle. L'entraide internationale suit les règles de droit administratif. Les plaideurs à la procédure principale ne disposent pas de l'instance d'entraide comme d'un procès civil régi par la maxime des débats; ils n'y participent pas comme des parties au sens plein du terme et n'ont pas nécessairement la possibilité d'assister aux actes individuels d'entraide. Ainsi, les parties au litige à l'étranger ne sont pas des parties à la demande d'entraide faite en Suisse et elles n'ont notamment pas accès au dossier. – 2. Le demandeur au fond a qualité pour recourir en cas d'inexécution par le Tribunal de la demande d'entraide, dès lors qu'au vu du litige successoral l'opposant à sa sœur en Espagne, il a un intérêt juridique à ce que le Tribunal donne suite à la requête dans un délai raisonnable. Cette qualité est néanmoins limitée au principe même de l'exécution. – 3. En revanche, le demandeur au fond ne peut pas se plaindre des modalités d'exécution, seule l'au-

torité étrangère requérante pouvant intervenir à cet effet.

Cour de justice GE, 12 septembre 2014, CR/33/2011, confirmé par TF, 25 juin 2015, 5A_799/2014; Fait suite à TF 5A_284/2013 du 20 août 2013, RSDA 2014, r32.

VII. Diverses/Divers

r50 *Organhaftung der Bankleitung (bejaht). Responsabilité d'organe de la direction de la banque (admise).*

Die Glarner Kantonalbank erhebt Verantwortlichkeitsklage gegen ehemalige Bankräte und Geschäftsleitungsmitglieder sowie gegen die Revisionsstelle. Das Kantonsgericht Glarus verpflichtet die Beklagten zu einer Zahlung von rund CHF 16 Mio.

1. Die damaligen Gesetzes- und Organisationsbestimmungen der Bank sahen für die Kreditvergabe Folgendes vor: «Geschäfte in der übrigen Schweiz und im Ausland [Anm.: sog. Ausserrayongeschäfte] sind zulässig, soweit der Bank daraus keine besonderen Risiken erwachsen und die Zweckerfüllung im Kanton Glarus und den angrenzenden Gebieten nicht beeinträchtigt wird.» Der Bankrat hat pflichtwidrig versäumt, die Voraussetzungen «keine besonderen Risiken» und «keine Beeinträchtigung der Zweckerfüllung» gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR eingehend zu definieren und zu regeln und damit das Ermessen der Geschäftsleitung angemessen zu beschränken. Ferner hat der Bankrat seine Pflicht, die Mitglieder der Geschäftsleitung adäquat zu überwachen und Fehlentwicklungen zu korrigieren, verletzt. Er hat die eingeschlagene Expansionspolitik weiterführen lassen, obwohl er von der internen und externen Revisionsstelle auf die Risiken hingewiesen wurde. – 2. Die Geschäftsleitung hat ihre Pflichten verletzt, indem sie mehrere nicht blankowürdige ausserkantonale Start-Up-Unternehmen fremdfinanziert hat. – 3. Die Revisionsstelle hat ihre Pflichten verletzt, weil sie das ungewöhnlich starke Wachstum im Ausserrayongeschäft nicht kritisch hinterfragt hat. Auch hat sie sich nicht genügend Kenntnisse über die Risikoexposition im Kreditbereich der Bank verschafft. Insbesondere hat die Revisionsstelle übersehen, dass die Bank gegen das Verbot besonderer Risiken bei Ausserrayonkreditgeschäften verstossen hat. – 4. Die Landsgemeinde des Kantons Glarus hat im Jahre 2003 den Grund gelegt für eine risikobehaftetere, expansivere Geschäftsopo-

litik. Den Kanton trifft deshalb eine Mitverantwortung. Deshalb werden die errechneten Schadenersatzsummen von insgesamt rund CHF 35 Mio. für die ehemaligen Bankräte und Geschäftsleitungsmitglieder um je 60% und diejenige für die Revisionsstelle um 40% reduziert.

KGer GL, 19. März 2015, ZG.2010.00646, ZG.2010.00721, ZG.2010.00728 (Glarner Kantonalbank gegen diverse Beklagte, Berufung hängig). NZZ 28. März 2015, 31 (Sieg für Glarner Kantonalbank).

r51 Whistleblowing. Verletzung des Bankgeheimnisses (bejaht). Lanceur d'alertes. Violation du secret bancaire (oui).

Ein selbsternannter Whistleblower hat in den Jahren 2007–2008 der Enthüllungsplattform WikiLeaks mehrfach Daten zukommen lassen, welche er im Rahmen seiner Berufstätigkeit auf Grand Cayman für eine Schwestergesellschaft einer Schweizer Bank in seinen Besitz gebracht hat. Diese Daten enthielten vorwiegend Informationen über Trusts und Offshorekonstrukte und wurden anschliessend von WikiLeaks im Internet öffentlich zugänglich gemacht. Darunter befanden sich auch Informationen über Geschäftsbeziehungen der Schweizer Bank mit Kunden und Dritten. Verurteilung wegen mehrfacher Bankgeheimnisverletzung sowie wegen Urkundenfälschung hinsichtlich der Fingierung eines angeblichen Briefes eines Bankmitarbeiters an die deutsche Bundeskanzlerin.

1. Die Vorschriften des Bankengesetzes sind vorliegend anwendbar, da über eine Website verbreitete Daten (auch) in der Schweiz zur Kenntnis genommen werden können, weshalb der Erfolg des Delikts als in der Schweiz eingetreten gilt. Hinzu kommt, dass im vorliegenden Fall auch die Bankbeziehungen mindestens eines Schweizers mit einer Schweizer Bank von der Veröffentlichung betroffen waren. – 2. Der Beklagte untersteht dem Schweizerischen Bankgeheimnis auch dann, wenn er nebst seinem Entsendegrundvertrag mit der Schweizer Bank ebenfalls einen Arbeitsvertrag mit der Schwestergesellschaft nach lokalem ausländischem Recht abschliesst und er dann für diese im Ausland tätig ist. – 3. Der Grossteil der auf WikiLeaks publizierten Daten ist durch das schweizerische Bankgeheimnis geschützt, da sie sich auf Geschäftsbeziehungen von Bankkunden oder Dritten mit einer Schweizer Bank beziehen. Wo diese Daten erlangt wurden, spielt keine Rolle und ist unabhängig davon, ob das lokale

Recht die Daten schützt oder nicht. – 4. Der Beklagte kann sich nicht auf den Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen berufen. Er verfolgte eben gerade nicht das Ziel der Wahrung öffentlicher Interessen, sondern kontaktierte vor der Veröffentlichung eine Vielzahl von staatlichen Behörden in verschiedenen Ländern und versuchte, aus den Daten Profit zu schlagen. Weiter wären mildere Mittel für das Erreichen des Ziels der Bekämpfung von Steuerhinterziehung vorhanden gewesen, namentlich die vertrauliche Kontaktaufnahme mit dem Schweizerischen Bankenombudsman oder der FINMA (damals noch Eidgenössische Bankkommission). Der Beklagte hat sich somit der mehrfachen Bankgeheimnisverletzung schuldig gemacht. – 5. Hingegen stellt das bloss schriftliche Angebot an einen ausländischen Finanzminister, diesem noch nicht veröffentlichte Bankkundendaten zukommen zu lassen, keine versuchte Bankgeheimnisverletzung dar, da der strafrechtliche «point of no return» erst mit der tatsächlichen Versendung von geschützten Daten überschritten wäre. – 6. Ebenfalls freigesprochen wird der Beklagte vom Vorwurf der erneuten Bankgeheimnisverletzung durch die Übergabe von zwei CDs an WikiLeaks im Rahmen einer Pressekonferenz im Jahr 2011. Es gilt nicht als erwiesen, dass sich auf den CDs tatsächlich geschützte Daten befanden. – 7. Erwähnenswert ist, dass der Beklagte zusätzlich im Jahr 2007 einen angeblichen Brief der Bank an die deutsche Bundeskanzlerin fälschte und auf der Website von WikiLeaks publizierte, um den Anschein zu erwecken, diese besitze Schwarzgeldkonten bei der Bank. Die Fingierung des Schreibens unter Kopie der Unterschrift eines Bankmitarbeiters und des Briefkopfes der Bank stellt eine Urkundenfälschung dar.

BezGer ZH, 12. Januar 2015, DG140203-L/U (Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich gegen B., Berufung hängig). NZZ 20. Januar 2015, 15 (Bezirksgericht Zürich: Verurteilt wegen eines Briefs an Angela Merkel – Ein mildes Urteil gegen Whistleblower Rudolf Elmer und Freisprüche in zentralen Anklagepunkten).

r52 Amende fiscale. Caractère strictement personnel. Pas de responsabilité de la fiduciaire. Steuerbusse. Höchstpersönliche Natur. Keine Verantwortlichkeit der Treuhänderin.

1. Compte tenu de la nature strictement personnelle d'une amende fiscale, le contrat par lequel un tiers s'engagerait à payer tout ou partie de l'amende serait illicite au sens de l'art. 20 al. 1 CO. Le mandant ne

peut ainsi pas obtenir réparation auprès de son mandataire pour la diminution de son patrimoine consécutive au paiement d'une amende fiscale. – **2.** Calculée conformément aux règles fixant la quotité de l'amende pour soustraction d'impôt, la majoration consiste en une véritable peine réprimant l'infraction réalisée et elle équivaut à une amende. – **3.** Il n'incombe pas au droit privé d'examiner à nouveau

l'existence d'une faute personnelle du contribuable et le cas échéant de corriger le résultat auquel est parvenue l'autorité fiscale au terme de la procédure pénale pour soustraction d'impôt.

TF, 6 février 2014, 4A_491/2013 (X c. Z SA). Recension: Chappuis, La responsabilité contractuelle du conseiller fiscal, in La pratique contractuelle 4 (P. Pichonnaz/F. Werro éd.), 2015, 166–215.