

# Das schweizerische Bankprivatrecht 2018

## Le droit bancaire privé suisse 2018

Susan Emmenegger | Luc Thévenoz | Martina Reber | Célian Hirsch

### Inhaltsübersicht – Table des matières

#### Vorbemerkungen – Remarques introductives

- I. Bankgeschäfte – Activités bancaires
  1. Vollmacht, Legitimation – Procuracy, légitimation
  2. Kredite – Crédits
  3. Zahlungen – Paiements
- II. Anlagegeschäfte – Services d'investissement
- III. Sicherheiten und Verwertung – Sûretés et réalisation
  1. Persönliche Sicherheiten – Sûretés personnelles
  2. Dingliche Sicherheiten – Sûretés réelles
- IV. Rechenschaftsablegung, Retrozessionen und Auskünfte – Reddition de compte, rétrocessions et renseignements
- V. Zivilverfahren und Vollstreckung – Procédure civile et exécution forcée
- VI. Übermittlung von Personendaten an ausländische (Steuer-)Behörden – Transmission de données aux autorités (fiscales) étrangères
- VII. Diverses – Divers

#### Vorbemerkungen – Remarques introductives

Das Jahr 2018 brachte einen reichen Fundus an Entscheidungen im privaten Bankrecht. Etliche davon schreiben Geschichten fort, über die wir bereits in früheren Übersichten berichtet hatten. Dazu gehört die Klage des Drogeriekönigs Müller gegen die Bank J. Safra Sarasin im Zusammenhang mit den sogenannten Cum-Ex-Geschäften (**r34**), die Fortsetzung der Verantwortlichkeitsklage der Glarner Kantonalbank gegen ihre ehemalige Führungsrige (**r52**) oder die Rückforderung von Geldern der früheren Sozialistischen Einheitspartei Deutschlands (**r3**) – bei Letzteren handelt es sich um ein Kapitel, das auch dreissig Jahre nach der Wende noch nicht abgeschlossen ist. Deutlich spürbar bleiben auch die Nachwehen des Steuerstreits, der vor über zehn Jahren mit der Anklage der amerikanischen Behörden gegen die UBS begann. Mittlerweile wehren sich auch Kundinnen und Kunden unter Hinweis auf die (nach-)vertraglichen Treuepflichten und das Datenschutzgesetz erfolgreich gegen die Lieferung ihrer Daten an die US-Behörden (**r46**). Beruhigt hat sich immerhin die Front im Zusammenhang mit den Kontosperrungen gegenüber vermeintlichen und realen Steuersündern (**r61**). Die Bank Lehman Brothers bleibt hingegen der Schweizer Rechtsprechung erhalten, diesmal

geht es um Investorenklagen im Zusammenhang mit Derivatkontrakten unter dem ISDA Master Agreement (**r38**).

Auch der Fall des mittlerweile verstorbenen Finanziers Dieter Behring verzeichnet in dieser Berichtsperiode zahlreiche Urteile (**r60**). Über sie wird nur punktuell und summarisch berichtet, denn die Urteile selbst wurden vom Bundesstrafgericht und von der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts gefällt. Allerdings betreffen 75 Seiten des 178 Seiten umfassenden Strafrechtsurteils gegen Behring die Beurteilung von Zivilklagen von 1300 Personen; das Zivilrecht und das Strafrecht sind bei Betrugsfällen meist eng verknüpft. Da zahlreiche Forderungen vom Bundesstrafgericht auf den Zivilweg verwiesen wurden, ist mit weiteren Urteilen in der *causa Behring* zu rechnen. Dabei haben selbst diejenigen Anleger, denen das Bundesstrafgericht einen Betrag zugesprochen hat, bis zum heutigen Datum – zwölf Jahre nach dem Zusammenbruch des Systems «Behring» – nichts erhalten.

Gleichzeitig wurden in dieser Berichtsperiode neue Kapitel mit prominenten Parteien aufgeschlagen. Der in der Schweiz wohnhafte russische Oligarch Viktor Vekselberg wurde im April 2018 von den USA auf deren Sanktionsliste gesetzt. Die Banken reagierten mit Kontosperrungen, eine Bank verweigerte die Annahme von Geldern zur Rückzahlung von Krediten. Sie wollte stattdessen die Wertschriften von Vekselberg verwerten. In der ersten Runde konnte Vekselberg sich durchsetzen (**r42**). Weitere Runden sind gewiss.

Die diesjährige Berichtsperiode enthält aber auch zahlreiche Entscheide im klassischen Bankprivatrecht, so etwa die Fragen der Haftung der Depotbank (**r16**), der Zustell- und Genehmigungsfiktion (**r10–r13**) oder der Retrozessionen (**r28**). Auffallend ist sodann die Dichte der allgemeinen obligationenrechtlichen Fragen, die in der Berichtsperiode im Zusammenhang mit Bank/Kundenverfahren auftraten, etwa die Frage nach dem Schweigen als Tatbestand der arglistigen Täuschung (**r6**) oder der Frage der Mahnungswirkung eines Zahlungsbefehls, der den Vermerk trägt, dass er nur der Unterbrechnung der Verjährung dient (**r3**).

#### Legitimationsmängel

Bereits zum zweiten Mal nimmt der Fall eines Vermögensverwalters, der mittels Unterschriftenfälschung

rund CHF 1,3 Mio. vom Konto der Kundin abbuchen konnte, eine Schlaufe über das Bundesgericht, ohne dass der Fall endgültig entschieden wurde.<sup>1</sup> Zwar steht fest, dass die Bank die Fälschung des Vermögensverwalters grobfahrlässig nicht erkannt hat, weshalb der Kundin ein Erfüllungsanspruch zusteht. Unklar ist aber, ob die Bank verrechnungsweise einen Schadenersatzanspruch geltend machen kann, weil die Kundin ihrerseits Pflichten verletzt hat, indem sie über rund vier Jahre ihre banklagernden Kontounterlagen nicht kontrollierte. Im Gegensatz zur Vorinstanz bejaht das Bundesgericht die Pflichtverletzung. Hingegen sei abzuklären, ob die Kundin bei Einsicht in die Kontounterlagen die unzulässigen Abbuchungen hätte erkennen können. Falls man das bejahe, bestehe ein Schadenersatzanspruch der Bank, wobei sich die Bank ihr grobes Verschulden im Sinne eines Mitverschuldens anrechnen lassen müsse (r1). Man ist in der dogmatischen Klärung der Legitimationsmängel wieder einen kleinen Schritt weiter, allerdings fehlt nach wie vor die klare Positionierung des Bundesgerichts hinsichtlich der dogmatischen Wirkung der Schadensüberwälzungsklauseln. Auch ist die an diesem Entscheid geäußerte Kritik berechtigt, dass die Pflicht zur Kontrolle von *effektiv ausgehändigten* Kontoauszügen nicht unbeschadet auf die Pflicht zur Kontrolle der *banklagernden* Korrespondenz zu erweitern ist.<sup>2</sup> Eine solche Pflicht war im Bankvertrag nicht vorgesehen, das Bundesgericht stützt sie auf Treu und Glauben und nimmt so eine Vertragsergänzung nach dem Vertrauensprinzip vor. Man muss sich aber fragen, ob vernünftige und redliche Parteien eine *Pflicht* zur Kontrolle der banklagernden Korrespondenz vereinbart hätten und dies in einem Fall wie dem vorliegenden, wo die Kundin regelmässig ihren Kundenberater traf und sich von ihm über den Vermögensstand informieren liess.

Um Mitwirkungspflichten geht es auch im zweiten Entscheid zu den Legitimationsmängeln. Hier hat das Bundesgericht festgehalten, dass dem Kontoinhaber der Nachweis obliegt, dass sein E-Mail-Konto erfolgreich gehackt wurde (r2). Damit konnten die Weisen vom Mont Repos die Frage umgehen, ob die Risikotransferklausel im Falle von Zahlungsaufträgen via E-Mail von vornherein nicht anwendbar ist,

weil es in solchen Fällen an einer rechtlich relevanten Legitimationsprüfung seitens der Bank fehlt.<sup>3</sup>

Schliesslich ist bei den Legitimationsmängeln die Saga um die SED-Parteigelder um ein Kapitel reicher geworden (r3). Zur Erinnerung:<sup>4</sup> Nach der ostdeutschen Wende kam es bei den (Tarn-)Firmen, die von der sozialistischen Einheitspartei der DDR zu Zwecken der Devisenbeschaffung eingerichtet worden war, zu massiven Abbuchungen von Konten auf Schweizer Banken. Prominent war die Novum GmbH mit Sitz in Ostberlin und deren Geschäftsführerin, die mittlerweile verstorbene Rudolphine Steindling, eine schillernde Figur der Wiener High Society. Die Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (BvS), die unter anderem mit der Rückführung der Gelder betraut war, machte 2013 vor Bundesgericht gegen die UniCredit Bank Austria AG erfolgreich einen Legitimationsmangel geltend.<sup>5</sup> Vom Erfolg beflügelt strengte sie im Jahr 2014 eine Klage gegen die Bank Julius Bär an. Nach einer Schlaufe über das Bundesgericht zur Klärung der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte<sup>6</sup> kam es zum Prozess vor dem Bezirksgericht Zürich. Dieses wies den Erfüllungsanspruch ab mit der Begründung, die Bank habe keinen Anlass gehabt, an der Legitimation der Geschäftsführerin der Novum GmbH zu zweifeln, als diese eine Barauszahlung von rund DM 20 Mio. an sich selbst verlangte.<sup>7</sup> Das Obergericht urteilte anders und erhielt in dieser Frage Rückendeckung vom Bundesgericht. Das Bundesgericht weist den Entscheid aber dennoch zurück. Das Obergericht hatte in einer Vergleichszahlung von Rudolphine Steindling an die BvS in Höhe von CHF 106 Mio. eine Drittwirkung im Hinblick auf die Erfüllungsklage der BvS gegen die Julius Bär gesehen. Das Bundesgericht verneint eine solche Wirkung und verlangt die Prüfung anderer Gründe für den möglichen Untergang der Forderung. Der Entscheid gibt einen Einblick in die komplexe Dogmatik der Legitimationsmängel und in die Frage der Drittwirkung von

<sup>1</sup> Siehe BGer, 4A\_378/2016 vom 15. Juni 2017, SZW 2018 191 r1.

<sup>2</sup> Célian Hirsch, *Devoir de diligence: une nouvelle obligation à la charge du client*, <[www.cdbf.ch/1051](http://www.cdbf.ch/1051)>.

<sup>3</sup> So etwa Nicolas Bracher, *Legitimationsprüfung und Risikotransfer bei E-Mail-Zahlungsaufträgen*, SZW 2018 161 f.

<sup>4</sup> Siehe auch die Hintergrundschilderung in BGer, 4A\_302/2018 = r3.

<sup>5</sup> BGer, 4A\_258/2012 vom 8. April 2013, SZW 2013 315 r2.

<sup>6</sup> BGer, 4A\_242/2015 vom 19. August 2015, SZW 2016 212 r1.

<sup>7</sup> ZH Bezirksgericht, CG140080 vom 7. Dezember 2017, SZW 2017 226 r3.

Verträgen. Man darf gespannt sein auf die Fortsetzung.

### Zustell- und Genehmigungsfiktion

Häufig stellen sich im Zusammenhang mit den Legitimationmängeln auch Fragen der Zustell- und Genehmigungsfiktion (z.B. **r1**). Im grösseren Kontext der unautorisierten Transaktionen sind im Hinblick auf beide Fiktionen weitere Entscheide zu verzeichnen.

Sowohl das Handelsgericht Zürich (**r10**) als auch das Bundesgericht (**r11**) bestätigen die Rechtsprechung in BGer 4A\_42/2015, wonach die Genehmigungsfiktion auch bei Execution-Only-Verhältnissen anwendbar ist.<sup>8</sup> Im zweiten Entscheid handelt es sich um ein *obiter dictum*, das Bundesgericht geht in der Sache von einem stillschweigenden Anlageberatungsvertrag aus. Beachtenswert ist in diesem zweiten Entscheid die Erwägung, dass die Genehmigungsfiktion auch bei der üblichen postalischen Zustellung von Bankunterlagen gilt, mithin also nicht auf die Fälle der Banklagernd-Klausel beschränkt ist. Das deckt sich mit dem Entscheid des Handelsgerichts Zürich (**r10**) und verdient Zustimmung.

Beide Entscheide (**r10**, **r11**) sowie ein dritter Entscheid (**r12**) beschäftigen sich mit der Frage der fristgerechten Reklamation des Kunden bei unautorisierten Geschäften. Die Rechtsprechung der Gerichte überzeugt nicht auf der ganzen Linie. Richtig ist der Ausgangspunkt: Die Bank handelt rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich auf die Genehmigungsfiktion beruft, obwohl sie bewusst vertragswidrige Anlagen tätigt. Denn in diesem Fall kann sie nicht nach Treu und Glauben darauf vertrauen, dass der Kunde die Transaktionen durch sein Schweigen genehmigt (Art. 6 OR). Bei dieser Rechtslage muss es bleiben – unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt der Kunde reklamiert. In Anlehnung an BGer 4A\_42/2015 scheinen die drei Entscheide hingegen davon auszugehen, dass die Genehmigungsfiktion wieder auflebt, wenn der Kunde erst dann reklamiert, wenn die vertragswidrigen Anlagen erhebliche Verluste generieren. Das ist rechtlich unzutreffend. Das opportunistische Verhalten des Kunden vermag die rechtsmissbräuchliche Berufung der Bank auf die Genehmigungsfikti-

on nicht zu heilen. Hingegen ist dem Kunden nun seinerseits gestützt auf das Rechtsmissbrauchsverbot die Berufung auf die fehlende Genehmigung zu versagen. Diese Prüffolge vermeidet die rechtlich fehlerhafte Überlegung, wonach der Rechtsmissbrauch des Kunden den Rechtsmissbrauch der Bank aufhebt. Sie führt auch zu einer sachgerechten Risikoverteilung, wie sie Art. 6 OR zugrunde liegt. Die Genehmigungsfiktion dient der Rechtssicherheit im Bank/Kunden-Verhältnis, nicht aber als *carte blanche* für bewusste und eklatante Vertragsverletzungen seitens der Bank. In solchen Fällen muss es – vorbehaltlich des Rechtsmissbrauchs – möglich sein, dass der Kunde sich gegen die Vertragsverletzung wehrt, und zwar auch nach Ablauf der (in den AGB vorgesehenen) Reklamationsfrist.

Das Bundesgericht hatte sodann die Gelegenheit, sich zu den unterschiedlichen Wirkungen von Genehmigungsfiktion und vorbehaltloser Annahme zu äussern. Die Genehmigungsfiktion führt grundsätzlich zum Ausschluss einer Schadenersatzklage, weil sie bewirkt, dass der Kunde aufgrund der fingierten Genehmigung keine Vertragsverletzung mehr geltend machen kann. Die vorbehaltlose Annahme dagegen bewirkt lediglich, dass der Kunde die Beweislast dafür trägt, dass die Leistung, obwohl angenommen, nicht vertragskonform erfolgt ist (**r13**). Zu präzisieren ist allerdings, dass der Kunde auch bei nicht vorbehaltloser Annahme die Beweislast für die Schlechtleistung trägt. Anders ist die Beweislast nur verteilt, wenn der Kunde bzw. ein Gläubiger geltend macht, die Leistung sei überhaupt nicht erfolgt; dann nämlich obliegt dem Schuldner der Nachweis, dass er (effektiv) geleistet hat. Nach neuerer und bedenkenwerter Auffassung soll selbst für diese Fälle gelten, dass der Gläubiger die Nichtleistung nachweisen muss.<sup>9</sup>

### Schadenssubstantiierung

Das Bundesgericht fasst in einem amtlich publizierten Entscheid seine Rechtsprechung zur Schadenssubstantiierung bei Anlageschäden zusammen und bestätigt seine (ausserordentlich) strenge Haltung im Hinblick auf die Substantiierungspflicht (**r17**). Der Entscheid erging vor dem Hintergrund einer

<sup>8</sup> Kritisch *Wherlock/von der Crone*, Anwendbarkeit von Genehmigungsklauseln hinsichtlich unautorisierter Börsengeschäfte, SZW 2016 96; *Thévenoz/Emmenegger*, SZW 2018 185.

<sup>9</sup> *Alexandra Jungo*, Zürcher Kommentar, Art. 8 ZGB, 3. Aufl. 2018, Art. 8 ZGB N 208 ff.

sprichwörtlichen Klagewelle, die durch eine Kundenberaterin ausgelöst wurde, die offenbar zahlreichen türkischen Kunden falsche Kontoauszüge zugestellt hatte, um Verluste in Millionenhöhe zu vertuschen. Die Kundenberaterin wurde erstinstanzlich vom Bezirksgericht Zürich der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung, der mehrfachen Urkundenfälschung und der mehrfach qualifizierten Veruntreuung verurteilt. Sie hatte denn auch in verschiedenen Fällen eingestanden, dass sie unautorisierte Transaktionen durchgeführt hatte.<sup>10</sup>

Die Bank behielt in allen Klagen die Oberhand. Neben den Millionenverlusten hatten die – anwaltlich vertretenen – Kunden also zusätzlich die Verfahrenskosten zu tragen. Als Fallstrick erwies sich durchweg die Substantiierungspflicht bei Anlageschäden. Im bereits erwähnten Fall (r17) hatte die Kundenberaterin erstelltermassen sechzehn unerlaubte Transaktionen vorgenommen und dem in der Türkei wohnhaften Kunden Vermögensübersichten zugestellt, die den offiziellen Depotauszügen der Bank widersprachen. Das Handelsgericht hatte der Bank die Berufung auf die Genehmigungsfiktion im Zusammenhang mit der banklagernden Korrespondenz versagt und die Klage des Kunden teilweise gutgeheissen.<sup>11</sup>

Vor Bundesgericht obsiegte nun aber die Bank: Das Bundesgericht hiess ihre Beschwerde gut und wies die Klage wegen mangelnder Substantiierung ab. Der anwaltlich vertretene Kunde hatte für die Berechnung des Schadens auf das Gesamtportfolio abgestellt. Das Handelsgericht hatte dies gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR zugelassen und – unter Hinweis auf die Lehre – insbesondere damit begründet, dass die Schadensberechnung aufgrund einer Einzelbetrachtung angesichts der Vielzahl von Anlagen über einen Zeitraum von mehreren Jahren nicht möglich oder jedenfalls nicht zumutbar sei. Das Bundesgericht hielt demgegenüber fest, dass die Substantiierungspflicht unvermindert auch für den Fall gelte, in dem zwar die Existenz eines Schadens, nicht aber dessen Umfang sicher sei. Ob man – wie von der Lehre vertreten – aus Praktikabilitätsgründen ein pflichtwidrig verwaltetes Depot annehmen könne, wenn der Anteil

pflichtwidriger Anlagen die pflichtkonformen Anlagen überwiege, könne dahingestellt bleiben. Die Vorinstanz habe dies nicht geprüft und jedenfalls könne Schadenersatz nur für die Folgen vertragswidrigen Verhaltens zugesprochen werden. Seien – wie hier – die pflichtwidrig ausgeführten Transaktionen bestimmbar, so sei daran festzuhalten, dass der aus diesen einzelnen Transaktionen resultierende Schaden je gesondert zu behaupten und zu beweisen sei.

In den weiteren drei Entscheiden scheiterten die Kläger aufgrund der fehlenden Substantiierung bereits vor dem Handelsgericht Zürich<sup>12</sup> bzw. dem Bezirksgericht und dem Obergericht Zürich.<sup>13</sup> Das Bundesgericht bestätigte die in zwei Fällen weitergezogenen Urteile der Vorinstanzen (r19).<sup>14</sup>

Die betroffene Bank<sup>15</sup> konnte sich gegen einen weiteren türkischen Kunden erfolgreich wehren, der einen Anlageverlust von gut CHF 2 Mio. geltend gemacht hatte. Das Handelsgericht bejahte sowohl die Zustell- als auch die Genehmigungsfiktion (r12). Die besagte Kundenberaterin scheint aber in diesem Fall nicht involviert gewesen zu sein.

## Retrozessionen

Die Retrozessionen bilden in dieser Berichtsperiode nicht nur auf der Ebene des Zivilrechts, sondern auch auf der Ebene des Strafrechts Gegenstand von wichtigen Entscheiden. So hat das Handelsgericht Zürich im Hinblick auf den Anwendungsbereich der Retrozessionsgrundsätze die Rechtsentwicklung einen weiteren Schritt vorangetrieben. Bislang haben die Gerichte die Frage der Herausgabepflicht für die Ver-

<sup>10</sup> Siehe die Hinweise in BGer, 4A\_357/2018 Sachverhalt A und BGer, 4A\_374/2018 Sachverhalt A (beide zusammengefasst in r18). Gemäss den Hinweisen war im Zeitpunkt der Zivilentscheide das Strafurteil noch nicht rechtskräftig.  
<sup>11</sup> ZH Handelsgericht, HG140233 vom 4. Oktober 2017, SZW 2018 196 r9.

<sup>12</sup> ZH Handelsgericht, HG150195-O vom 22. März 2018; ZH Handelsgericht, HG150283-O vom 16. Mai 2018.

<sup>13</sup> ZH Bezirksgericht, CG150082-L vom 16. August 2017; ZH Obergericht, LB17004242-O vom 9. Mai 2018.

<sup>14</sup> BGer, 4A\_374/2018 vom 12. September 2018, Beschwerde gegen ZH Handelsgericht, HG150283-O vom 16. Mai 2018; BGer, 4A\_357/2018 vom 15. September 2018. Das Urteil ZH Handelsgericht, HG150195-O vom 22. März 2018, wurde soweit ersichtlich nicht weitergezogen.

<sup>15</sup> Das es sich um dasselbe Institut (Bank [Switzerland] AG) handelt, ist daraus ersichtlich, dass die Kundenkonten allesamt im Rahmen einer Fusion per 14. Dezember 2011 übernommen wurden.

mögensverwaltung<sup>16</sup> und die Anlageberatung<sup>17</sup> bejaht. In der Sache hatte das Bundesgericht die Herausgabepflicht bereits in einem frühen Entscheid statuiert,<sup>18</sup> allerdings erging das Urteil noch vor der Entscheidwelle, die mit dem Retro I-Entscheid im Jahr 2006 losgetreten wurde. In ihrer eigentlichen Retrozessionsrechtsprechung haben die Weisen vom Mont Repos die Frage nach der Herausgabe von Retrozessionen im Execution-Only-Verhältnis bislang offengelassen.<sup>19</sup>

Das Handelsgericht Zürich hat nun diese Lücke geschlossen und die Herausgabepflicht bejaht (**r30**). Der Entscheid betrifft an sich einen Vermögensverwaltungsvertrag. Allerdings machte die beklagte Bank geltend, der Vertrag beinhalte einerseits Vermögensverwaltungsleistungen (Auswahl der Anlage), andererseits den Effektenhandel (Transaktion); sie wollte aus dieser Zweiteilung für sich in Anspruch nehmen, dass sie die von den konzerninternen Brokern erhaltenen Zahlungen nicht herausgeben müsse. Das Handelsgericht bejahte demgegenüber die Herausgabepflicht insgesamt, also für die Vermögensverwaltung und den Effektenhandel. In seinen ausführlichen Erwägungen zur Herausgabepflicht im Auftragsverhältnis hält es fest, der innere Zusammenhang, der die Herausgabepflicht begründe, bestehe nicht nur im Falle eines Interessenkonflikts. Er sei vielmehr immer dann zu bejahen, wenn die Zahlung einzig erfolge, weil der Finanzdienstleister vom Kunden und dank seiner Investition eine Position eingeräumt bekommen habe, die den Zufluss der Zahlung ermögliche. Mit diesem (rechtskräftigen) Entscheid wird ein weiteres Kapitel in der nunmehr schon dreizehn Jahre alten Retrozessionsgeschichte geschrieben. Die zivilrechtlichen Entwicklungen decken sich mit den aufsichtsrechtlichen: Das FIDLEG unterscheidet bei seiner Retrozessionsregelung nicht zwischen den verschiedenen Geschäftsarten.

In einem weiteren zivilrechtlichen Fall trat das Handelsgericht Zürich auf eine Stufenklage im Zusammenhang mit Retrozessionen nicht ein (**r29**). Auch bei einer Stufenklage gelte die allgemeine Prozessvoraussetzung, dass ein Begehren um Zahlung eines Geldbetrages zu beziffern sei (Art. 84 Abs. 2 ZPO). Die Klägerin habe bis zuletzt keinen Mindeststreitwert angegeben, obwohl ihr gemäss eigenen Angaben die Berechnungsgrundlagen für die von ihr verlangten Drittvergütungen – bzw. für einen Teil davon – zum Klagezeitpunkt bekannt gewesen seien. Das ist nachvollziehbar. Nicht restlos klar ist die Eventualbegründung, wonach selbst bei Eintreten auf die Klage der Herausgabeanspruch abzulehnen wäre, weil die Klägerin rechtsgültig auf die Herausgabe verzichtet habe. Das kann selbstredend nur diejenigen Retrozessionen betreffen, die *nach* der Verbindlichkeit des neuen AGB-Regimes zurückbehalten wurden. Tatsächlich betreffen die neben dem Herausgabeanspruch geltend gemachten klägerischen Schadensposten allesamt den Zeitraum nach 2013 und somit den Geltungszeitraum der neuen AGB. Jedenfalls aber könnte man nicht mit neuen AGB rückwirkend einen Herausgabeverzicht für früher erhaltene Retrozessionen konstruieren; das würde schon an der Ungewöhnlichkeitsregel scheitern.

Einen grundlegenden Entscheid hat das Bundesgericht mit seiner strafrechtlichen Würdigung der Retrozessionsproblematik gefällt (**r32**). Es war ein Urteil mit Ansage. Denn die strafrechtliche Relevanz von Retrozessionen hat die Gerichte schon mehrfach beschäftigt. In einem Entscheid aus dem Jahr 2009 hatte das Bundesgericht festgehalten, die Verschleierung von Kommissionsgebühren könne den Tatbestand des serienmässigen Betrugs erfüllen.<sup>20</sup> Im Jahr 2011 hatte es einen Bankmitarbeitenden wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) verurteilt, weil dieser der Bank die von ihm eingenommenen Retrozessionen vorenthalten hatte.<sup>21</sup> Im Jahr 2013 verurteilte das Obergericht Bern einen Vermögensverwalter wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung, weil dieser seinen Kunden nicht über den Erhalt von Retrozessionen informiert und diese auch nicht herausgegeben hatte.<sup>22</sup> Im Jahr 2015 hiess das

<sup>16</sup> BGE 132 III 466 (Retro I, Herausgabepflicht); BGE 137 III 393 (Retro II, Informations-Standard); BGE 138 III 755 (Retro III, Konzernverhältnis). Siehe zudem BGE 143 III 348 (Retro IV, Verjährung).

<sup>17</sup> BGer, 4A\_427/2007 vom 29. April 2009; Tribunale d'appello TI, 22. Mai 2014, n.12.1012.105 (SZW 2015 404 r26).

<sup>18</sup> BGer, 4C.125/2002 vom 27. September 2002, E. 3.1 und 3.2.

<sup>19</sup> BGE 132 III 460 E. 4.1 S. 464 (bezüglich der Finder's Fees im Falle der eigenständigen Wahl der Depotbank durch die Kundin).

<sup>20</sup> BGer, 6B\_466/2008, SZW 2009 280 r9.

<sup>21</sup> BGer, 6B\_223/2010, SZW 2011 384 f. r14 (Kritische Würdigung des Entscheids in den Vorbemerkungen, 374).

<sup>22</sup> BE Obergericht, 4. Juli 2013, SK 2012 218 (rechtskräftig), SZW 2014 431 r27.

Obergericht Zürich die Beschwerde eines Bankkunden gegen die Nichtanhandnahmeverfügung der Zürcher Staatsanwaltschaft gut; der Kunde hatte im Zusammenhang mit der Vorenthaltung von Retrozessionen gegen die Bank eine Strafanzeige (u.a. wegen Betrugs und ungetreuer Geschäftsbesorgung) eingereicht. Das Zürcher Obergericht hielt fest, es scheine durchaus möglich, dass ein Sachgericht den Retrozessions-Sachverhalt als im Sinne von Art. 158 StGB tatbestandsmässig erachten könnte. Im gleichen Jahr erfolgte eine weitere Beurteilung gestützt auf Art. 158 StGB, diesmal betraf es einen Vormund, der gleichzeitig die Gesellschaft kontrollierte, die das Mündelvermögen verwaltete.<sup>23</sup>

In dieser Berichtsperiode folgt nun die Bestätigung der strafrechtlichen Relevanz der Retrozessionsthematik durch den amtlich publizierten Entscheid des Bundesgerichts. Wiederum ging es um einen Vermögensverwalter, der gleichzeitig als Vormund einer älteren Person amtierte; zudem hatte er grössere Beträge veruntreut. Der Bundesgerichtsentscheid betrifft einzig die Frage der Retrozessionen, die zwischen 2007 und 2010 zurückbehalten wurden. Diese hatte der Vermögensverwalter allerdings nicht nur im Rahmen seines Doppelmanats, sondern auch bei anderen Mandaten zurückbehalten. Die Regeste hält in allgemeiner Weise fest: «Der Vermögensverwalter macht sich der ungetreuen Geschäftsbesorgung strafbar, wenn er seinen Kunden nicht über die Vergütungen oder Retrozessionen informiert, die er von der Depotbank erhält.» Die Besonderheiten des Einzelfalles werden vom Bundesgericht nicht besonders hervorgehoben. Zudem folgt es in seinen Erwägungen einer Doktrin, die sich ohne Einschränkung für die Anwendbarkeit von Art. 158 StGB auf Retrozessionsfälle ausspricht. Man wird den Entscheid aus diesen Gründen als richtungsweisende Rechtsprechung für die Anwendbarkeit von Art. 158 StGB auf Retrozessionssachverhalte sehen müssen.

Die massgebliche Grundlage für die Strafbarkeit liegt gemäss Bundesgericht in der Verletzung der Rechenschaftspflicht, welche die Grundlage dafür bildet, dass die Kundin ihren auftragsrechtlichen Herausgabeanspruch überhaupt geltend machen kann. Das Urteil zeigt exemplarisch die Verflechtung von Zivilrecht und Strafrecht im Bereich der Vermögens-

delikte: Die AGB aus dem Jahr 2008 enthielten lediglich eine allgemein gehaltene Informations- und Herausgabeverzichts-klausel. Der Vermögensverwalter machte geltend, dass er bis zum Retro-Entscheid aus dem Jahr 2011 (BGE 137 III 399, Retro II) in guten Treuen davon ausgehen durfte, eine solche Klausel sei gültig, weshalb es ihm am notwendigen Vorsatz für den Straftatbestand des Art. 158 StGB fehle. Das Bundesgericht liess diesen Einwand nicht gelten: Seit dem Entscheid vom 22. März 2006 (BGE 132 III 466, Retro I) stehe fest, dass ein Herausgabeverzicht nur unter der Voraussetzung einer vollständigen und wahrheitsgetreuen Information gültig erfolgen könne. Ein Irrtum des Vermögensverwalters könne nur für die Zeit vor dem Entscheid vom 22. März 2006 in Betracht kommen.

Diese Rechtsauffassung führt in einem Entscheid des Obergerichts Zürich zum Freispruch eines Vermögensverwalters vom Vorwurf der ungetreuen Geschäftsführung. Der Vermögensverwalter hatte im Jahr 2004 (also zwei Jahre vor dem Retro I-Entscheid des Bundesgerichts) gestützt auf eine allgemeine Verzichts-klausel Retrozessionen vereinnahmt (**r31**). Man entnimmt den obergerichtlichen Erwägungen gewisse Sympathien für ein Strafbarkeitsdatum ab BGE 137 III 393 (2011). Im Ergebnis weicht aber das Obergericht nicht vom bundesgerichtlichen Strafbarkeitsdatum (BGE 132 III 466, 2006) ab; es verweist denn auch explizit auf den einschlägigen Straftatbestand des Bundesgerichts. Ohnehin hatten die zu beurteilenden Handlungen vor dem Jahr 2006 stattgefunden.

Das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Retrozessionen birgt einigen Sprengstoff. Jedenfalls im Fall eines vielbeachteten Leitentscheides, wie es BGE 132 III 466 einer war, müssen professionelle Rechtsbetroffene die entsprechenden Konsequenzen ziehen und ihr Verhalten anpassen; sie dürfen nicht warten, bis weitere Urteile die letzten Details dieser Verhaltenspflichten ausbuchstabiert haben. Insofern ist davon auszugehen, dass auch die Banken sich in einem retrozessionsbezogenen Strafverfahren nicht ohne Weiteres auf die Position zurückziehen können, die sie betreffende Rechenschafts- und Herausgabepflicht sei erst im Jahr 2015 (BGE 138 III 755) festgelegt worden.

<sup>23</sup> BGer, 6B\_845/2014, SZW 2015 405 r27.

### Täuschung durch Schweigen

Eine klassische OR-Frage hatte das Bundesgericht im Fall des Verwalters einer costaricanischen Gesellschaft zu entscheiden, der die kreditgebende Bank nicht über die Schwierigkeiten der Gesellschaft mit den US-amerikanischen Behörden aufgeklärt hatte. Das Bundesgericht sieht darin eine Täuschung durch Schweigen und gewährt der Bank einen ausservertraglichen Anspruch gegen den Verwalter (r5).

### Haftung der Depotbank

Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung unterliegt die Bank bei Vorliegen einer externen Vermögensverwaltung nur im Ausnahmefall einer Informationspflicht gegenüber dem Kunden, weil dieser sich das Wissen des Vermögensverwalters anrechnen lassen muss. In der diesjährigen Berichtsperiode bejahte das Bundesgericht einen solchen Ausnahmefall. Der Vermögensverwalter hatte konsequent die Gewinne aus der Anlage seinem eigenen Konto gutschreiben und die Verluste dem Kundenkonto belasten lassen (r16).

### Zahlungsbefehl als Mahnung

Im heutigen Niedrigzinsumfeld und der tiefen Inflation sind Verzugszinsen von 5% ausserordentlich attraktiv, gerade auch bei älteren Forderungen. Der Verzug setzt eine Mahnung oder ein Verfalltagsgeschäft voraus (Art. 102 OR). Die Mahnung ist eine unmissverständliche Aufforderung zur Zahlung innerhalb einer bestimmten Frist. Ein Zahlungsbefehl stellt nach herrschender Lehre und Rechtsprechung eine Mahnung dar. Was aber gilt, wenn der Zahlungsbefehl mit dem Vermerk versehen ist, dass er zur Unterbrechung der Verjährung dient? Das Obergericht Zürich hat im SED-Fall (r3) entschieden, dass es diesfalls am notwendigen Imperativ für eine rechtswirksame Mahnung fehlt, weil die Gläubigerin damit klarstellt, dass keine Zahlung innerhalb der im Zahlungsbefehl vorgeschriebenen zwanzig Tage erfolgen soll. Das Bundesgericht widerspricht: Der blosser Vermerk, wonach die Betreibung der Unterbrechung der Verjährung dient, kann nicht gefolgert werden, die Klägerin verzichte auf die sich aus der Zustellung des Zahlungsbefehls ergebenden Rechtsfolgen – insbesondere auf die Verzugszinsen nach Art. 104 Abs. 1 OR.

### Vorfälligkeitsentschädigung und Negativzinsen

Im Zusammenhang mit einer Vorfälligkeitsentschädigung hatte das Bezirksgericht Zürich zu entscheiden, ob die aktuell geltenden Negativzinsen für die Berechnung des Wiederanlagesatzes berücksichtigt werden dürfen (r7). Es verneinte dies gestützt auf die entsprechende Vertragsklausel. Der Entscheid warf noch eine andere Frage auf: Die Vorfälligkeitsentschädigung qualifiziert als Wandelpön. Gemäss Bundesgericht unterliegt die Wandelpön nicht der richterlichen Herabsetzung gemäss Art. 163 Abs. 3 OR. In der Lehre ist dies umstritten. Das Bezirksgericht hat die Frage offengelassen.

### Garantieabruf, Abgrenzung Schuldübernahme und Bürgschaft

Keine neuen Erkenntnisse, aber immerhin neue Entscheide, sind im Bereich des Garantieabrufs zu verzeichnen. Die Hürden für die erfolgreiche Geltendmachung eines rechtsmissbräuchlichen Garantieabrufs bleiben hoch, die Schuldner waren hier – wie fast immer – nicht erfolgreich (r22).

Bestätigt wurde die Rechtsprechung sodann im Bereich der Abgrenzung von Schuldübernahme und Bürgschaft (r23). Abzustellen ist auf den Wortlaut und die Systematik, die hier klar für den Abschluss eines Bürgschaftsvertrages sprechen, auch wenn im konkreten Fall die Gesellschafter auch ein eigenes Interesse am Abschluss des Bürgschaftsvertrages gehabt haben.<sup>24</sup>

### Umfang der Sicherung bei Schuldbriefen, Pflichten bei der Verwertung

Vom Umfang der Sicherung bei Schuldbriefen handelt ein Entscheid des Bundesgerichts, das damit eine umstrittene Frage klärt. Gemäss Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB sind beim Schuldbrief nur die tatsächlich geschuldeten Zinsen pfandgesichert. Über die Frage, ob die «tatsächlich geschuldeten Zinsen» sich auf die Grundforderung oder auf die Schuldbriefforderung beziehen, gehen die Meinungen auseinander. Das Bundesgericht hat diesbezüglich nun Stellung bezogen. Die Zinsen dürfen nur zum vertraglichen Zinsfuss der Grundforderung verlangt werden. Auch dür-

<sup>24</sup> Abgrenzung in einem mietrechtlichen Fall: BGer, 4A\_524/2018 vom 8. Mai 2018 (Wortlaut und Eigeninteresse).

fen sie lediglich zur Deckung der Grundforderungszinsen verlangt werden und nicht der Deckung einer Kapitalforderung aus dem Grundverhältnis (r25).

Das Bundesgericht ruft sodann in einem Entscheid die Pflichten in Erinnerung, welche die Bank bei der freihändigen Verwertung von verpfändeten Wertschriften beachten muss: Sie hat bei der Verwertung die Regeln von Treu und Glauben einzuhalten und sie hat den Pfandbesteller von jedem vermeidbaren Schaden zu verschonen. Im vorliegenden Fall hat die Bank diese Pflichten allerdings eingehalten (r24).

### Lugano-Übereinkommen: Verbrauchergerichtsstand, Rechtswahlklauseln, Forum Running

In den vergangenen Berichtsperioden haben wir mehrfach über den Fall des Drogeriekönigs Müller berichtet, der an seinem deutschen Wohnsitz die Bank J. Safra Sarasin auf Schadenersatz über EUR 50 Mio. eingeklagt hat, die er aus dem Quasi-Totalverlust mit sogenannten Cum-Ex-Papieren erlitt.<sup>25</sup> Mittlerweile ist durch ein BGH-Urteil geklärt, dass Müller sich auf den zwingenden Verbrauchergerichtsstand gemäss Lugano-Übereinkommen (LugÜ) berufen kann.<sup>26</sup> Im Anschluss daran hat das Landgericht Ulm die Klage materiell beurteilt.<sup>27</sup> Es kam zum Schluss, dass gestützt auf die Rom I-Verordnung die Rechtswahlklausel zugunsten des schweizerischen Rechts nicht anwendbar ist. In Anwendung des deutschen Rechts entschied das Landgericht sodann, dass der Kläger unter anderem wegen fehlender Aufklärung über den Erhalt von Retrozessionen das Geschäft rückabwickeln kann. Müller konnte so die wertlosen Cum-Ex-Papiere gegen seine ursprüngliche Investition von rund EUR 50 Mio. tauschen. Das Oberlandesgericht Stuttgart hat das Urteil des Landgerichts Ulm nunmehr bestätigt, wenngleich mit einer anderen (Haupt-) Begründung: Die Bank Sarasin hat den Vertrag verletzt, weil sie die Cum-Ex-Papiere nicht mit dem banküblichen Sachverstand überprüft hat (r34).

Im Ergebnis veranschaulicht der Prozessverlauf im Streit Müller gegen Sarasin, dass auch vermögende EU-Kunden sich auf den zwingenden Verbrauchergerichtsstand an ihrem Wohnsitz berufen können (LugÜ) und dass die Klage sodann nach dem Recht

des Wohnsitzstaates beurteilt wird (Rom I-VO). Die Wirkung der üblichen Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln in den AGB der Schweizer Banken werden dadurch stark relativiert.

In der Schweiz hatte die Bank Sarasin versucht, den Prozess in Deutschland mittels Erhebung einer negativen Feststellungsklage in der Schweiz zu torpedieren. Das gelang ihr nicht, weil ihr Müller mit einer Klageerhebung in Deutschland zuvorgekommen war.<sup>28</sup> Im Zusammenhang mit der negativen Feststellungsklage gibt es aber andere Entwicklungen, die für die Banken beachtenswert sind. Das Bundesgericht hat in einem Fall betreffend die Swatch AG seine Rechtsprechung geändert und entschieden, dass im Anwendungsbereich des LugÜ das Interesse einer Partei, sich im Hinblick auf einen Rechtsstreit einen Gerichtsstand in der Schweiz zu sichern, ein genügendes Feststellungsinteresse zur Einleitung einer negativen Feststellungsklage begründet (r33). Schweizer Banken könnten daher versuchen, dem EU-Gerichtsstand (LugÜ) und dem als Folge davon anwendbaren strengeren EU-Recht in Anlagegeschäften (Rom I-VO) mit einer negativen Feststellungsklage zuzuvorkommen. Dabei ist aber zu beachten, dass der Verbrauchergerichtsstand nach LugÜ auch von den Schweizer Gerichten zwingend anzuwenden ist. Der Begriff des Verbrauchers ist zum Zweck der einheitlichen Anwendung des LugÜ zudem autonom auszulegen. Das Bundesgericht trägt dabei den massgeblichen Entscheidungen der Gerichte in anderen Ländern Rechnung.<sup>29</sup> Der mit dem Swatch-Entscheid des Bundesgerichts verbundene Hoffnungsschimmer sollte daher von der Finanzbranche nicht überschätzt werden. Bezüglich zweier Punkte bleibt aber der Swatch-Entscheid ein *game-changer*: Erstens trägt der Kunde im Feststellungsverfahren die Beweislast für den zwingenden Verbrauchergerichtsstand. Zweitens nimmt das Bundesgericht im Hinblick darauf, ob eine Ausrichtung der Tätigkeit auf den ausländischen Wohnsitzstaat des Kunden seitens der Bank vorliegt, eine vergleichsweise restriktive Haltung ein.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> SZW 2015 394 f., 410 f. r39, r40; SZW 2017 213 f., 242 r36; SZW 2018 186, r31.

<sup>26</sup> BGH XI ZR 223/15, in SZW 2017 242 r36.

<sup>27</sup> SZW 2018 186 f., 206 f. r31.

<sup>28</sup> SZW 2015 411 r40.

<sup>29</sup> BGE 123 III 414 E. 4 S. 421.

<sup>30</sup> Siehe zu beiden Punkten BGer, 4A\_27/2013, SZW 2013 333 r47, m.w.N.

## Lieferung von Personendaten an die US-Behörden

Auch in dieser Berichtsperiode ergingen Entscheide, in denen sich (ehemalige) Bankmitarbeitende, Anwältinnen und Vermögensverwalter erfolgreich dagegen wehrten, dass die Banken ihre Daten an das DOJ übermitteln. In der Westschweiz fielen in dieser Berichtsperiode zahlreiche superprovisorische und provisorische Verfügungen, die eine Übermittlung untersagten (**r43**). In der Deutschschweiz handelt es sich mittlerweile hauptsächlich um endgültige Verbote (**r44**, **r45**); vorsorgliche Massnahmenentscheide ergingen nur noch vereinzelt.<sup>31</sup> Wie in den Vorjahren<sup>32</sup> erachteten die Gerichte auch im Jahr 2018 den Ausnahmetatbestand von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG als nicht erfüllt: Zur Vermeidung der Eskalation des Steuerstreits sowie zur Wahrung der Reputation der Schweiz als verlässliche Verhandlungspartnerin ist die Datenübermittlung nicht unerlässlich.<sup>33</sup>

Noch nicht höchstrichterlich geklärt ist die Frage nach dem Verhältnis zwischen Arbeitsrecht und Datenschutzrecht. Art. 328b OR sieht vor, dass der Arbeitgeber Daten über den Arbeitnehmer nur bear-

beiten darf, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes. In der Lehre ist umstritten, ob Art. 328b OR eine zusätzliche Verschärfung des Datenschutzes im Arbeitsverhältnis oder bloss eine Verweisungsnorm auf das DSG darstellt. Während das Arbeitsgericht Zürich im Jahr 2016 noch für Ersteres plädierte und Datenübermittlungen gestützt auf Art. 328b OR verbot,<sup>34</sup> stellt sich das Obergericht Zürich nun auf den Standpunkt, dass Art. 328b OR keine selbständige Verbotsnorm darstelle (**r45**).<sup>35</sup> Ohnehin sei «Durchführung des Arbeitsvertrages» im Sinne von Art. 328b OR weit zu verstehen, sodass beispielsweise auch die Bekanntgabe der Personendaten eines *relationship managers* im US-Kundenbereich darunterfalle.<sup>36</sup>

Bisher spielten sich die Gerichtsfälle betreffend Datenlieferungen an die US-Behörden nur zwischen der betreffenden Bank einerseits und ihren (ehemaligen) Mitarbeitern sowie weiteren Dienstleistern andererseits ab. Neu ist, dass sich auch Bankkunden gegen die Datenbekanntgaben wehren – und Recht erhalten. Ein entsprechender Unterlassungsanspruch ergibt sich aus Sicht der Gerichte einerseits aus (nach-) vertraglicher Treuepflicht, aus der eine Geheimhaltungs- und Diskretionspflicht fliesst, und andererseits aus dem Datenschutz- und Persönlichkeitsrecht (**r46**).

In allen Fällen, in denen den Banken zivilrechtlich die Datenübermittlung verboten wurde, verfügten diese über eine Bewilligung im Sinne von Art. 271 StGB. Das Fehlen einer solchen Bewilligung führt zur Strafbarkeit, was der Verwaltungsrat einer Vermögensverwaltung erfahren musste, der sein Verhalten im Voraus von zwei Gutachtern hatte abklären lassen. Das Bundesgericht hat den Freispruch des Bundesstrafgerichts aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung nach Lugano geschickt (**r51**).<sup>37</sup>

<sup>31</sup> So ZH Handelsgericht, HE180208-O vom 10. Juli 2018; HE170476-O vom 26. Februar 2018; HE170477-O vom 26. Februar 2018.

<sup>32</sup> So bereits BGer, 4A\_83/2016 vom 22. September 2016, SZW 2017 245 f. r41, bestätigt u.a. in 4A\_73/2017 vom 26. Juli 2017, SZW 2018 210 f. r39; 4A\_250/2018 vom 1. Oktober 2018; BGer, 4A\_294/2018 =r43. Gleiche Argumentation beim Zürcher Handelsgericht, siehe z.B. ZH Handelsgericht, HG150229-O vom 8. Januar 2018 (rechtskräftig); HG150020-O vom 3. November 2017 (rechtskräftig); HG150022-O vom 24. November 2017 (rechtskräftig); HE180208-O vom 10. Juli 2018 (rechtskräftig); HG150018-O vom 1. September 2017 (rechtskräftig); HG160128-O vom 21. März 2018, zur Neuurteilung zurückgewiesen in BGer 4A\_250/2018=r47; HG160058-O vom 26. März 2018. Als Eventualbegründung aufgenommen vom Zürcher Obergericht, siehe z.B. ZH Obergericht, LB180001-O vom 12. April 2018 (rechtskräftig); LB180026-O vom 25. September 2018 (nicht rechtskräftig); LB 170035-O vom 31. Januar 2018 (rechtskräftig); LA180001-O vom 13. März 2018 (rechtskräftig); LA180018-O vom 3. Oktober 2018 (rechtskräftig).

<sup>33</sup> Anders zeitweise die Argumentation des Zürcher Obergerichts, wonach wonach es von vornherein am öffentlichen Interesse fehlt, wenn die Bank nicht systemrelevant ist. Siehe etwa ZH Obergericht, LB180001-O vom 12. April 2018 (rechtskräftig); LA180002-O/U vom 20. März 2018 (rechtskräftig). Ablehnend hinsichtlich dieser Begründung das Bundesgericht (BGer, 4A\_144/2018 vom 21. Januar 2019, E. 2.2).

<sup>34</sup> ZH Arbeitsgericht, AN150017-L vom 22. Januar 2016, besprochen in SZW 2/2017 247 r43.

<sup>35</sup> Ebenso ZH Obergericht, LA180001-O vom 13. März 2018 (rechtskräftig); LA180018-O vom 3. Oktober 2018 (nicht rechtskräftig).

<sup>36</sup> ZH Obergericht, LA180001-O vom 13. März 2018 (rechtskräftig); LA180018-O vom 3. Oktober 2018 (nicht rechtskräftig).

<sup>37</sup> Im Zusammenhang mit der Anfechtbarkeit einer Bewilligungsverlängerung i.S.v. Art. 271 StGB siehe auch BGer, 2C\_1156/2016 vom 29. Juni 2018; NZZ 20. Juli 2018, 24 (Betroffenen steht nur der Zivilweg offen).

Überhaupt scheinen die Gerichte darauf bedacht, im Guten wie im Schlechten auf die Massgeblichkeit des schweizerischen Rechts zu pochen. Das Bundesverwaltungsgericht hob das von der FINMA verhängte Berufsverbot gegen den CEO der Bank Frey auf. Die Bank hatte nach 2008 und bis ins Jahr 2012 weiterhin US-Kunden angenommen, ohne eine Steuerkonformitätsabklärung durchzuführen. Das Bundesverwaltungsgericht hält fest: Die Annahme unversteuerter Kundengelder ist im relevanten Zeitraum nicht untersagt gewesen, und es bestand insbesondere keine Pflicht, eine Steuerkonformitätsprüfung der Kunden vorzunehmen.<sup>38</sup>

### Verwendung gestohlener Bankdaten

Die Verwendung gestohlener Bankdaten hat sowohl im Zivilrecht als auch im Verwaltungsrecht zu Verfahren geführt.<sup>39</sup> Ursprünglich hatten die Gerichte die Steueramtshilfe gestützt auf solche Daten verweigert.<sup>40</sup> Nun erfolgt die Kehrtwende oder jedenfalls die Präzisierung: Die Verwendung von illegal erworbenen Daten verletzt gemäss Bundesgericht nicht *per se* den Grundsatz von Treu und Glauben, der gemäss Art. 7 lit. c des Steueramtshilfegesetzes die Amtshilfe verhindern würde.<sup>41</sup> Die Bestimmung bleibt immerhin anwendbar, wenn der Staat der Schweiz eine Zusage gegeben hat, dass er gestohlene Daten nicht für die Amtshilfe verwenden wird (**r 50**).<sup>42</sup>

<sup>38</sup> BVGE 2018 IV/4 (Abteilung II, X. gegen Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA); NZZ 2. Mai 2018, 24 (Herbe Niederlage für die FINMA); Zulauf, <[www.cdbf.ch/1006](http://www.cdbf.ch/1006)>.

<sup>39</sup> Im Zivilrecht: GE Cour de Justice, 27 mars 2015, ACJC/357/2015, SZW 2015 390, 413 r46. Im Verwaltungsrecht BGE 143 II 224 (Frankreich).

<sup>40</sup> BGE 143 II 224 (Frankreich). Siehe auch BStrGer, RR.2017.338 vom 17. Juli 2018 (betreffend Rechtshilfe), der festhält, dass der ersuchende Staat, der die in der Schweiz gestohlenen Bankdaten nicht direkt über den Daten-Dieb, sondern über den Staat, welcher die gestohlenen Daten dem Daten-Dieb abgenommen hat, erhält, und darauf ein Rechtshilfeersuchen an die Schweiz stellt, den Grundsatz von Treu und Glauben i.S.v. Art. 7 lit. c StAhiG verletzt; C. Hirsch, <[www.cdbf.ch/1039](http://www.cdbf.ch/1039)>.

<sup>41</sup> Siehe Art. 7 lit. c StAhiG, wonach auf ein Amtshilfeersuchen nicht einzutreten ist, wenn es den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt, insbesondere wenn es auf Informationen beruht, die durch Handlungen erlangt worden sind, die nach schweizerischem Recht strafbar sind.

<sup>42</sup> Gleiches Ergebnis in BGer, 2C\_819/2017 vom 2. August 2018.

## I. Bankgeschäfte – Activités bancaires

### 1. Vollmacht, Legitimation – Procuracy, légitimation

**r1 Défait de légitimation. Banque restante. Violation du devoir de diligence de la cliente (oui). Legitimationsmangel. Banklagernd-Klausel. Sorgfaltpflichtverletzung der Kundin (ja).**

Mandat de gestion discrétionnaire confié à une banque et exercé par un directeur. Ce dernier quitte la banque et devient gérant de fortune indépendant. La cliente lui confie alors le mandat de gestion. Le gérant commet cinq détournements en falsifiant la signature de la cliente pour un total de EUR 1.3 mio. La cliente ne consulte pas son courrier conservé banque restante. Sur renvoi du TF (RSDA 2018 191 r1), le Tribunal cantonal (TC) a jugé que la cliente n'a pas commis de faute en ne relevant pas pendant plus de quatre ans son courrier adressé en banque restante. Recours admis par le TF et nouveau renvoi à la juridiction cantonale.

**1.** Rappel des principes applicables aux clauses de banque restante et de «réclamation». – **2.** Les règles de la bonne foi imposent au client une obligation de diligence relativement à l'examen des communications reçues de la banque et à la contestation des écritures qui lui paraissent irrégulières ou infondées. – **3.** En l'espèce, la cliente s'est contentée de rendre visite à son gérant de fortune indépendant mais n'a pas prélevé son courrier en banque restante pendant quatre ans. Partant, elle a violé son devoir de diligence qui lui imposait de relever ce courrier afin, le cas échéant, de pouvoir contester les opérations irrégulières ou infondées. – **4.** Le TF admet le recours de la banque et renvoie la cause au TC qui devra examiner si, en relevant son courrier, la cliente aurait pu se rendre compte du premier ordre falsifié. Si tel est le cas, le tribunal cantonal devra également peser les fautes respectives de la cliente et de la banque qui n'a pas vérifié les ordres inhabituels auprès de sa cliente.

TF, 4A\_119/2018 du 7 janvier 2019 (I<sup>re</sup> Cour de droit civil, Z. SA contre X.). **Fait suite à** TF, 4A\_379/2016 du 15 juin 2017, RSDA 2018 191 r1. **Recension:** C. Hirsch <[www.cdbf.ch/1051/](http://www.cdbf.ch/1051/)>; Schneuwly, *ius.focus* 3/2019 Nr. 62; Geissbühler, *Jusletter* 1. April 2019.

**r2 Défaute de légitimation. Messagerie électronique piratée. Fardeau de la preuve. Responsabilité de la banque (non). Legitimationsmangel. Gehacktes E-Mail-Konto. Beweislast. Haftung der Bank (nein).**

Une société et sa filiale sont titulaires de comptes auprès de la même banque. Les contrats contiennent une clause de décharge autorisant la banque à exécuter les ordres donnés par un moyen de télécommunication convenu. Les deux sociétés envoient des ordres de paiement à la banque par e-mail. Deux ordres donnés par e-mails et exécutés par la banque sont contestés en raison d'un prétendu piratage de l'adresse électronique. Malgré une demande de la banque, la société ne lui remet pas de déclaration confirmant l'absence de lien entre elle et la titulaire du compte récipiendaire. La société dépose une action devant les tribunaux genevois en concluant au paiement des montants transférés en exécution des ordres litigieux. Le Tribunal de première instance rejette la demande notamment pour le motif que la preuve du piratage de l'adresse électronique n'a pas été apportée, rejet confirmé par la Cour de justice genevoise et par le TF.

1. Lorsqu'elle exécute les instructions d'un tiers non autorisé ou d'un représentant qui sort du cadre de sa procuration, la banque agit sans mandat du client et n'a pas de créance en remboursement. Toutefois, les contrats bancaires contiennent fréquemment une clause de transfert de risque, laquelle est valable dans les limites prévues aux art. 100 et 101 al. 3 CO. – 2. Rappel des vérifications à opérer par la banque quant à l'authenticité des ordres qui lui sont adressés. – 3. S'il est avéré que la banque a agi sur la base d'ordres transmis et vérifiés conformément aux modalités convenues, il incombe au client de prouver qu'un tiers a usurpé d'une manière ou d'une autre son identité ou le moyen de télécommunication utilisé. En l'espèce, le TF considère que la banque a respecté les modalités convenues. Il incombe dès lors à la société de prouver ses allégations selon lesquelles sa messagerie a été piratée. – 4. La société n'a ni entamé des démarches pour identifier les auteurs du piratage, par exemple en saisissant les autorités pénales coréennes, ni produit des éléments de preuve attestant la prétendue utilisation frauduleuse de sa messagerie électronique, alors que, de son côté, la banque a déposé plainte pénale en Corée et en Suisse. La fraude invoquée n'a dès lors pas été prouvée.

TF, 4A\_81/2018 du 29 mai 2018 (I<sup>re</sup> Cour de droit civil, A. SA contre Z. SA.) *Recensions*: Stoyanova, <www.cdbf.ch/1024/>; Stohwasser, *ius.focus* 9/2018 Nr. 221.

**r3 Legitimationsmangel. SED-Gelder. Treuhänderische Verwaltung. Erfüllungsanspruch gegen die Bank. Défaute de légitimation. Parti socialiste unifié d'Allemagne. Administration fiduciare. Demande en paiement contre la banque.**

Die Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (BvS) klagt gegen die Bank auf Herausgabe von über CHF 100 Mio. Sie macht geltend, die Abzüge von Konten der E. Handelsgesellschaft [Novum GmbH] seien ab dem 1. Juni 1990 ohne die Zustimmung der BvS und damit unautorisiert erfolgt. Gemäss § 20b Parteiengesetz DDR wurde per 1. Juni 1990 das DDR-Parteivermögen der BvS (bzw. deren Vorgängerin) zur treuhänderischen Verwaltung übergeben, ebenso wurden Vermögensveränderungen an diesem Vermögen untersagt. Das Bezirksgericht Zürich hat die Klage abgewiesen: Die Bank habe keinen Anlass gehabt, an der Verfügungsbefugnis der Handelsgesellschaft E. bzw. deren Geschäftsführerin (Frau D.) zu zweifeln. Das Obergericht Zürich widerspricht in der Sache, hingegen urteilt es, dass die Forderung aufgrund eines Vergleichs zwischen Frau D. und der Klägerin getilgt ist. Das Bundesgericht bestätigt das Urteil des Obergerichts im Hinblick auf den Legitimationsmangel. Hingegen sieht es im Vergleich keine Tilgungswirkung und weist den Entscheid zur neuen Beurteilung an das Obergericht zurück.

1. Die Bank kann sich nicht auf ihren guten Glauben bezüglich der Vertretungsbefugnis von Frau D. [Rudolphine Steindling] berufen, weil konkret geldwäschereverdächtige Transaktionen ausgeführt wurden. Das betrifft nicht erst den Zeitpunkt der Barauszahlung in Höhe von DM 20 Mio., sondern bereits den vorher erfolgten Zufluss von rund DM 67 Mio. auf das Konto der E. Handelsgesellschaft [Novum GmbH]. Die Zahlung stammte von der in Ostberlin ansässigen Deutschen Aussenhandelsbank; die Erklärung der Geschäftsführerin, es handle sich um die Rückzahlung eines Darlehens der DDR an die Kommunistische Partei Österreichs, hätte angesichts der epochalen Umwälzungen in den 1990er-Jahren Zweifel an der Kontoberechtigung der Geschäftsführerin wecken müssen, zumal das Konto nicht auf die KPÖ, sondern auf die E. Handelsgesellschaft lautete. Für die Abverfügungen ab dem 11. Juni 1990 schuldet die Bank daher Ersatz. – 2. Die Klägerin macht Verzugszinsen ab dem Zahlungsbefehl vom 3. Oktober 1994

geltend. Der Zahlungsbefehl enthält die Bemerkung, dass die Betreibung zur Unterbrechung der Verjährung diene. Das Obergericht hat dem Zahlungsbefehl zu Unrecht die Mahnwirkung aberkannt. Die beklagte Bank konnte nicht davon ausgehen, dass sie trotz amtlicher Zahlungsaufforderung nicht in Verzug gesetzt wurde und entsprechend keine Verzugszinsen schulden würde. Das gilt umso mehr, als die Klägerin auf den fraglichen Beträgen ausdrücklich Verzugszins zu 5% verlangte. – **3.** Die Klägerin hat Frau D. erfolgreich vor dem Bezirksgericht Zürich auf Schadenersatz belangt. Die Klage betraf unbefugte Abverfügungen bei mehreren Banken, unter anderem der Rechtsvorgängerin der hier beklagten Bank. Das Urteil erfolgte in Prosequierung eines Arrests in Höhe von EUR 106 Mio. Frau D. und die Klägerin schlossen einen Vergleich, wonach der verarrestierte Betrag an die Klägerin fliessen sollte. Fraglich ist, ob mit der Vergleichszahlung von Frau D. die Ansprüche der Klägerin gegen die Bank erloschen sind, weil darin eine Erfüllung für einen Dritten (Art. 68 OR) zu sehen ist. Das Obergericht hat dies zu Unrecht bejaht. Aus dem Vergleich lässt sich nicht ableiten, dass Frau D. mit der Zahlung nicht eine eigene Schuld, sondern eine Verbindlichkeit der Bank begleichen wollte. – **4.** Ob allenfalls andere Gründe zum Untergang des eingeklagten Anspruchs führen, hat das Obergericht nicht geprüft. Insbesondere hat es nicht geprüft, ob Anspruchskonkurrenz in dem Sinne bestand, als die vergleichsweise Zahlung von EUR 106 Mio. gegebenenfalls ganz oder teilweise zum Erlöschen des vertraglichen Anspruchs der Klägerin führte (vgl. Art. 147 Abs. 1 OR), oder ob eine Anrechnung nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) geboten wäre. Es fehlen die tatsächlichen Feststellungen, um dies zu beurteilen, weshalb die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

BGer, 4A\_302/2018 vom 17. Januar 2019. Gleiche Streitsache in BGer 4A\_242/2015 vom 19. August 2015, SZW 2012 r1 (sachliche Zuständigkeit). **Vorinstanzen:** ZH Bezirksgericht, CG140080-L/U vom 7. Dezember 2016, SZW 2017 222, 226 r3; ZH Obergericht, LB170004-O/U vom 18. April 2018. Für die SED-Gelder siehe schon BGer, 4A\_242/2015 vom 19. August 2015, SZW 2016 212 r1 und BGer, 4A\_258/2012 vom 8. April 2013, SZW 2013 315 f. r2. **Besprechung:** NZZ 7. Februar 2019, 24 (Bundesgericht entscheidet gegen Bank Julius Bär); L. Hirsch, <www.cdbf.ch/1049>.

#### **r4 Kontoinhaber. Wirtschaftliche Berechtigung. Titulaire du compte. Ayant droit économique.**

Das Ehepaar unterzeichnet 2016 eine Erklärung, wonach beide am 2001 auf den Namen der Ehefrau lautenden Konto wirtschaftlich berechtigt sind und dass das Konto nur aus Zweckmässigkeitsgründen auf den Namen der Ehefrau lautet. Das Paar lässt sich in Israel scheiden. Die Bank verneint die Verfügungsbeziehung der Ehefrau und verweigert eine Kontoabhebung. Das Bezirksgericht heisst die Klage der Ehefrau gut, das Obergericht bestätigt den Entscheid. **1.** Die bloss wirtschaftliche Berechtigung des Beschwerdeführers an einem Teil des Guthabens ändert nichts daran, dass die Beschwerdegegnerin als einzige Kontoinhaberin und damit alleinige Vertragspartnerin der Bank allein über das Konto und dessen Guthaben verfügen darf. Hinzuweisen ist sodann darauf, dass nicht nur der Beschwerdeführer, sondern auch die Beschwerdegegnerin als wirtschaftlich Berechtigte bezeichnet werden. – **2.** Auch wenn die Beschwerdegegnerin einen Teil des sich aus dem Kontovertrag ergebenden obligatorischen Anspruchs auf Rücküberweisung der hinterlegten Summe fiduziarisch für den Beschwerdeführer hat, räumt dies dem Beschwerdeführer weder eine Stellung als Vertragspartei noch eine Verfügungsmacht über das Konto ein. Treuhandverträge zeichnen sich gerade dadurch aus, dass der Treuhänder bei Verträgen mit Dritten alleiniger Vertragspartner ist. Für die Bank sind die Interessen des wirtschaftlich Berechtigten Beschwerdeführers nicht beachtlich.

ZH Obergericht, PF180010-O/U vom 23. März 2018 (A., B., AG gegen C., rechtskräftig).

## **2. Kredite – Crédits**

#### **r5 Relation précontractuelle. Crédits. Dol. Obligation de renseigner. Vorvertragliches Rechtsverhältnis. Kredite. Arglistige Täuschung. Aufklärungspflicht.**

Titulaire d'une procuration, le mandataire d'une société du Costa Rica est mandaté pour ouvrir pour elle une relation bancaire. Après avoir informé la banque que la société gérait la fortune d'un «club d'investissement privé», la banque accepte la relation bancaire mais la place «sous surveillance». Le gestionnaire obtient pour le compte de la société plusieurs crédits qu'il fait virer en grande partie sur le compte d'une société dont il est l'ayant droit économique. Parallèlement, le gestionnaire obtient plusieurs crédits qu'il

fait virer auprès d'une autre banque. La banque découvre ensuite que la société est impliquée dans une vaste fraude. Elle dénonce immédiatement tous les crédits puis actionne le mandataire en remboursement du solde débiteur du prêt qu'elle lui a accordé, du solde débiteur du prêt octroyé à la société ainsi que des frais de défense supportés par la banque en Suisse et aux Etats-Unis. Le Tribunal de première instance et la Cour de justice genevoise retiennent un comportement dolosif de la part du gestionnaire. Ils réduisent toutefois le montant alloué à la banque d'un tiers en raison de sa faute concomitante. Recours rejeté par le TF.

**1.** Rappel de la conception objective de l'illicéité: distinction entre l'illicéité de résultat et l'illicéité de comportement. L'art. 28 CO (dol) constitue manifestement un acte illicite. – **2.** Le fait de se taire, alors qu'on est soumis à une obligation de renseigner, constitue un dol. Une obligation de renseigner existe notamment dans le cadre de pourparlers contractuels. – **3.** En l'espèce, le gestionnaire a sciemment induit en erreur la banque sur plusieurs points essentiels, notamment en ne l'informant pas des problèmes juridiques et réglementaires que la société rencontrait avec les autorités américaines. Il a également dissimulé ces faits lors de l'octroi des crédits. Dès lors, le gestionnaire a péché par omission alors qu'il avait une obligation juridique de renseigner dans le cadre des pourparlers et au cours de la relation. – **4.** Rappel des principes applicables à la preuve facilitée prévue par l'art. 42 al. 2 CO. – **5.** Critiques insuffisantes du gestionnaire quant à la prétendue faute exclusive de la banque.

TF, 4A\_285/2017 du 3 avril 2018 (1<sup>re</sup> Cour de droit civil, X. contre Banque Z.). *Recensions*: Béguin, <www.cdbf.ch/1007/>; Vischer, PJA 2018 908.

**r6** Kreditvertrag. Erhöhung der Zinssätze gestützt auf Bank-AGB oder auf den Kreditvertrag (nein). Still-schweigende Saldoanerkennung (ja). *Contrat de crédit. Augmentation du taux d'intérêt fondé sur les conditions générales ou sur le contrat de crédit (non). Reconnaissance tacite de solde (oui).*

Zwischen der Bank und dem beklagten Architekturbüro bestand ein Kreditvertrag. Die Bank erhöhte im Jahr 2010 gestützt auf die AGB die Zinssätze auf 8%. Später kündigte die Bank den Kredit. Streitig war unter anderem die Zulässigkeit der Erhöhung der Zinssätze. Das Handelsgericht Aargau hatte der Beklagten teilweise recht gegeben: Die Bank konnte sich für die Zinserhöhung nicht auf die Bank-AGB oder den Kreditvertrag stützen. Hingegen bejahte das Handelsgericht die erhöhten Zinssätze im Rahmen der jeweiligen Saldoanerkennungen. Das Bundesgericht weist die Be-

schwerde der Beklagten, die insbesondere willkürliche Sachverhaltsfeststellungen rügte, vollumfänglich ab.

BGer, 4A\_633/2017 vom 23. Mai 2018 (I. zivilrechtliche Abteilung, A.\_AG gegen B.\_Bank AG). *Vorinstanz*: AG Handelsgericht, HOR.2017.4/as/mv vom 30. Oktober 2017, SZW 2018 194 r6.

**r7** Hypothekendarlehen. Vorfälligkeitsentschädigung. Negativzinsen. *Crédit hypothécaire. Indemnité de résiliation anticipée. Taux d'intérêt négatif.*

Der Kunde zahlte sein Hypothekendarlehen vorzeitig zurück, woraufhin die Bank eine Vorfälligkeitsentschädigung von seinem Konto abbuchte. Streitig ist, ob überhaupt eine Vorfälligkeitsentschädigung geschuldet ist, und wenn ja, in welcher Höhe. Hinsichtlich der Berechnung ist strittig, ob die Bank einen Negativzinssatz als Wiederanlagesatz berücksichtigen darf. Das Gericht heisst die Klage teilweise gut.

**1.** Da eine Vorfälligkeitsentschädigung als Wandelpön zu qualifizieren ist, ist sie unabhängig vom Vorliegen eines Schadens geschuldet. – **2.** Die Bank unterliegt keiner Schadenminderungspflicht. Es steht ihr frei, wie sie das vorfällig erhaltene Geld tatsächlich verwendet. – **3.** Die Auslegung des Vertrages ergibt, dass Negativzinsen bei der Berechnung des Wiederanlagesatzes nicht hätten berücksichtigt werden dürfen. Die zur Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung verwendete Formel stimmt allerdings mit dem Rahmenvertrag überein. – **4.** Da vorliegend die Vorfälligkeitsentschädigung die Summe der bis zum ordentlichen Vertragsende ausstehenden Zinsen nicht übersteigt, kann offenbleiben, ob die Wandelpön der Herabsetzung gemäss Art. 163 Abs. 3 OR unterliegt.

ZH Bezirksgericht, FV180107-L/U vom 28. September 2018 (I. Abteilung, Einzelgericht, A. gegen B. [Bank]), ZR 117/2018 260. *Besprechung*: Haberbeck, Jusletter 1. April 2019.

**r8** Zession. Genügende Bestimmtheit der Forderung (ja). *Cession. Déterminabilité suffisante de la créance (oui).*

**1.** Formbedürftige Rechtsgeschäfte sind – gleich wie formfreie Rechtsgeschäfte – nach dem tatsächlichen respektive mutmasslichen Parteiwillen auszulegen. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass zwischen der Zedentin und der Zessionarin ein Konsens darüber bestand, wer Schuldner der abzutretenden Forderungen ist. – **2.** Steht der Vertragsinhalt fest, ist bei formbedürftigen Verträgen in einem weiteren Schritt zu beurteilen, ob der Inhalt in der gesetzlich vorgeschriebenen Form hinreichend zum Ausdruck gebracht worden ist. Für die Individualisierung der Forderung wird verlangt, dass die abzutretende Forderung hinsichtlich der Person des *debitor cessus*, Rechtsgrund und Höhe hinreichend bestimmt wird oder wenigstens bestimmbar ist. – **3.** Die irrtümliche Bezeichnung des *debitor cessus* stellt keinen die Nichtigkeit der Zession begründenden Verstoß

gegen Art. 165 OR dar, wenn der Wortlaut der Abtretungsurkunde die abgetretenen Forderungen zweifellos zu identifizieren erlaubt. Vorliegend war klar ersichtlich, welche Forderungen abgetreten wurden, da der Rechtsgrund sowie die Höhe der Forderungen genau bestimmt und alle Beteiligten mit Ausnahme des debitor cessus richtig bezeichnet wurden.

*BGer, 4A\_172/2018 vom 13. September 2018 (A. AG gegen B.). Besprechung: Schleger/Galli/Vischer, dRSK, publiziert am 18. März 2019.*

### 3. Zahlungen – Paiements

**r9 Avance de frais judiciaire. Moment du paiement. Virement international. Gerichtskostenvorschuss. Zeitpunkt der Bezahlung. Internationale Überweisung.**

Paiement d'une avance de frais par un ordre de virement avec l'indication correcte du numéro de compte et de l'IBAN du destinataire, mais une erreur se glisse dans la désignation du bénéficiaire (*SwissPost* au lien de *Bundesverwaltungsgericht*). Le montant est débité du compte du donneur d'ordre, mais pas crédité au compte du Tribunal administratif fédéral. Le TAF déclare le recours irrecevable, décision annulée par le TF.

1. Le moment déterminant pour constater l'observation ou l'inobservation du délai est celui auquel l'ordre de paiement en faveur de l'autorité a été débité en Suisse du compte postal ou bancaire du recourant ou de son mandataire, ou la somme versée à La Poste Suisse (cf. art. 21 al. 2 PA). Le fait que la somme n'a pas été créditée dans le délai imparti sur le compte de la juridiction concernée n'est pas décisif si le montant requis a effectivement été débité du compte bancaire du recourant ou de son mandataire avant l'échéance du délai prévu – 2. En l'espèce, l'avance de frais requise a bel et bien été débitée du compte bancaire du recourant. La seule erreur commise par ce dernier et/ou par la banque, à savoir indiquer un destinataire incorrect, est excusable. PostFinance aurait d'ailleurs dû se douter du destinataire réel du versement.

*TF, 9C\_101/2018 du 21 juin 2018 II<sup>e</sup> Cour de droit social, A contre Office de l'assurance-invalidité pour les assurés résidant à l'étranger.*

## II. Anlagegeschäfte – Services d'investissement

**r10 Execution-Only-Verhältnis. Unautorisierte Transaktionen. Zustellungs- und Genehmigungsfiktion. Rapport execution-only. Transactions non autorisées. Fiction de réception et de ratification.**

Kontoeröffnung der Klägerin (Anstalt mit Sitz in Vaduz) im November 2007 bei Bank B. AG in Zürich. Execution-Only-Verhältnis. Kontostand im August 2008: ca. EUR 2,3 Mio. Betreut wird das Konto namentlich von Kundenberater I. Dieser wechselt ungefähr im Februar 2009 zur J. AG. Die Klägerin lässt die Konten bei der Bank B. AG saldieren und die Guthaben an die J. AG überweisen. Der Wert beträgt ca. EUR 1,3 Mio. Die Klägerin reicht im März 2016 Klage gegen die Bank B. AG ein. Sie macht unautorisierte Transaktionen im Zeitraum zwischen Oktober 2008 und Anfang März 2009 geltend, die zu Verlusten von rund EUR 1 Mio. geführt haben. Es stellt sich die Frage, ob die in den AGB statuierte Zustell- und Genehmigungsfiktion zum Tragen kommt.

1. Es spricht Vieles dafür, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Zustell- und Genehmigungsfiktion auch auf Fälle der direkten Zustellung der Bankkorrespondenz an die Bankkundin anwendbar ist. – 2. Die Klägerin äusserte im Mai 2008 den Wunsch, die Bankunterlagen seien an ihre Zustelladresse (und nicht banklagernd) zuzustellen. Falls sie nun vorträgt, sie habe während der gesamten Dauer der Bankbeziehung keine Unterlagen von der Bank erhalten, so kann sie daraus keine fehlende Zustellung ableiten. Sie hätte bei der Bank vorstellig werden müssen. Da sie dies nicht tat, greift die in den AGB vereinbarte Zustellfiktion. – 3. Die Voraussetzungen für die vereinbarte Genehmigungsfiktion sind erfüllt: Die Transaktionen waren aus den Bankunterlagen ersichtlich, ein Widerspruch war der Klägerin zumutbar und möglich, und es erfolgte kein fristgerechter Widerspruch. – 4. Die Geltungsausnahmen der Zustell- und Genehmigungsfiktion kommen vorliegend nicht zur Anwendung. Dazu müssten sie zu einem unbilligen Ergebnis führen bzw. die Berufung der Bank auf die Klauseln müsste rechtsmissbräuchlich erscheinen. Relevant ist hier insbesondere der Fall, in dem die Bank um die Nichtgenehmigung der Transaktion wusste. Das ist hier aber nicht erstellt. Vor dem Hintergrund des Execution-only-Verhältnisses musste die Bank ohne gegenteilige ausdrückliche Weisung der Kundin nicht erkennen, dass die umstrittenen

Transaktionen unerwünscht waren. Wenn die Kundin in den Bankauszügen Transaktionen findet, die sie nicht in Auftrag gegeben hat, darf sie nicht passiv bleiben und erst mehrere Jahre später sämtliche angeblich nicht autorisierten Transaktionen beanstanden.

ZH Handelsgericht, HG160052-O vom 5. Dezember 2017 (A. Holding Establishment v. B. AG, rechtskräftig).

**r11** Gestion de fortune tacite. Banque restante et fiction de réception. Clause de réclamation et fiction de ratification. Responsabilité de la banque (non). Stillschweigende Vermögensverwaltung. Banklagernd-Klausel und Zustellfiktion. Widerspruchsklausel und Genehmigungsfiktion. (Keine) Haftung der Bank.

Un client canadien ouvre plusieurs comptes bancaires. Le contrat et les conditions générales comprennent une clause de banque restante ainsi qu'une clause de réclamation. Un litige naît au sujet de deux objets: des achats d'actions d'une société opérées sans instruction et l'achat sans instruction de l'intégralité des actions d'une société dont le principal actif est une villa sise dans le canton de Vaud. Concernant le premier objet, le client ne formule sa réclamation qu'au mois de mai 2011 contre les achats effectués entre septembre 2008 et octobre 2009. Pour le second, le client indique par écrit renoncer à toute prétention contre la banque, déclaration qu'il déclare ensuite invalider car elle a été émise sous l'emprise d'une crainte fondée. Action intégralement rejetée par la Cour de justice de Genève. Rejet du recours par le TF.

1. La question de la qualification du contrat conclu entre les parties peut demeurer ouverte. En effet, les clauses de banque restante et de réclamation sont applicables, quel que soit le type de contrat conclu. – 2. Rappel didactique de l'application de la clause de banque restante et de la clause de réclamation ainsi que de leurs limites en raison de l'abus de droit. – 3. Pour le premier objet, le TF considère que la clause de banque restante est inapplicable car la banque s'est écartée intentionnellement de la stratégie suivie et des instructions du client. – 4. Analyse, dans un deuxième temps, de l'application de la fiction de ratification découlant de la clause de réclamation. Malgré l'invalidité de la clause banque restante pour le premier objet, le client a effectivement reçu, lors de ses visites semestrielles, les informations pertinentes concernant les achats d'actions litigieux. De plus, le client disposait des connaissances suffisantes pour en

appréhender leur portée. La clause de réclamation s'applique: le client aurait dû contester ces achats sans retard, ce qu'il n'a pas fait. – 5. Concernant le second objet, comme la motivation principale du client pour renoncer à ses prétentions était de protéger le collaborateur de la banque, cette renonciation n'est pas entachée d'une crainte fondée.

TF, 4A\_471/2017 du 3 septembre 2018 (I<sup>re</sup> Cour de droit civil, X. contre Z. SA). Recension: C. Hirsch, <www.cdbf.ch/1028/>.

**r12** Anlageberatung. Zustell- und Genehmigungsfiktion. Conseil en placement. Fiction de réception et fiction de ratification.

Eine Gesellschaft mit Sitz auf Dominica verlangt von ihrer Bank den Ersatz für Verluste aufgrund nicht autorisierter Transaktionen.

1. Die Parteien haben gültig eine Zustellfiktion vereinbart. Damit gelten sämtliche Konto- und Transaktionsbelege als der Klägerin an dem Datum zugestellt, mit welchem sie datiert sind. – 2. Sämtliche von der Klägerin beanstandeten Transaktionen gelten aufgrund der Genehmigungsfiktion als genehmigt. – 3. Die Genehmigungsfiktion gilt ausnahmsweise nicht, wenn sie nach den Umständen des Falles zu einem unbilligen Ergebnis führt bzw. als rechtsmissbräuchlich erscheint. Dies ist hier nicht der Fall. Es wurden über längere Zeiträume diverse gleichartige Transaktionen vorgenommen, welche die Klägerin nicht beanstandet hat, solange keine (erheblichen) Verluste eingetreten waren.

ZH Handelsgericht, HG150277-O vom 20. Juni 2018 (A. Ltd. gegen B. SA, rechtskräftig).

**r13** Gestion de fortune. Clause de ratification. Approbation sans réserve. Fardeau de la preuve. Vermögensverwaltung. Genehmigungsklausel. Vorbehaltlose Annahme. Beweislast.

Un client dépose EUR 31 millions auprès d'une banque à Genève et en confie la gestion à une société néerlandaise. Le client, insatisfait de la gestion de ses avoirs, résilie le mandat de gestion et ouvre action contre la société à Genève. Le tribunal ordonne une expertise judiciaire puis rejette la demande. La Cour de justice admet l'appel et renvoie la cause en première instance à cause de graves défauts entachant l'expertise judiciaire. Le TF rejette le recours de la société qui invoque l'accord explicite du client aux placements contestés.

1. Rappel, dans un *obiter dictum*, des principes applicables aux clauses d'acceptation tacite des opérations

bancaires. Le gérant ne peut notamment pas se prévaloir de cette clause s'il s'est écarté des instructions reçues sans le signaler de manière adéquate à son client. En l'espèce, les parties ne sont pas convenues d'une clause d'acceptation tacite. – 2. En l'absence d'une clause d'acceptation tacite, l'approbation sans réserve des opérations du gérant entraîne un « déplacement du fardeau de la preuve, en ce sens qu'il n'incombe pas au gérant de prouver la bonne exécution du mandat de gestion, selon le régime ordinaire, mais au contraire au client de prouver l'inexécution ou la mauvaise exécution de ce mandat » (consid. 8). – 3. Ainsi, l'approbation tacite par le client ne permet pas de conclure au rejet de l'action mais entraîne, tout au plus, ce « déplacement du fardeau de la preuve ».

TF, 4A\_106/2018 du 10 septembre 2018 (1<sup>re</sup> Cour de droit civil, X B.V. contre Z).

**r14** Gestion de fortune. Renonciation temporaire à la commission de gestion. Remboursement des commissions perçues sans droit. Prescription. Vermögenverwaltung. Übergangsweiser Verzicht auf die Verwaltungskommissionen. Rückerstattung der rechtsgrundlos erhobenen Kommissionen. Verjährung.

Contrat de gestion fortune. Pertes sur portefeuille, réclamation du client, conclusion d'un avenant par laquelle la société de gestion suspend la commission de gestion « jusqu'à revenir à la valeur initiale » et renonce à la commission de performance. Diverses commissions sont toutefois prélevées et des rétrocessions sont reçues. Action du client contre la société de gestion en remboursement des commissions, admise en première instance et confirmée par le Tribunal cantonal.

1. La société soutient que le client a été informé des commissions; sa créance en restitution de l'enrichissement illégitime serait ainsi prescrite. Le TC considère qu'il s'agit d'un fait positif à la charge de la société. Or, la société n'a pas apporté une preuve stricte de la connaissance du client des commissions prélevées. – 2. La société conteste avoir été valablement représentée lors de la conclusion de l'avenant. Rappel des règles applicables à la représentation (art. 32 ss CO). En l'espèce, l'art. 33 al. 3 CO s'applique: les pouvoirs ont été portés par la société à la connaissance du client, leur étendue est donc déterminée envers ce dernier par les termes de la communication qui lui a été faite. – 3. Interprétation de l'avenant: les parties sont bel et bien convenues de suspendre les commissions de gestion jusqu'à ce que le compte revienne à sa valeur initiale. La société doit donc restituer les commissions qu'elle a prélevées sans droit.

VD Tribunal cantonal, HC/2018/854 du 27 septembre 2018 (Cour d'appel civile, G. contre I. SA).

**r15** Anlageberatungsvertrag. Keine Verletzung der Aufklärungspflicht im Zusammenhang mit der Aufhebung des Euro-Mindestkurses durch die SNB. Conseil en placement. Pas de violation du devoir d'information concernant l'abandon du cours plancher EUR/CH par la BNS.

Bankkunde A. tätigte ab dem Jahr 2010 Devisentermingeschäfte «over the counter» (OTC), deren Anzahl bis ins Jahr 2014 stetig anstieg. Die Geschäfte waren teilweise verlust-, teilweise gewinnträchtig. Im Dezember 2014 kaufte A. per 20. Januar 2015 unter anderem EUR 20 Mio. Als die Schweizerische Nationalbank (SNB) am 15. Januar 2015 den Euro-Mindestkurs aufgab, resultierte für A. ein hoher Verlust. Er klagt auf Schadenersatz wegen angeblicher Pflichtverletzung seitens der Bank B. AG. Das Handelsgericht Zürich weist die Klage ab, das Bundesgericht bestätigt das Urteil.

Der Kläger bringt erfolglos vor, ihm habe die notwendige Sach- und Fachkunde für die fraglichen Börsentransaktionen gefehlt und die Beklagte habe ihn nicht aufgeklärt oder gewarnt. In den vorangehenden Jahren hatte A. eine Vielzahl der streitgegenständlichen Transaktionen abgewickelt, zudem führte er ein international tätiges Unternehmen mit komplexer Firmenstruktur. Sodann hatte er mehrfach durch Unterschrift bekräftigt, dass er die Risiken in Bezug auf die Vermögensanlage kenne und sich schliesslich sogar als professionellen Anleger einstufen lassen. Entsprechend fehlte es ihm nicht an notwendiger Sach- und Fachkunde, und der Bank ist keine Aufklärungspflichtverletzung vorzuwerfen. Selbst wenn man vom Gegenteil ausgeht, wäre der Mangel durch die diversen, später getätigten Transaktionen geheilt worden. Es widerspricht dem Vertrauensprinzip, wenn der Kläger – nachdem er seit Jahren mit den streitgegenständlichen Devisengeschäften handelte und sich dabei als sach- und fachkundig ausgab – der Bank erst dann eine Aufklärungspflichtverletzung vorwirft, wenn nach einem unvorhersehbaren Ereignis erhebliche Verluste eintreten.

ZH Handelsgericht, HG150201-O vom 16. März 2018 (A. gegen B. AG). Bestätigt durch BGer, 4A\_248/2018 vom 12. September 2018 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen B. Bank AG). Zur Aufhebung des Euro-Mindestkurses siehe auch SZW 2/2018 S. 198 r13. **Besprechung:** Baumgartner/von der Crone, SZW 2019 68 ff.

**r15a** Vermögenverwaltung oder Execution-Only. Verletzung der Aufklärungspflicht. Gestion de fortune ou Execution-Only. Violation du devoir d'information.

Ein russischer Geschäftsmann folgt seiner Kundenberaterin und eröffnet bei deren neuen Arbeitgeberin verschiedene Konten. Es besteht kein ausdrücklicher Anlageberatungs- oder Vermögenverwaltungsvertrag. Die Kundenberaterin tätigt dennoch Anlagen, der Kunde unterzeichnet jeweils die Belege (innerhalb von drei Treffen in drei Jahren rund 230 Belege). Vom eingebrachten Vermögen per Februar 2008 in Höhe von rund CHF 8,5 Mio. blieben per März 2014 noch rund CHF 0,5 Mio. übrig. Der Kunde klagt auf Herausgabe von rund CHF 8 Mio. Der Kunde obsiegt vor dem Handelsgericht Zürich, das Bundesgericht weist die Beschwerde der Bank ab.

1. Die Vorinstanz hat ein Execution-Only-Verhältnis angenommen, in dessen Rahmen Transaktionen getätigt wurden, die nicht genehmigt wurden. Indessen ist unbestritten, dass die Kundenberaterin Anlageentscheide selbst getroffen und der Kunde keine ent-

sprechenden Aufträge erteilt hat. Wenn aber der Kunde mit ein gewisser Handelsaktivität einverstanden war, so schliesst dies ein Execution-Only-Verhältnis und einer Anlageberatungsverhältnis aus; vielmehr ist dann von einem Vermögensverwaltungsverhältnis auszugehen. Entsprechend kann allein in der Tatsache, dass die Geschäfte ohne Auftrag erfolgt sind, keine Vertragsverletzung gesehen werden. **2.** Die Vermögensverwalterin ist zur rechtsgenügenden Aufklärung über die Investitionsrisiken verpflichtet. Die Bank vermag nicht aufzuzeigen, dass der Kunde bezüglich der getätigten Optionsgeschäfte nicht informationsbedürftig war. Sie hat demnach ihre Informationspflichten verletzt. **3.** Dem Kunden kann kein rechtsmissbäuchliches Verhalten vorgeworfen werden, wenn er erst nach Eintritt des Verlusts aktiv wird; vorher war er über die Risiken nicht informiert. Auch aus der Genehmigungsfiktion vermag die Bank nichts abzuleiten, da diese nichts an der mangelhaften Aufklärung ändert. **4.** Beim Schadensnachweis ist zwischen der Vermögensverwaltung, der Anlageberatung und dem Execution-Only-Geschäft zu unterscheiden. Wenn der Kunde behauptet, dass bei Unterlassung der unzulässigen Geschäfte mindestens noch Vermögen im ursprünglich eingebrachten Umfang vorhanden wäre, ist dies nicht zu beanstanden.

BGer, 4A\_449/2018 vom 23. März 2019 (I. zivilrechtliche Abt., Bank A\_SA, Bank B\_AG gegen C.). **Besprechung:** C. Hirsch, <<https://www.cdbf.ch/1061>>.

**r16 Gestion de fortune. Devoir de diligence. Responsabilité de la banque dépositaire (oui). Vermögensverwaltung. Sorgfaltspflichten. Haftung der Depotbank (ja).**

Comptes bancaires avec procuration en faveur d'un gérant de fortune indépendant. Le gérant fait des investissements spéculatifs et subit d'énormes pertes. Il attribue systématiquement à son compte les profits et sur le compte des clients toutes les pertes. Les titulaires du compte cèdent leur créance contre le gérant et la banque à une société qui intente action contre la banque. Action admise en première instance, décision confirmée par la seconde instance cantonale et par le TF.

**1.** La banque conteste la validité de la cession de créance. Toutefois, l'acte de cession mentionne clairement le montant de la créance cédée, le débiteur ainsi que le numéro et le nom de la relation bancaire. L'exigence de forme écrite est respectée. Le TF balaie également l'argument du gérant selon lequel la ces-

sion était en réalité un acte fictif et que les titulaires n'avaient pas l'intention de céder leur créance en indemnisation du dommage causé par le gérant. – **2.** Selon la dernière instance cantonale, la banque avait eu connaissance des détournements effectués par le gérant. Elle n'a toutefois pris que des mesures inadéquates et a ainsi violé son devoir de diligence. La banque ne réussit pas à démontrer l'appréciation arbitraire des preuves en s'attaquant à l'établissement de ces faits. – **3.** Le Tribunal d'appel a constaté que les titulaires du compte n'avaient pas connaissance des actes frauduleux commis par le gestionnaire et la banque, qui en avait connaissance, ne les a pas informés. La banque ne réussit pas non plus à prouver le prétendu caractère arbitraire dans l'établissement de ces faits. Rejet du recours.

TF, 4A\_621/2017 du 29 mai 2018 (I<sup>re</sup> Cour de droit civil, A. SA contre B. SA). **Recours contre TI Tribunale d'appello, Camera civile, 12.2016.106 du 26 octobre 2017.**

**r17 Anlageberatung. Berechnung und Substantiierung des Schadens. Conseil en placement. Calcul et allégation du dommage.**

Die Kundenberaterin stellt dem in der Türkei wohnhaften Bankkunden selbst erstellte Vermögensübersichten zu, die mit den Depotauszügen der Bank nur teilweise übereinstimmen. Sie hat sechzehn unautorisierte Transaktionen vorgenommen. Sie wird erstinstanzlich vom Bezirksgericht Zürich verurteilt, wogegen sie Beschwerde erhoben hat (Verfahren noch offen). Der Kunde verlangt Schadenersatz von über CHF 6 Mio., indem er den ursprünglich ausgewiesenen Vermögensbetrag dem tatsächlichen Vermögensstand gegenüberstellt und später in einer Eventualberechnung auf ein Referenzportfolio abstellt. Das Handelsgericht Zürich heisst die Klage teilweise gut. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde der Bank gut und weist die Klage ab.

**1.** Bei der Berechnung des Anlageschadens wird unterschieden zwischen der Schädigung aufgrund sorgfaltswidriger Verwaltung eines gesamten Portfolios durch Verfolgung einer pflichtwidrigen Anlagestrategie und der pflichtwidrigen Anlage von bestimmten (Einzel-)Anlagen. Im ersten Fall wird der Schaden aufgrund des Vergleichs zwischen dem effektiven Portfolio und dem hypothetischen Portfolio berechnet. Im zweiten Fall beschränkt sich die Schadensberechnung auf die Ermittlung der Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert der einzelnen pflichtwidrigen Anlage und dem hypothetischen Wert, den das

konkret pflichtwidrig investierte Kapital bei vertragskonformer Anlage hätte. – 2. Die Abgrenzung zwischen pflichtwidrigen Einzelanlagen und einem gesamthaft pflichtwidrig angelegten Portefeuille kann sich im Einzelfall als schwierig erweisen. In der Lehre wird aus Praktikabilitätsgründen vertreten, es sei das gesamte Kapital der Differenzhypothese zu unterwerfen, wenn der Anteil pflichtwidriger Anlagen die pflichtkonformen überwiegt. Ob man dieser Auffassung folgen soll, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls kann Schadenersatz nur für die Folgen vertragswidrigen Verhaltens zugesprochen werden. Zudem hat die Vorinstanz nicht geprüft, ob im vorliegenden Fall die (Praktikabilitäts-)Voraussetzungen gegeben waren. – 3. Die Vorinstanz ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Schaden aus den sechzehn nicht genehmigten Transaktionen nicht je für die einzelnen Transaktionen behauptet und bewiesen werden muss. Mit der Schätzung des Schadens aufgrund des Verlustes, den der Kunde auf seinem gesamten, bei der Bank deponierten Vermögen erlitten hat, hat die Vorinstanz in unrichtiger Anwendung von Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 42 Abs. 1 und 2 OR den Grundsatz verkannt, dass die Bank ausschliesslich den Schaden zu ersetzen hat, den sie durch rechts- bzw. vertragswidrige Handlungen (adäquat) kausal verursacht hat. Da der Schaden nicht ausreichend anhand der einzelnen, vertragswidrig ausgeführten Transaktionen substantiiert wurde, ist die Klage abzuweisen.

*BGE 144 III 155, JdT 2018 I 287. (I. zivilrechtliche Abteilung, Bank A. SA gegen B.). Besprechung: Rauber, swissblawg 9. Mai 2018; C. Hirsch, <<https://www.cdbf.ch/1004>>, <[www.lawinside.ch/604/](http://www.lawinside.ch/604/)>; Fischer, AJP 2018, 141 ff.*

**r18 Anlageberatung. Substantiierung des Schadens. Conseil en placement. Allégation du dommage.** Eine Gesellschaft mit Sitz auf Dominica verlangt von der Bank den Ersatz für Verluste in Höhe von mehreren Millionen Franken (in verschiedenen Währungen), welche sie aufgrund von nicht autorisierten Transaktionen erlitten habe. Wirtschaftlich Berechtigter ist ein türkischer Staatsangehöriger. Die Kundenberaterin wird erstinstanzlich vom Bezirksgericht Zürich verurteilt, wogegen sie Beschwerde erhoben hat (Verfahren noch offen). Das Handelsgericht Zürich weist die Klage mangels genügender Substantiierung ab. Das Bundesgericht bestätigt den Entscheid. Ein weiterer Kunde wird von derselben Kundenberaterin betreut. Sie hat im Rahmen der strafrechtlichen Untersuchung eingestanden, unautorisierte Transak-

tionen zulasten der klägerischen Vermögenswerte vorgenommen zu haben. Das Bezirksgericht Zürich hält den Schaden für nicht genügend substantiiert behauptet. Das Obergericht Zürich bestätigt den Entscheid. Das Bundesgericht weist die Beschwerde des Kunden ab.

1. *Ad Klage 1:* Die Beschwerdeführerin hat sich mit der Behauptung begnügt, ihr Vermögen wäre ohne rechtswidrige Investitionen um den Betrag höher, der dem Minus-Saldo auf dem TRY-Konto [Türkische Lira-Konto] für das Datum entspreche, an dem die rechtswidrig getätigten Transaktionen aus anderen Konten dem TRY-Konto belastet wurden. Die Vorinstanz hat zutreffend erkannt, dass diese Behauptung für eine Schadenersatzklage nicht ausreicht. – 2. *Ad Klage 2:* Da nur einzelne Anlagen vertragswidrig getätigt worden sind, hat die Vorinstanz zu Recht vom Beschwerdeführer gehörige Behauptungen zu den einzelnen, von ihm als rechtswidrig qualifizierten Transaktionen verlangt (BGE 144 III 155 = r17). Die Rüge des überspitzten Formalismus ist unbegründet.

*Klage 1: BGer, 4A\_374/2018 vom 12. September 2018 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. Ltd. gegen B. Bank SA); Klage 2: BGer, 4A\_357/2018 vom 11. September 2018 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen B. Bank SA).*

**r19 Contrat relatif à l'accès à une plate-forme de négociation. Qualification. Violation des obligations du titulaire de l'accès. Dommage. Responsabilité (oui). Vertrag betreffend Zugang zu einer Handelsplattform. Qualifikation. Pflichtverletzung in Bezug auf den Plattformzugriff. Schaden. Haftung (ja).**

Un courtier indépendant (Malte) et un négociant en valeurs mobilières (Genève) concluent un clearing agreement par lequel le premier peut utiliser l'accès du second à Bloomberg pour l'achat et la vente de valeurs mobilières. Six mois plus tard, le courtier indépendant et un gestionnaire de fortune (Schwyz) conviennent oralement que le gestionnaire pourra utiliser l'accès (login) du courtier et conclure des transactions après accord préalable du courtier. – En utilisant cet accès sans accord préalable et sans en avertir immédiatement le courtier, le gestionnaire de fortune conclut une transaction avec un tiers. La position est revendue à perte après trois jours. Après avoir remboursé la perte (env. CHF 124 000) subie par le tiers, le courtier réclame et obtient des dommages-intérêts du gestionnaire de fortune, indemnisation confirmée par la Cour de justice et le TF.

1. Rappel didactique de la méthode d'interprétation d'un contrat (art. 18 CO) en relation avec le fardeau de la preuve (art. 8 CC). – 2. Indépendamment de la qualification du contrat oral entre le courtier et le gestionnaire de fortune, la Cour de justice a constaté que le gestionnaire avait bien compris que l'accord préalable du courtier était nécessaire pour chaque opération. Le gestionnaire critique le raisonnement de la Cour quant à la question du fardeau de la preuve, alors que cette question ne se pose pas. En effet, la Cour a déterminé la volonté réelle des parties. Le recourant aurait dès lors dû démontrer l'arbitraire de cette constatation. – 3. Rappel très didactique des trois conditions à prouver par le demandeur en matière de responsabilité contractuelle (art. 97 CO) et sur la preuve libératoire du défendeur. En l'espèce, les trois conditions sont remplies. En effet, le gestionnaire a violé le contrat en effectuant l'opération litigieuse sans l'accord préalable du courtier. Cette violation contractuelle a causé un dommage à la banque dont le courtier répond contractuellement, ce qui constitue ainsi un dommage propre à ce dernier. Enfin, le gestionnaire ne soutient pas n'avoir pas commis de faute. – 4. Le gestionnaire invoque l'existence d'une société simple entre le courtier et lui-même. Toutefois, il ne critique pas la motivation cantonale selon laquelle, même s'il devait exister un tel contrat, il répondrait envers son associé du dommage qu'il lui a causé par sa faute (art. 538 CO). Le TF rejette ainsi le recours.

TF, 4A\_610/2017 du 29 mai 2018 (1<sup>re</sup> Cour de droit civil, X. contre Z.).

**r20 Vermögensverwaltung von unverteuertem Geld. Kein widerrechtlicher Vertragsgegenstand. Gestion d'avoirs non déclarés. Objet du contrat illicite (non).**

Die Klägerin hat die Gelder der Beklagten treuhänderisch zur Vermögensverwaltung entgegengenommen. Sie macht nicht geltend, der primäre Zweck der Vertragsbeziehung zwischen ihr und dem Beklagten sei die Steuerhinterziehung gewesen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die üblichen Ziele der Vermögensverwaltung – Anlegen und Vermehren des anvertrauten Geldes – Zweck der Geschäftsbeziehung war. Dies stellt keinen widerrechtlichen Vertragsgegenstand dar, auch wenn der Beklagte unversteuertes Geld zur Verfügung gestellt hätte (E. 5b).

ZH Obergericht, LB160061-O/U vom 20. März 2017 (I. Zivilkammer, A. gegen B.). Beschwerde vom Bundesgericht ohne Bezugnahme auf die zitierte Erwägung abgewiesen: BGer, 4A\_238/2017 vom 26. September 2017.

**III. Sicherheiten und Verwertung – Sûretés et réalisation**

**1. Persönliche Sicherheiten – Sûretés personnelles**

**r21 Encaissement de chèques «sauf bonne fin». Extourne. Inkasso von Checks mit Vorbehaltsklausel «Eingang vorbehalten». Stornierung.**

Deux clients (une association et l'un de ses organes) remettent à une banque 31 chèques avec mandat de les encaisser et de les porter au crédit de leurs comptes respectifs. La banque crédite les chèques «sauf bonne fin»; les montants sont généralement prélevés le jour même. Aucun des chèques n'est honoré. La banque extourne les montants qu'elle avait crédités et agit en paiement contre les deux clientes. Condamnation des clientes par les instances cantonales vaudoises, recours au TF rejeté.

1. Lorsqu'une personne remet à une banque un chèque tiré sur un autre établissement et que la banque se charge de l'encaisser, une relation de mandat se forme entre les deux parties. La clause «sauf bonne fin» permet à la banque de se réserver le droit d'extourner la bonification si le chèque, à l'issue des opérations d'encaissement, n'est pas payé par l'établissement tiré. – 2. En l'espèce, les clientes contestent l'existence d'un accord au sujet de la bonification des chèques «sauf bonne fin». Le TF considère que les clientes devaient raisonnablement envisager que leurs comptes seraient débités si l'encaissement n'aboutissait pas. De plus, en application du principe de la confiance, la banque pouvait admettre que ses clientes étaient conscientes de devoir éventuellement restituer les montants crédités.

TF, 4A\_351/2018 du 24 octobre 2018 (1<sup>re</sup> Cour de droit civil, A et B association contre Banque Z.).

**r22 Bankgarantie. Zahlungsverbot im Rahmen vorsorglicher Massnahmen. Garantie bancaire. Interdiction de paiement par mesures provisionnelles.**

Zwei Entscheide des Handelsgerichts Zürich bestätigen dessen Praxis betreffend vorsorgliche Zahlungsverbote bei Bankgarantien. Will die Garantiestellerin den Garantieabruf durch vorsorgliche Massnahmen verhindern, muss sie glaubhaft machen, dass der Abruf offensichtlich rechtsmissbräuchlich ist. Der Rechtsmissbrauch muss auch für die garantierende Bank erkennbar sein. Verweis u.a. auf ZR 114/2015 Nr. 44 E. 4 (Zusammenfassung der bisherigen Praxis).

Beim Abruf einer Erfüllungsgarantie im Rahmen eines Werkvertrags zufolge Terminverzugs (erster Entscheidung) gelingt es der Garantiestellerin nicht, die Rechtsmissbräuchlichkeit darzulegen. Dafür müssten gemäss Handelsgericht absolut klare Verhältnisse vorliegen, die keinerlei Zweifel darüber offenlassen, dass dem Begünstigten unter keinem vernünftiger- und redlicherweise in Betracht kommenden rechtlichen Aspekt ein Anspruch auf Abruf der Garantie zusteht. Einerseits lagen solche Verhältnisse nicht vor, andererseits war ein Rechtsmissbrauch für die garantierende Versicherungsgesellschaft deshalb nicht ohne weiteres erkennbar.

Beim Abruf einer Bankgarantie im Zusammenhang mit der Erstellung einer grösseren Überbauung (zweiter Entscheidung) gelingt es der Garantiestellerin ebenfalls nicht, die offensichtliche Rechtsmissbräuchlichkeit glaubhaft zu machen. In beiden Entscheidungen wies das Handelsgericht darauf hin, dass die Umkehr der Parteirollen, die Führung eines Prozesses (in der Schweiz) sowie ein allgemeines Solvenzrisiko grundsätzlich nicht genügen, um einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO) glaubhaft zu machen.

ZH Handelsgericht, HE170130-O vom 27. April 2017 (Einzelgericht, A. AG gegen B. Versicherungs-Gesellschaft AG und C. Management AG); ZH Handelsgericht, HE170170-O vom 30. Mai 2017 (Einzelgericht, A. Schweiz AG gegen B. Switzerland AG).

### **r23** Abgrenzung Schuldübernahme und Bürgschaft. *Distinction entre reprise de dette et cautionnement.*

Eine Personalvermittlerin hatte einer GmbH temporäres Personal für rund CHF 500 000 zur Verfügung gestellt. Zwei Gesellschafter der GmbH schlossen mit der Personalvermittlerin einen schriftlichen «Bürgschaftsvertrag» ab. Umstritten ist, ob die Parteien eine kumulative Schuldübernahme oder eine Bürgschaft eingehen wollten.

1. Die Bürgschaft setzt den Bestand einer anderen Verpflichtung voraus, für den der Bürge einsteht. Sie hat somit einen akzessorischen Charakter. Der Schuldübernehmer geht hingegen eine eigene, zur Verpflichtung des Schuldners hinzutretende Verpflichtung ein. Im Gegensatz zum Bürgen hat der Schuldübernehmer regelmässig ein erkennbares eigenes Interesse. – 2. Vorliegend wird der Vertrag als «Bürgschaftsvertrag (solidarische Mitbürgschaft)» betitelt. Im gesamten Dokument ist von den «Bürgen» die Rede, und es wird explizit auf Art. 497 Abs. 2 OR und

Art. 500 Abs. 1 OR verwiesen. Sowohl der Wortlaut als auch die Systematik sprechen klar für den Abschluss eines Bürgschaftsvertrages. Es mag zwar zutreffen, dass die Gesellschafter ein eigenes Interesse am Abschluss des Bürgschaftsvertrages gehabt haben. Darin liegt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aber nur ein Indiz für den Abschluss auf eine kumulative Schuldübernahme. Es vermag vorliegend den Wortlaut und die Vertragssystematik nicht aufzuwiegen.

BE Obergericht, ZK 18 6 vom 31. Januar 2018 (2. Zivilkammer, A. AG gegen C., rechtskräftig). *Besprechung:* Müller, SJZ 114/2018 508–509.

## 2. Dingliche Sicherheiten – Sûretés réelles

### **r24** Crédits lombards. Devoir d'information. Appel de marge. Réalisation des titres. Responsabilité de la banque (non). Lombardkredit. Informationspflicht. Margin Call. Verwertung. (Keine) Haftung der Bank.

Crédits lombards octroyés à un client garantis par le nantissement des titres en dépôt. Contrat prévoyant le droit de la banque de vendre les titres de gré à gré sans délai si le client ne donne pas suite à l'appel de marge en cas de dépréciation des titres. Appel de marge réclamé sans que le client n'y donne suite. Résiliation des crédits lombards et rachat par la banque des titres remis en nantissement. Action du client contre la banque.

1. Contrat de conseil en placements conclu tacitement par les parties. Devoir d'information et de mise en garde respecté par la banque en faveur du client qui avait compris et accepté le risque inhérent aux crédits lombards. – 2. Lorsque le créancier gagiste a le droit de vendre de gré à gré la chose remise en gage, il doit, en application du principe de la bonne foi, épargner au constituant du gage tout dommage évitable. Si, de par la faute du créancier, la vente aboutit à un résultat insuffisant, ce dernier doit réparer le dommage qu'il cause. – 3. *In casu*, la conservation des titres jusqu'au remboursement aurait moins rapporté au créancier que la vente de gré à gré effectuée par la banque. Dès lors, la vente effectuée par la banque, mais critiquée par le client, a permis à ce dernier d'éviter un dommage plutôt qu'elle ne lui en a infligé un.

TF, 4A\_730/2016 du 5 février 2018 (I<sup>re</sup> Cour de droit civil, X contre Z AG. *Recension:* Kerber, <swisslawg.ch> 1<sup>er</sup> juin 2018.

**r25 Crédit. Cédula hypothécaire. Intérêts garantis par la cédula. Kredit. Schuldbrief. Vom Schuldbrief abgesicherte Zinsen.**

Contrat de crédit conclu entre des copropriétaires et une banque. Cession d'une cédula hypothécaire en garantie. Résiliation du contrat de prêt. Poursuite en réalisation de gage immobilier par la banque et mainlevée de l'opposition. Réquisition de vente de la parcelle par un créancier au bénéfice d'une hypothèque légale. Inscription de la créance de la banque dans l'état des charges. Requête de rectification déposée par le créancier concernant les intérêts de la créance en faveur de la banque.

**1.** L'art. 818 al. 1 ch. 3 CC prévoit que le gage immobilier garantit au créancier les intérêts de trois années échus au moment de l'ouverture de la faillite ou de la réquisition de vente et ceux qui ont couru depuis la dernière échéance; la cédula hypothécaire ne garantit au créancier que les intérêts effectivement dus. Dans sa version antérieure, il ne contenait pas cette limitation relative aux intérêts. – **2.** La question qui se pose est de savoir si les intérêts effectivement dus, qui sont garantis au créancier aux termes de l'art. 818 al. 1 ch. 3 CC, se réfèrent à la créance de base ou à la créance cédulaire. – **3.** Interprétation historique de l'art. 818 al. 1 ch. 3 CC à l'aide des travaux parlementaires. Malgré les critiques de la doctrine, le TF décide de s'en tenir à la récente volonté du législateur selon laquelle les intérêts cédulaires ne peuvent servir à couvrir que les intérêts de la créance de base, et non le capital de celle-ci.

*ATF 144 III 29 (5A\_853/2016 du 26 octobre 2017, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, Banque A contre B). Recensions: Piotet/Kiepe, Not@lex 2018 p. 74; ZZZ 42 (2017), 192 s.; Borio, ius.focus 2018 N° 1; Pfäffli, Praxis 2018 N° 106; Kihm, «immobilia», janvier 2018, 37.*

**r26 Contrat de crédit. Cédula hypothécaire. Transfert de patrimoine. Poursuite en réalisation de gage immobilier. Kreditvertrag. Schuldbrief. Übertragung. Betreuung auf Grundpfandverwertung.**

Une banque et deux emprunteurs concluent un contrat de prêt avec gage immobilier ainsi qu'une convention de transfert de propriété à fin de garantie d'une cédula hypothécaire. Transfert de patrimoine entre la banque et une autre société. La société exige le remboursement du crédit puis dépose une réquisition de poursuite en réalisation du gage immobilier. Opposition des débiteurs qui invoquent l'absence de dénonciation au remboursement de la créance cédulaire ou, à tout le moins, le non-respect du délai de préavis

de six mois. Mainlevée provisoire prononcée en première instance, recours rejetés par le Tribunal cantonal et par le TF.

**1.** Rappel didactique de la distinction entre la créance cédulaire et la créance causale. – **2.** Afin qu'il puisse valablement se prévaloir de la créance cédulaire dans une poursuite en réalisation de gage immobilier, le créancier poursuivant doit être le détenteur de la cédula hypothécaire et le débiteur de cette cédula inscrit sur le titre produit ou, à tout le moins, faut-il que le débiteur poursuivi reconnaisse sa qualité de débiteur de la cédula ou que cette qualité résulte de l'acte de cession de propriété de la cédula qu'il a signé. – **3.** Le détenteur d'une cédula hypothécaire au porteur en est présumé propriétaire en application de l'art. 930 al. 1 CC. Partant, il est présumé être titulaire de la créance, garantie par gage immobilier, incorporée dans le papier-valeur. – **4.** Rappel didactique du transfert de patrimoine au sens des art. 69 ss LFus. **5.** Par la nature même du transfert de patrimoine, la créance passe sans acte de cession vu l'effet de l'inscription au registre du commerce. En l'espèce, le prêt hypothécaire a ainsi bel et bien été cédé lors du transfert de patrimoine. – **6.** Lorsque la créance causale devient exigible à une date déterminée, sans résiliation, une clause prévoyant que la créance abstraite devient exigible à la même date est valable au regard de l'art. 847 al. 2 CC, pour autant que le rapport de base ait duré au minimum trois mois. En l'espèce, le contrat de prêt a une durée manifestement supérieure à trois mois. – **7.** Selon la règle impérative prévue à l'art. 847 al. 2 CC, les parties ne peuvent pas, par convention, prévoir pour le créancier un délai de dénonciation inférieur à trois mois, à moins que le débiteur ne soit en demeure pour le paiement de l'amortissement ou des intérêts. En l'espèce, la créance est devenue exigible le 5 janvier 2017 et le commandement de payer a été notifié le 6 juillet 2017, soit plus de trois mois après l'exigibilité de la créance cédulaire. Rejet du recours.

*TF, 5A\_734/2018 du 4 décembre 2018 (II<sup>e</sup> Cour de droit civil, A. et B. contre C. AG).*

**r27 Darlehensvertrag. Inhaberschuldbriefe. Provisorische Rechtsöffnung (nein). Contrat de prêt. Cédula hypothécaire. Mainlevée provisoire (non).**

Darlehensvertrag mit einem Inhaberschuldbrief als Sicherheit. Der Inhaberschuldbrief wurde der Gläubigerin allerdings nie übergeben; stattdessen erhielt

sie zwei andere Schuldbriefe. Die Gläubigerin betreibt auf Grundpfandverwertung.

**1.** Seit der Teilrevision des Sachenrechts per 1. Januar 2012 ist das Modell der Sicherungsübereignung das gesetzliche Grundmodell. Im Gegensatz zum alten Recht wird die Forderung aus dem Grundverhältnis bei der Errichtung eines Schuldbriefes damit nicht mehr durch Novation i.S.v. Art. 116 OR getilgt, sondern besteht parallel zur Schuldbriefforderung weiter. – **2.** Bei einer Sicherungsübereignung kann Rechtsöffnung nur erteilt werden, wenn sowohl die Grundforderung als auch die Schuldbriefe fällig sind. Die Fälligkeit des Schuldbriefes kann entweder durch Zeitablauf oder durch Kündigung eintreten. Vorliegend ist beides nicht gegeben. – **3.** Die Fälligkeit der Grundforderung führt nicht automatisch zur Fälligkeit der Schuldbriefe.

*BE Obergericht, ZK 18 406 vom 14. November 2018 (2. Zivilkammer, A. AG gegen B. und C. AG, nicht rechtskräftig).*

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

**r28 Retrozessionen bei Execution-Only-Geschäften. *Rétrocessions dans une relation execution only.*** Die Pensionskasse für das Personal des Kantons Zürich klagt gegen die Bank auf Herausgabe von Retrozessionen in Höhe von rund CHF 12 Mio. Die Bank macht geltend, die konzerninternen Zahlungen seien nicht herausgabepflichtig, weil es sich um Zahlungen im Rahmen eines konzerninternen Transfer Pricing handle; dieses betreffe nicht die Vermögensverwaltung, sondern den Effektenhandel. Es gehe um Brokerage Commissions, von denen sie (die Bank) einen Teil als Vergütung für ihre eigene Dienstleistung zurückerhalte.

**1.** Die mit der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR angestrebte Vorbeugung von Interessenkonflikten zur Sicherung der Fremdnützigkeit ist – neben dem damit verbundenen Grundsatz, dass der Beauftragte (abgesehen vom Honorar) durch den Auftrag weder gewinnen noch verlieren soll – der massgebende Gesichtspunkt bei der Beurteilung, ob der Vermögensvorteil dem Beauftragten infolge der Auftragsausübung oder lediglich bei Gelegenheit der Auftragsbefreiung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten zugekommen

ist. – **2.** Zu beachten ist jedoch, dass sich die Funktion von Art. 400 OR nicht darin erschöpft, als Sicherungsnorm gegen Interessenkonflikte zu dienen. Sie nimmt vielmehr unabhängig von allfälligen Interessenkonflikten eine Zuordnung der vermögenswerten Positionen von Auftraggeber und Beauftragtem vor. Der innere Zusammenhang ist immer dann zu bejahen, wenn ein Interessenkonflikt besteht; er beschränkt sich aber nicht auf diese Fälle. Die Zahlung steht auch dann in einem inneren Zusammenhang mit dem Auftragsverhältnis, wenn sie einzig deshalb erfolgt, weil der Empfänger vom Kunden und dank seiner Investition eine Position eingeräumt bekam, die den Zufluss der Zahlung ermöglichte. Die beiden Kriterien des inneren Zusammenhangs und des Interessenkonflikts sind eng miteinander verknüpft, sie sind aber nicht gleichzusetzen. – **3.** Die Zahlungen, welche die Bank aus den von den (konzerninternen) Brokern erhobenen Brokerage Commissions erhalten hat, stellen Vorteile dar, die ihr infolge der Auftragsausführung von einem Dritten zugekommen sind. Sie sind in Anwendung von Art. 400 Abs. 1 OR und vor dem Hintergrund der einschlägigen Bundesgerichtsrechtsprechung und Lehre an die Klägerin herauszugeben.

*ZH Handelsgericht, HG150054-O vom 15. November 2017 (rechtskräftig). **Besprechungen:** Tagesanzeiger 4. April 2018 (Zürcher Pensionskasse erhält Millionen aus den USA. Jeffries und der Trick mit den Retrozessionen: Die US-Investmentbank muss der BVK Gebühren zurückzahlen); NZZ 30. Oktober 2018 (Milliarden sind nicht an Bankkunden zurückbezahlt worden).*

#### **r29 Retrozessionen. Stufenklage. *Rétrocessions. Action échelonnée.***

Die Klägerin verlangt von der Bank im Sinne einer Stufenklage Rechenschaft und Abrechnung und sodann Herausgabe von allfällig vereinnahmten Retrozessionen. Das Handelsgericht Zürich tritt auf das Begehren nicht ein.

Die Stufenklage ist eine Erscheinungsform der unbezifferten Forderungsklage, bei welcher ebenfalls zwingend ein Mindeststreitwert im Sinne eines vorläufigen Streitwerts anzugeben ist. Die Klägerin hat bis zuletzt keinen Mindeststreitwert angegeben. Sie führt auch nicht aus, dass und inwiefern ihr die Angabe eines Mindeststreitwerts nicht möglich bzw. nicht zumutbar gewesen wäre. Insbesondere sind der Klägerin gemäss eigenen Angaben (spätestens) seit 15. April 2014 [Klageeinreichung am 11. September 2015] die Berechnungsgrundlagen für die von ihr

verlangten Drittvergütungen – bzw. für einen Teil davon – bekannt. – **2.** Die anwaltlich vertretene Klägerin hat nicht etwa versehentlich keinen Mindeststreitwert angegeben, sondern die Bezifferung explizit erst nach Offenlegung in Aussicht gestellt. Mangels Mindestbezifferung ist auf das Rechtsbegehren nicht einzutreten.

ZH Handelsgericht, HG150195 vom 22. März 2018 (A.\_ Ltd. gegen B.\_ SA), ZR 117/2018, 251, rechtskräftig.

**r30 Rétrocessions. Reddition de compte. Gestion déloyale (art. 158 CP). Retrozessionen. Rechenschaftspflicht. Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB).**

Le directeur d'une société de gestion de fortune, qui en est également l'actionnaire unique, est nommé tuteur afin de gérer le patrimoine d'une personne âgée. Cette dernière est également cliente de sa société. Suite à la crise des marchés financiers de 2007, le gérant tente de dissimuler les pertes en falsifiant les relevés de comptes. Il perçoit également des rétrocessions de la part de la banque dépositaire. Le gérant n'informe pas ses clients des rétrocessions perçues et ne leur reverse pas non plus ces sommes. Le gérant est condamné notamment pour gestion déloyale. Recours rejeté par le Tribunal cantonal valaisan.

**1.** A elle seule, la violation d'un devoir de restituer une somme d'argent que le gérant reçoit d'un tiers n'est pas un acte de gestion déloyale. – **2.** La doctrine majoritaire considère que le gérant qui omet d'informer son client des rétrocessions reçues, en violation de l'art. 400 al. 1 CO, commet un acte de gestion déloyale. Une jurisprudence bernoise rejoint cette doctrine majoritaire. Une doctrine minoritaire considère que le simple silence du gérant n'est pas punissable. – **3.** Le TF considère que le devoir du mandataire de rendre compte est une obligation accrue ou qualifiée d'agir (gestion déloyale par omission, art. 11 CP). L'information permet au mandant de réclamer ce que le mandataire doit lui restituer. La bonne exécution de l'obligation de rendre compte permet donc au mandant d'invoquer son droit à la restitution. Ainsi, cette obligation de rendre compte ne se situe pas au même niveau dans le régime légal du mandat que l'obligation de restituer. – **4.** En l'espèce, la clause contractuelle permettant au gérant de garder les rétrocessions n'est pas valable au regard de la jurisprudence puisqu'elle ne contient pas les informations concernant l'ampleur de ces rétrocessions. Le gérant a dès lors commis un acte de gestion déloyale en

omettant de rendre compte des rétrocessions que sa société percevait de la part de la banque dépositaire.

ATF 144 IV 294 (6B\_689/2016 du 14 août 2018 (Cour de droit pénal, X contre Ministère public du canton du Valais; H.B. et F.B.; D. **Recensions:** Fischer, <www.cdbf.ch/1030>; Schürch, <www.lawinside.ch/654>; Graf, PJA 2018 1421; Donauer/Härtsch, Retrozession, CJN/dRSK, publié le 8 octobre 2018; Riedo, BR 2018 358; Villard/Hirsch RSDA 2019 238.

**r31 Retrozessionen. Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB). Rétrocessions. Gestion déloyale (art. 158 CP).**

Der Beschuldigte schloss in den Jahren 2003 und 2004 Vermögensverwaltungsverträge u.a. mit B. ab. Zur Beurteilung standen (neben dem Straftatbestand des Churning) die Strafbarkeit wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung im Zusammenhang mit Retrozessionen, die im Jahr 2004 gestützt auf eine allgemeine Verzichtsklausel vereinnahmt wurden. Das Bezirksgericht Zürich verurteilte ihn u.a. wegen mehrfacher qualifizierter ungetreuer Geschäftsbesorgung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren. Das Obergericht spricht ihn frei.

**1.** Handelt der Täter in einer irrigen Vorstellung über den Sachverhalt, so beurteilt das Gericht die Tat zugunsten des Täters nach dem Sachverhalt, den sich der Täter vorgestellt hat (Art. 13 Abs. 1 StGB). Die hier eingeklagten fehlbaren Handlungen fanden im Jahre 2004 statt. Zu diesem Zeitpunkt hatte sich das Bundesgericht noch nicht mit den Anforderungen an einen gültigen expliziten Verzicht geäußert. Auch war zu diesem Zeitpunkt noch umstritten, ob es sich bei der Unterlassung der Rechenschaftsablegung und Nichtweiterleitung der Retrozessionen um eine strafrechtlich relevante Pflichtverletzung handelt. – **2.** Der Beschuldigte durfte von der Gültigkeit des Verzichts des Kunden auf die Aushändigung erwirtschafteter Retrozessionen ausgehen. Dies insbesondere auch deshalb, weil ein Teil der Lehre damals die Ansicht vertrat, dass eine ausdrückliche Verzichtsklausel ohne Kenntnis der genauen oder auch nur ungefähren Höhe der Retrozessionen genüge. Damit unterlag der Beschuldigte einem unvermeidbaren Rechtsirrtum, wonach B. auf die Retrozessionen verzichtet habe.

ZH Obergericht, SB150028-O/U/cwo vom 25. September 2018 (I. Strafkammer, A. gegen Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich, betreffend mehrfache qualifizierte Veruntreuung etc.), nicht rechtskräftig.

**r32 Financement de l'acquisition d'un portefeuille immobilier. Pourparlers contractuels. Reddition de compte (art. 400 CO). Finanzierung des Erwerbs eines Immobilienportfolios. Vertragsverhandlungen. Rechenschaftspflicht (Art. 400 OR).**

Négociation d'un contrat-cadre destiné à financer l'achat d'un portefeuille immobilier par une société active dans l'immobilier en vue de la constitution ultérieure, par l'emprunteur, d'une SICAV immobilière. Conditions de mise en oeuvre du crédit non réalisées. Demande de la société contre la banque tendant à la remise de documents. Après que le TF a exclu l'existence d'une société simple entre la banque et l'emprunteur (RSDA 2018 203 r23), la Cour de justice admet la demande en ce qu'elle porte sur la correspondance échangée avec les notaires, la rejette pour le surplus.

1. Le Tribunal fédéral a jugé que lorsqu'une banque et un client sont liés par plusieurs contrats intrinsèquement liés entre eux et dépendants les uns des autres, il faut donner une réponse unique au point de savoir s'il y a des obligations de rendre compte et de restituer pour tous les éléments du contrat. Les crédits accordés étaient en lien direct avec des transactions sur des options, puisque les premiers avaient permis de couvrir un appel de marge nécessaire aux secondes. Ainsi, la question de l'obligation de rendre compte et de restituer devait être réglée par les dispositions applicables au contrat de commission, donc par l'art. 400 CO applicable par renvoi de l'art. 425 al. 2 CO, puisque les éléments de ce contrat nommé se trouvaient au premier rang. – 2. Les relations entre les parties en étaient au stade des pourparlers contractuels, de sorte qu'il n'existe aucune obligation de la banque de rendre des comptes à ce stade. En particulier, la banque n'a pas à renseigner son client sur les raisons de son refus de faire crédit, dans la mesure où elle négocie dans son intérêt propre le prêt d'un certain montant. Elle n'a donc pas à fournir des documents qui relèvent de l'examen de la solvabilité de son futur cocontractant ou d'une analyse interne de la faisabilité du projet. – 3. Même si l'on admettait que les parties étaient liées par un contrat d'ouverture de crédit, comprenant des éléments du mandat, la solution ne serait pas différente. En effet, le crédit sollicité par l'appelante n'était pas lié à une affaire à connotation bancaire, s'agissant d'un projet purement immobilier, et n'engendrait en conséquence aucune obligation d'information ou de reddition de comptes de la banque. L'appelante ne saurait fonder une demande de reddition de compte

directement sur la relation d'ouverture de crédit qu'elle prétend avoir entretenue avec l'intimée. – 4. Le centre de gravité des relations contractuelles était une relation d'emprunteur à prêteur, les obligations découlant du mandat n'occupant qu'une place périphérique. Par conséquent, l'obligation de rendre compte fondée sur le mandat (art. 400 CO) ne saurait s'étendre à la relation de crédit initiée entre les parties, laquelle n'ouvre pas de droit à la reddition de comptes. – 5. En écrivant à divers notaires chargés d'instrumenter les ventes immobilières au sujet de l'octroi du prêt et du versement qu'elle s'appêtait à effectuer pour la société appelante en leurs mains, la banque a agi en qualité de mandataire. Elle est donc tenue à rendre des comptes sur tous les contacts qu'elle a eus avec les notaires. Le secret bancaire n'est pas opposable au client, qui dispose d'un droit à obtenir la correspondance échangée par l'intimée avec les différents notaires.

*GE Cour de justice, ACJC/348/2017 du 24 mars 2017 (Chambre civile, A. SA et B. SA c. Banque C. SA), confirmé par TF, 4A\_263/2017 du 6 juin 2018. Fait suite à TF, 4A\_251/2016 du 13 décembre 2016, RSDA 2018 203 r23. Recension: Fischer, <www.cdbf.ch/1020>.*

## V. Zivilverfahren und Vollstreckung – Procédure civile et exécution forcée

**r33 Lugano-Übereinkommen. Forum running. Genügendes Feststellungsinteresse. Änderung der Rechtsprechung. Convention de Lugano. Forum running. Intérêt suffisant à la constatation. Changement de jurisprudence.**

Drei Gesellschaften der Swatch Group reichten vor dem Handelsgericht des Kantons Bern eine negative Feststellungsklage gegen eine britische Grosshändlerin ein. Diese hatte zuvor mit Klageeinreichung in London gedroht. Gestützt auf die bisherige bundesgerichtliche Praxis verneinte das Handelsgericht ein genügendes Feststellungsinteresse der Klägerinnen. Diese gelangten gegen den Nichteintretensentscheid ans Bundesgericht, welches die Beschwerde in einem Grundsatzurteil gutheisst.

1. Das LugÜ enthält keine Definition des Rechtsschutzinteresses; dieses ist entsprechend nach Landesrecht zu beurteilen. Das Feststellungsinteresse und seine Voraussetzungen sind neu dem Prozessrecht zuzuordnen, unter anderem aufgrund der inzwischen in Kraft getretenen ZPO (anders die Rechtsprechung unter dem bisherigen Recht). Entspre-

chend beurteilt sich das Vorliegen eines genügenden Feststellungsinteresses im internationalen Verhältnis nach der lex fori. – **2.** Erhöhte (nationale) Anforderungen an negative Feststellungsklagen (insb. das Erfordernis eines besonderen Feststellungsinteresses) könnten die vom LugÜ zuständigerorts gewährleistete Gleichrangigkeit von Leistungs- und negativer Feststellungsklage unterlaufen. – **3.** Es ist nicht zu übersehen, dass in der Schweiz klagewillige Parteien im internationalen Verhältnis unter der bisherigen Rechtsprechung benachteiligt gewesen sind. Das tatsächliche Interesse, einen Prozess in einem bestimmten Staat zu führen, kann aber erheblich sein. Insgesamt ist deshalb das Interesse einer Partei, im internationalen Verhältnis und bei bevorstehendem Gerichtsverfahren einen ihr genehmen Gerichtsstand zu sichern, unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs als genügendes Feststellungsinteresse zu qualifizieren.

*BGE 144 III 175 (BGer, 4A\_417/2017 vom 14. März 2018, I. zivilrechtliche Abteilung, A. AG, B. SA und C. Limited gegen D. Limited). Besprechung: Hoffet/Dasser/Thomann, AJP 2018 916 ff.; Schürch, <www.lawinside.ch/595>.*

**r34 Verbrauchergerichtsstand nach LugÜ und Rom I-VO. Gerichtsstandsklausel und Rechtswahlklausel zugunsten der Schweiz unbeachtlich (Sarasin). For au domicile du consommateur selon la CL et Rome I. Election de for et de droit en faveur de la Suisse dépourvue d'effet (Sarasin).**

Nachdem die beklagte Bank mit Sitz in der Schweiz die Zuständigkeit der deutschen Gerichte für die Schadenersatzklage des deutschen Klägers bis vor den BGH ohne Erfolg angefochten hatte (SZW 2017 242 r36), entschied das Landgericht Ulm in der Sache (SZW 2018 206 r31). Es hielt die AGB-Klausel, die eine Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts vorsah, für unbeachtlich. Nach dem anwendbaren deutschen Recht führte die fehlende Aufklärung über den Erhalt von Retrozessionen zur Rückabwicklung des mit hohen Verlusten verbundenen Geschäfts. Das Oberlandesgericht Stuttgart bestätigt den Verbrauchergerichtsstand gemäss LugÜ und die Anwendung deutschen Sachrechts gestützt auf die Rom I-VO. Es bestätigt sodann den Sachentscheid des Landgerichts Ulm, wonach der deutsche Kläger das Geschäft rückabwickeln kann, wenn auch mit einer etwas anderen Begründung.

**1.** Bestätigung der Anwendbarkeit des Verbrauchergerichtsstands mit ausführlichen Erwägungen. –

**2.** Bestätigung der Anwendbarkeit deutschen Sachrechts gestützt auf Art. 6 Abs. 2 Satz 2 der Rom I-VO. Zu den zwingenden Bestimmungen des Rechts des Aufenthaltsstaates zählen die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB, wenn sie strengere Anforderungen stellen als das gewählte Recht, und zwar auch im Hinblick auf die Rechtswahlklauseln selbst. – **3.** Bei einer Prüfung nach deutschem Sachrecht ergibt sich die Unwirksamkeit der Rechtswahlklausel. Die Parteien schlossen zunächst einen Konto/Depotvertrag. Die Erstreckung auf den (stillschweigenden) Anlagevertrag erscheint gemäss § 307 BGB unangemessen. Die Rechtswahlklausel ist zudem intransparent im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, weil sie entgegen Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Rom II-VO auch ausservertragliche Ansprüche einschliesst. Die Klausel ist schliesslich missbräuchlich im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln bei Verbraucherverträgen (93/13/EWG), weil sie dem Verbraucher den Eindruck vermittelt, es sei nur schweizerisches Recht anzuwenden, ohne ihn darüber zu unterrichten, dass er nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 Rom I-VO auch den Schutz der zwingenden Bestimmungen ohne die Klausel des anzuwendenden Rechts genießt. – **4.** Die Bank hat ihre Pflichten aus dem Anlageberatungsvertrag verletzt. Sie hat (was sie dem Kunden nicht mitgeteilt hat) den Fonds, insbesondere seine Struktur sowie seine steuerlichen und wirtschaftlichen Hintergründe, nicht hinreichend mit banküblichem kritischem Sachverstand geprüft. Dies ist eine ureigene Aufgabe der Bank. Eine Übertragung an Dritte hätte – soweit überhaupt zulässig – als Mindestvoraussetzung erfordert, dass sich die Bank auf deren Neutralität und Kompetenz berechtigt verlassen konnte, was hier nicht der Fall war. Die Frage, ob die Bank dem Kläger fälschlicherweise zugesichert hat, die Investition sei versichert, muss daher nicht weiter geprüft werden. Dasselbe gilt für die Frage, ob der Kunde rechtsgenügend über den bankseitigen Erhalt von Rückvergütungen aufgeklärt wurde. Dem Kunden ist daher durch den Erwerb der Fondsanteile in der Höhe der Investition ein Schaden entstanden. Der Totalausfall muss nicht bereits sicher feststehen. Die Bank wird ausreichend geschützt, dass ihr die Fondsanteile übertragen werden.

*OLG Stuttgart, 5. Zivilsenat, Urteil vom 14. September 2018, 5 U 98/17, rechtskräftig. Besprechungen: NZZ 15. September 2018, 27 (Safra Sarasin verliert gegen Drogeriekönig Müller); NZZ 15. September 2018, 38 (Cum-Ex-Geschäfte: Heiligt der Zweck die Mittel?).*

**r35 Sicherungsmassnahme gestützt auf Art. 47 Abs. 2 LugÜ für eine griechische Beschlagnahme. Verarrestierung des Bankkontos einer schweizer Aktiengesellschaft zufolge Durchgriffs. *Mesure conservatoire fondée sur l'art. 47 al. 2 CL pour une saisie grecque. Séquestre d'un compte bancaire appartenant à une société anonyme en application de la théorie du Durchgriff.***

Gestützt auf einen in Griechenland ergangenen und in der Schweiz vollstreckbar erklärten Entscheid des einstweiligen Rechtsschutzes erwirkte die B. S.A. beim Bezirksgericht Zürich einen Arrestbefehl gegen den Arrestschuldner. Arrestgegenstand bildeten u.a. Ansprüche der H. Ltd., G. Corp. und F. Inc. gegenüber der A. AG. In der Folge wurde ein Bankkonto der A. AG verarrestiert, wogegen sich diese erfolglos zur Wehr setzt. Das Bundesgericht hält fest, dass die «konservative Beschlagnahme» griechischen Rechts nach erfolgtem Exequatur (Art. 38 ff. LugÜ) zum Arrest in der Schweiz berechtigt (Art. 47 Abs. 2 LugÜ i.V.m. Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG). Unter Willkürgesichtspunkten sei nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz davon ausging, die verarrestierten Vermögenswerte lauteten nur formell auf die A. AG und würden zufolge Durchgriffs uneingeschränkt dem Arrestschuldner gehören.

BGE 143 III 693 (BGer, 5A\_899/2016 vom 27. November 2017, II. zivilrechtliche Abteilung, A. AG gegen Bank B. S.A.). **Entscheid zum gleichen Sachverhalt:** BGer, 5A\_900/2016 vom 27. November 2017 (II. zivilrechtliche Abteilung, H. Ltd., G. Corp. und F. Inc. gegen Bank B. S.A., weitgehend identische Begründung). **Besprechungen:** Arnold, ZZZ 42/2017, 187 ff.; Jurius, Jusletter 15. Januar 2018; Jacot-Guillarmod, <www.lawinside.ch/575>.

**r36 Contrat de crédit. Election de for à l'étranger. Action en libération de dette en Suisse. Exception d'incompétence. Kreditvertrag. Gerichtsstandswahl im Ausland. Aberkennungsklage. Unzuständigkeitseinrede.**

Contrat de crédit conclu entre une banque avec siège à Vaduz et une personne domiciliée en Gruyère. Clause d'élection de for judiciaire exclusif à Vaduz avec possibilité pour la banque de rechercher l'emprunteuse au for de son domicile ou à tout autre fort compétent. Poursuite intentée par la banque au domicile de l'emprunteuse. Mainlevée de l'opposition ordonnée par le juge compétent. Action en libération de dette ouverte par l'emprunteuse devant le Tribunal civil de l'arrondissement de la Gruyère. Exception d'incompétence invoquée par la banque en raison de la clause

d'élection de for. Exception rejetée en première instance mais admise en seconde instance cantonale et confirmée par le TF.

1. Le for de l'action en libération de dette (art. 82 LP) n'est pas impératif et peut être remplacé par un autre for convenu contractuellement. – 2. Le for de cette action négatoire (art. 88 CPC) n'est pas nécessairement celui du domicile du créancier lorsque ce dernier se trouve à l'étranger. Il peut en effet exister un for de nécessité au lieu du domicile ou du siège du débiteur (art. 3 LDIP). Toutefois, si une clause d'élection de for a été convenue entre les parties, le débiteur doit démontrer qu'il est abusivement privé de la protection du for prévu en Suisse conformément à l'art. 5 al. 2 LDIP. – 3. En l'espèce, l'emprunteuse n'a pas tenté de prouver qu'elle était abusivement privée de sa protection résultant du for prévu en Suisse par l'art. 83 al. 2 LP.

TF, 4A\_229/2018 du 12 octobre 2018 (1<sup>re</sup> Cour de droit civil, X contre Z Bank AG et C SA).

**r37 Action en responsabilité. Maxime de disposition (art. 58 CPC). Différence entre petitum et postes du dommage. Formulation des conclusions. Schadenersatzklage. Dispositionsmaxime (Art. 58 ZPO). Unterscheidung zwischen Streitgegenstand und Schadensposten. Formulierung der Rechtsbegehren.**

Un client actionne sa banque en invoquant deux dommages distincts et conclut au paiement de la somme des dommages allégués. Le Tribunal de première instance (TPI) admet partiellement la demande pour les deux postes. Saisie par la banque, la Cour de justice admet l'appel concernant le second poste, rejette la demande du client pour celui-ci et confirme le montant alloué par le TPI pour le premier poste. La Cour précise toutefois que le dommage du premier poste était en réalité plus important que celui alloué par le TPI, mais, faute du recours du client, la Cour ne pouvait allouer un montant supérieur. Recours du client admis par le TF.

1. L'art. 58 al. 1 CPC dispose que le tribunal ne peut accorder à une partie ni plus ni autre chose que ce qui est demandé, ni moins que ce qui est reconnu par la partie adverse (principe de disposition). En application de ce principe, le juge est lié par les conclusions (*Rechtsbegehren*) des parties, c'est-à-dire par le montant total réclamé qui constitue l'objet du litige. Le juge peut ainsi allouer davantage pour un poste du dommage et moins pour un autre sans violer le prin-

cipe de disposition, pour autant que le montant total alloué ne soit pas supérieur au montant total réclamé. – 2. *In casu*, la Cour de justice a considéré à tort être limitée par le montant octroyé par le Tribunal de première instance pour le premier poste. Elle était en réalité uniquement limitée par le montant total accordé par le TPI, soit le montant octroyé pour le premier poste additionné avec celui du second.

TF, 4A\_54/2017 du 29 janvier 2018 (I<sup>e</sup> Cour de droit civil, X contre Z Bank AG). *Recensions*: C. Hirsch, <[www.cdbf.ch/1003](http://www.cdbf.ch/1003)>; Stohwasser, *ius.focus* 6/2018 Nr. 141.

**r38 Dérivés. ISDA Master agreement. Faillite. Ré-siliation anticipée. Fardeau de la preuve du dommage (Lehman). – Derivate. ISDA Master agreement. Konkurs. Vorzeitige Kündigung. Schadensnachweis, Beweislast (Lehman).**

Dérivés conclus avec Lehman Brothers Finance AG (Suisse) garantis par Lehman Brothers Holdings Inc. (Etats-Unis), soumis au Master Agreement ISDA 1992. La mise sous protection judiciaire de la garante à New York le 15 septembre 2008 est un cas de «Automatic Early Termination», auquel les parties étaient convenues d'appliquer la «Second method and Loss» pour le calcul du montant dû (par l'une ou l'autre partie selon le résultat du calcul). Les demanderesses ont soumis le calcul de leur dommage («Calculation Statement») pour env. CHF 642 millions au liquidateur de Lehman Brothers Finance AG, qui l'a rejeté. Leur action en contestation de l'état de collocation a été rejetée par le Bezirksgericht Zurich; recours rejetés par l'Obergericht et par le TF.

1. Les parties ont soumis le Master Agreement au droit anglais. Le TF limite son examen à l'application arbitraire du droit étranger par le tribunal cantonal. – 2. L'action en contestation de l'état de collocation est une action de droit matériel. La répartition du fardeau de la preuve est déterminée par le droit applicable à la créance invoquée. En revanche, la *lex fori* (CPC) régit le droit à la preuve, les modes de preuve et les exigences applicables à l'allégation des faits et à l'offre de preuves. – 3. En l'absence d'une décision anglaise sur la question, le tribunal cantonal n'a pas fait une application arbitraire du droit anglais en jugeant que les demandeurs ne pouvaient pas se limiter à présenter un calcul de leur dommage et qu'ils supportent le fardeau de la preuve de ce dommage. – 4. Le calcul du dommage résultant de la liquidation des dérivés est une question de haute complexité financière et exige des connaissances dont un tribunal ne dispose

généralement pas. Seule une expertise judiciaire aurait été un moyen de preuve adéquat (art. 183 ss CPC). – 5. Lorsqu'une expertise judiciaire est nécessaire à la preuve d'un fait et que la procédure est soumise à la maxime des débats (*Verhandlungsmaxime*), il appartient aux parties de la requérir. Le tribunal ne peut pas l'ordonner d'office. – 6. Ayant confirmé à deux reprises qu'ils renonçaient à requérir une expertise judiciaire, les demandeurs supportent l'échec de la preuve de leur dommage.

TF, 5A\_723/2017 du 17 décembre 2018 (I<sup>e</sup> Cour de droit civil, A. Stiftung gemeinnützige Gesellschaft m.b.H. et B. GmbH & Co. KG c. masse en faillite de Lehman Brothers Finance AG en liquidation). *Recension*: Philipp H. Haberbeck, *Inside Law*, <<https://insidelaw.ch/interesting-new-sft-judgment-re-lehman-brothers-isda-master-agreement/>>.

**r39 Definitive Rechtsöffnung. Währung der Darlehenszinsen. Mainlevée définitive. Monnaie des taux d'intérêt.**

Eine deutsche Grossbank verlangt die definitive Rechtsöffnung für eine Darlehensforderung inklusive Zinsen. Die kapitalisierte Zinsforderung wurde im Zahlungsbefehl aber nur in Euro, nicht aber in Schweizer Franken angegeben. Das Gericht kommt zum Schluss, dass diese Forderung nicht mitbetrieben wurde, weshalb kein schutzwürdiges Interesse für eine definitive Rechtsöffnung bestehe.

ZH Obergericht, RT170190-O/U vom 7. Februar 2018 (A. Aktiengesellschaft gegen B.).

**r40 Séquestre. Revendication d'un droit de gage sur les avoirs séquestrés. Arrest. Geltendmachung eines Pfandrechts an den verarrestierten Vermögenswerten.**

Dans un séquestre, il incombe au tiers (ici : la banque en mains desquelles les avoirs sont séquestrés) qui revendique un droit de gage d'indiquer le montant de la créance garantie à l'office des poursuites. S'il ne le fait pas, l'office lui fixe un délai à cette fin. S'il ne s'exécute pas à l'échéance de ce délai, l'office doit considérer que la créance garantie est équivalente au montant du droit de gage.

ATF 144 III 198 (TF, 5A\_671/2017 du 23 janvier 2018, I<sup>e</sup> Cour de droit civil, E. AG contre B., C., A.) *Recension*: Wiget, <<http://swissblawg.ch>>, 15 avril 2018; ZZZ 43 (2017) 264.

**r41 Kraftloserklärung einer Inhaberobligation mit Grundpfandverschreibung. Örtliche Zuständigkeit. *Annulation d'une obligation hypothécaire au porteur. Compétence territoriale.***

Für die Kraftloserklärung einer Inhaberobligation mit Grundpfandverschreibung ist Art. 43 Abs. 2 ZPO betreffend Grundpfandtitel und nicht Art. 42 Abs. 3 ZPO betreffend übrige Wertpapiere anwendbar. Es ist daher das Gericht am Ort, an dem das Grundstück ins Grundbuch aufgenommen wurde, örtlich zuständig und nicht das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der Schuldnerin oder des Schuldners.

*BGer, 5A\_331/2018 vom 21. Dezember 2018 (II. zivilrechtliche Abteilung, Erbgemeinschaft des A., bestehend aus B., C., D., E., F., und G.), zur Publikation vorgesehen. Besprechung: Donauer, dRSK, publiziert am 26. Februar 2019; Nussbaumer, <www.lawinside.ch/721/>.*

**r42 Vorsorgliche Massnahmen. Verwertungsverbot hinterlegter Aktien. Anwendbarkeit von US-Sanktionen. *Mesures provisionnelles. Interdiction de la réalisation des actions déposées. Applicabilité des sanctions US.***

Die Klägerin, eine Gesellschaft mit Sitz in Panama, unterhält eine Konto- und Depotbeziehung zu einer Schweizer Bank und hat von dieser einen festen Vorschuss im Umfang von USD 160 Mio erhalten. Nachdem D., der Alleineigentümer der einzigen Begünstigten der Grossmuttergesellschaft der Klägerin, vom U.S. Office of Foreign Assets Control auf eine Sanktionsliste gesetzt worden war, wurde der feste Vorschuss zur Rückzahlung fällig. Die Klägerin wollte den Vorschuss mittels Verkaufs von Wertschriften und späterer Verrechnung zurückzahlen. Die Bank führte diesen Auftrag aber mit Hinweis auf die Sanktionierung von D. nicht aus und verbuchte den Vorschuss neu im Kontokorrent der Klägerin. Sie forderte die Klägerin auf, den Fehlbetrag auszugleichen mit der Androhung, dass ansonsten die sich im Depot der Klägerin befindlichen Aktien der E. verwertet würden. Die Klägerin erwirkt gegen die Bank ein vorsorgliches Verwertungsverbot.

1. Streitig ist, ob die US-Sanktionen auch auf die Klägerin anwendbar sind oder nicht. Diese ist zwar selbst nicht auf der Sanktionsliste aufgeführt, hat aber angegeben, dass D. der wirtschaftlich Berechtigte an ihrem Vermögen sei. – 2. Im Rahmen eines Verfahrens über den Erlass vorsorglicher Massnahmen gilt das Beweismass des Glaubhaftmachens. Der Anwendungsbereich des US-Sanktionenrechts muss nicht abschliessend geklärt werden. – 3. Bei einer formalis-

tischen Betrachtung des Sanktionenrechts scheint die Klägerin nicht von den Sanktionen umfasst, zumal D. nicht als Eigentümer sondern lediglich als (indirekt) Begünstigter der Klägerin anzusehen ist und die Konstruktion schon seit rund 20 Jahren besteht. Es erscheint glaubhaft, dass der Verkauf von USD-Wertschriften der Klägerin zur Tilgung des festen Vorschusses durch die Sanktionen nicht erfasst ist.

*ZH Handelsgericht, HE180247-O vom 13. September 2018 (A2. S.A. gegen B. AG).*

**VI. Übermittlung von Personendaten an ausländische (Steuer-)Behörden – *Transmission de données aux autorités (fiscales) étrangères***

**r43 Protection des données. Communication transfrontière. US DOJ Program. Motifs justificatifs (non). *Datenschutz. Grenzüberschreitende Datenübermittlung an das DOJ. Fehlende Unerlässlichkeit.***

Dans le cadre du US DOJ Program, des banques envisagent de communiquer des listes sur lesquelles figurent le nom et la fonction d'employés, d'un directeur, respectivement d'un administrateur président d'une société de gestion de fortune dont les avoirs sont déposés auprès d'une banque, liés à des comptes présentant des indices d'américanité («US Related»). Requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles tendant à ce qu'il soit fait interdiction aux banques de transmettre, de communiquer ou de porter à la connaissance de tiers ou d'Etats tiers, notamment du DOJ, des données concernant ou toute autre information pouvant mener à leur identification. Les instances cantonales (GE, VD et TI) considèrent que la communication transfrontalière des données litigieuses ne peut être autorisée qu'à condition de se fonder sur l'un des motifs justificatifs prévus à l'art. 6 al. 2 LPD, les Etats-Unis ne disposant pas d'une législation assurant un niveau de protection adéquat au sens de l'art. 6 al. 1 LPD. En l'occurrence, selon les tribunaux cantonaux, les banques ne parviennent pas à démontrer qu'un tel motif est réalisé, notamment que la communication des données litigieuses répondrait à un intérêt public prépondérant (art. 6 al. 2 let. d LPD). Recours des banques au TF.

1. L'art. 6 al. 2 let. d LPD prévoit qu'en dépit de l'absence d'une législation assurant un niveau de protection adéquat à l'étranger, des données personnelles

peuvent être communiquées à l'étranger si la communication est indispensable soit à la sauvegarde d'un intérêt public prépondérant, soit à la constatation, l'exercice ou la défense d'un droit en justice. – 2. Rappel de la pesée des intérêts (art. 4 CC) lié au litige fiscal avec les Etats-Unis à analyser *in concreto*. – 3. En l'espèce, les banques ne réussissent pas à démontrer que la non-communication des données litigieuses aurait concrètement pour conséquence une remise en cause de l'accord trouvé par la banque avec les autorités américaines. – 4. Les banques estiment que les preuves mises à leur charge sont impossibles à apporter. Les instances cantonales auraient donc dû se satisfaire d'une vraisemblance prépondérante et non exiger la certitude. Le TF réfute cet argument en soulignant que les autorités américaines se sont engagées à interpellier par écrit les banques avant toute poursuite judiciaire. Si une telle interpellation devait avoir lieu, la banque pourrait ainsi apporter une preuve au degré de la certitude. Rejet des recours.

TF, 4A\_522/2017 du 10 avril 2018 (I<sup>re</sup> Cour de droit civil, X. SA contre L.).

TF, 4A\_514/2017 du 10 avril 2018 (I<sup>re</sup> Cour de droit civil, X. SA contre N.).

TF, 4A\_516/2017 du 10 avril 2018 (I<sup>re</sup> Cour de droit civil, X. SA contre M.).

TF, 4A\_324/2017 du 16 avril 2018 (I<sup>re</sup> Cour de droit civil, A. SA contre B.).

TF, 4A\_174/2018 du 22 août 2018 (I<sup>re</sup> Cour de droit civil, X. SA contre A.).

TF, 4A\_280/2018 du 24 août 2018 (I<sup>re</sup> Cour de droit civil, UNION BANCAIRE PRIVEE, UBP SA contre A.).

TF, 4A\_478/2018 du 9 octobre 2018 (I<sup>re</sup> Cour de droit civil, X. contre M.).

TF, 4A\_469/2018 du 12 octobre 2018 (I<sup>re</sup> Cour de droit civil, X. contre N.).

TF, 4A\_493/2018 du 15 octobre 2018 (II<sup>re</sup> Cour de droit civil, X. contre A.).

**r44 Datenübermittlung an das DOJ. Fehlende Unerlässlichkeit. Communication transfrontière au DOJ. Motifs justificatifs (non).**

Treuhänder verlangt Verbot der Datenbekanntgabe an die US-Behörden. Geliefert werden sollen Daten, die auf ein enges Vertrauensverhältnis zum US-Kontoinhaber hindeuten. Der Treuhänder erhält vor allen Instanzen Recht.

1. Das Bundesgericht lässt offen, ob die vom Obergericht Zürich ausgeführte Hauptbegründung, wonach mangels Systemrelevanz der betroffenen Bank kein öffentliches Interesse vorliege, einer Überprüfung standhält. – 2. Die Vermeidung eines Wiederaufflackerkerns des Steuerstreits mit den USA und die Wahrung des Rufs der Schweiz als verlässliche Verhand-

lungspartnerin stellen öffentliche Interessen dar. – 3. Allerdings bestehen zum heutigen Zeitpunkt angesichts der zahlreich abgeschlossenen NPA und mangels konkreter Hinweise keine Anhaltspunkte dafür, dass die strittige Datenherausgabe unerlässlich sei zur Wahrung dieser Interessen.

BGer, 4A\_294/2018 vom 20. Juni 2018 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. AG gegen B.)

**r45 Datenübermittlung an das DOJ. Art. 328b OR keine eigenständige Verbotsnorm. Fehlende Unerlässlichkeit. Communication transfrontière au DOJ. Pas d'interdiction propre fondée sur l'art. 328b CO. Motifs justificatifs (non).**

Eine ehemalige langjährige Bankmitarbeiterin verlangt ein Verbot der Übermittlung ihrer Personendaten an die US-Behörden und erhält Recht, allerdings gestützt auf das DSG und nicht gestützt auf Art. 328b OR. Nach Auffassung des Zürcher Obergerichts stellt Art. 328b OR keine eigenständige Verbotsnorm dar.

ZH Obergericht, LA180002-O/U vom 20. März 2018 (I. Zivilkammer, A. [Bank] gegen B., rechtskräftig.)

**r46 Datenübermittlung an das DOJ. Unterlassungsklage der Bankkundin gutgeheissen. Communication transfrontière au DOJ. Admission de l'action en cessation déposée par la cliente.**

Die Kläger sind eine Gesellschaft mit Sitz auf den Bahamas als vormalige Kontoinhaberin sowie der an besagtem Konto wirtschaftlich Berechtigten. Sie verlangen vor dem Handelsgericht Zürich ein an die Bank gerichtetes Verbot, ihre Personendaten an die US-Behörden zu übermitteln, wobei als Personendaten auch sämtliche Daten gälten, welche die Kläger bestimmbar machen würden (insbesondere auch II.D.2.-Listen). Das Handelsgericht heisst die Klage gut. Das Bundesgericht weist die dagegen erhobene Beschwerde ab.

1. Die aus der auftragsrechtlichen Treuepflicht fließende Diskretions- und Geheimhaltungspflicht bleibt auch nach Ausführung des Auftrages bestehen, allerdings nicht zeitlich unbegrenzt. Ihre Dauer hängt von der Art des Auftrages, von der Stellung und Funktion des Auftraggebers und des Beauftragten, von den wirtschaftlichen und technischen Entwicklungen sowie anderen Umständen ab. – 2. Gegenstand der Diskretions- und Geheimhaltungspflicht sind, mangels tauglicher Anonymisierung oder Pseudonymisierung durch die Bank, auch die in der Leaver-Liste und im Factsheet enthaltenen Daten. – 3. Die Datenübermitt-

lung an das DOJ ist daher mit den (nach-)vertraglichen Treuepflichten der Bank nicht vereinbar, weshalb zumindest der Klägerin ein Anspruch auf Unterlassung der Datenübermittlung zusteht. – 4. Überdies ergibt sich auch auf der Grundlage des Datenschutz- bzw. Persönlichkeitsrechts ein Anspruch der Kläger auf Unterlassung der Datenübermittlung.

BGer, 4A\_365/2017 vom 26. Februar 2018 (I. zivilrechtliche Abteilung, Bank A. AG gegen B. S.A. und C.). **Besprechungen:** Reber, Schweizer Bank 9/2018 20 f.; Jacot-Guillarmod/Hirsch, Le Temps 11. Dezember 2018, 14; NZZ 22. Oktober 2018, 11 (Das Bankgeheimnis ist nicht tot. Für die Lieferung von Bankdaten ins Ausland bestehen nach wie vor rechtliche Schranken); Jacot-Guillarmod, <www.lawinside.ch/660>.

**r47 Datenübermittlung an den IRS. Fehlendes Rechtsschutzinteresse. Communication transfrontière à l'IRS. Absence d'intérêt juridiquement protégé.**

Das Handelsgericht Zürich hatte einer Bank verboten, die Daten zweier betroffener Personen an das DOJ oder den IRS bekanntzugeben. Die Bank macht vor Bundesgericht u.a. geltend, sie habe weder eine Datenlieferung an den IRS angekündigt noch beabsichtige sie eine solche.

1. Um ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse an einer Unterlassungsklage auch im Hinblick auf eine Datenbekanntgabe an den IRS bejahen zu können, müssten konkrete Anhaltspunkte bestehen, dass der IRS eine solche verlangt. Dies ist nicht der Fall. Die Vorinstanz hätte in diesem Punkt nicht auf die Klage eintreten dürfen, weshalb die Beschwerde teilweise gutzuheissen ist. – 2. Die vorliegend geplante Datenübermittlung an das DOJ ist nicht unerlässlich i.S.v. Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG. Die Beschwerde ist daher im Übrigen abzuweisen.

BGer, 4A\_250/2018 vom 1. Oktober 2018 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. SA gegen B. und C.).

**r48 Automatischer Informationsaustausch. Vorsorgliche Massnahmen. Echange automatique d'informations. Mesures provisionnelles.**

Eine juristische Person will ihrer Bank mittels vorsorglicher Massnahmen verbieten, ihre Daten an die ESTV zwecks Weiterleitung an ausländische Behörden im Rahmen des automatischen Informationsaustausches zu übermitteln. Zwischen den Parteien ist umstritten, ob die Klägerin nach dem entsprechenden Abkommen als nicht meldepflichtige aktive Non-Financial-Entity (NFE) oder als meldepflichtige

passive NFE zu qualifizieren ist. Das Handelsgericht weist das Begehren ab.

1. Im Jahr 2017 machte der Buchgeldbestand der Klägerin bei der Beklagten 69 Prozent ihrer gesamten Vermögenswerte aus und lag damit über dem massgeblichen Schwellenwert von 50 Prozent für eine aktive NFE. – 2. Bei der Qualifikation als passive NFE kann es nicht darauf ankommen, dass die Klägerin mit diesen Vermögenswerten keine Einkünfte in Form von Zinsen und dergleichen erzielt hat. Es muss hierfür die blosse Möglichkeit, dass Vermögenswerte passive Einkünfte erzielen können, genügen. – 3. Die Klägerin ist daher als meldepflichtige passive NFE zu qualifizieren.

ZH Handelsgericht, HE180232-O vom 21. August 2018 (A. AG, B., C., Deutschland, gegen D. AG).

**r49 Amtshilfe DBA CH–US. Bedeutung des US-Programms für die Amtshilfe. Assistance administrative avec les Etats-Unis. Signification du programme américain pour l'assistance administrative.**

Der IRS stellt ein Amtshilfeersuchen betreffend ein Konto bei einer Bank, die am US-Programm teilnimmt. Die Beschwerdeführenden machen geltend, dass auf das Amtshilfeersuchen gar nicht hätte eingetreten werden dürfen, weil ihre Daten in Treu und Glauben widersprechender Weise oder durch strafbare Handlungen erlangt worden seien (Art. 7 Bst. c StAhiG).

1. Bei der Frage, ob das US-Programm bzw. die daraus abgeleitete Vertrauensposition der zuständigen Behörde zur Folge habe, dass kein Verstoss gegen Treu und Glauben nach Art. 7 lit. c StAhiG vorliege, handelt es sich um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. – 2. Obwohl im Joint Statement ein ausdrücklicher Hinweis fehlt, dass ein Staat durch dessen Unterzeichnung gebunden wird, steht fest, dass die Verhandlungsstaaten der Unterzeichnung einvernehmlich diese Wirkung beilegen wollten. – 3. Selbst ein einseitiges vertrauenserweckendes Verhalten kann im zwischenstaatlichen Verkehr verpflichtende Wirkung entfalten. Sowohl der Bundesrat als auch das Parlament haben ausdrücklich ihre Kooperationsbereitschaft betreffend das US-Programm festgehalten und den USA kundgetan. Die Schweiz ist an diese Zusicherungen gebunden. – 4. Das Vorgehen der USA kann nicht als treuwidrig gewertet werden.

BGer, 2C\_1042/2016 vom 12. Juni 2018 (II. öffentlich-rechtliche Abteilung, A. SA und B. gegen Eidgenössische Steuerverwaltung).

**r50 Amtshilfe DBA CH-IN. Gestohlene Daten (Falciani). Assistance administrative avec l'Inde. Données volées (Falciani).**

Das indische Ministry of Finance ersucht um Amtshilfe. Die betroffenen Personen machen geltend, dass das Ersuchen auf Falciani-Daten beruhe und deshalb gestützt auf Art. 7 lit. c StAhiG nicht darauf hätte eingetreten werden dürfen. Das Bundesgericht weist ihre Beschwerde ab.

1. Die alleinige Verwendung von illegal erworbenen Daten verletzt nicht per se den Grundsatz von Treu und Glauben. Eine Ausnahme besteht dann, wenn der ersuchende Staat die Daten gekauft (und nicht beispielsweise passiv von anderen Staaten erworben) hat. – 2. Darüber hinaus ist der Beizug sämtlicher konkreter Umstände des Einzelfalls geboten, um einen allfälligen Verstoss gegen Treu und Glauben beurteilen zu können. Ein solcher läge beispielsweise vor, wenn der ersuchende Staat der Schweiz eine ausdrückliche Zusicherung gegeben hätte, die gestohlenen Daten nicht für Amtshilfeersuchen zu verwenden (so passiert in BGE 143 II 224). Indien hat keine entsprechende Zusicherung abgegeben.

BGer, 2C\_648/2017 vom 17. Juli 2018 (II. öffentlich-rechtliche Abteilung, A., B., C. Ltd. und D. Ltd. gegen Eidgenössische Steuerverwaltung). **Besprechung:** NZZ 3. August 2018, 23 (Das Bundesgericht bremst das Parlament aus); Liégeois, <www.cdbf.ch/102>1>; Schürch, <www.lawinside.ch/647>.

**r51 Verbotene Handlungen für einen fremden Staat (Art. 271 StGB). Actes exécutés sans droit pour un Etat étranger (art. 271 CP).**

A. wird vorgeworfen, er habe in seiner Funktion als Verwaltungsratspräsident der B. AG dem DOJ im Hinblick auf den Abschluss eines Non Prosecution Agreement (NPA) einen USB-Stick mit 109 Dossiers von in den USA potenziell steuerpflichtigen Kunden durch eine New Yorker Anwaltskanzlei übergeben lassen, ohne über eine Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB verfügt zu haben. Er macht geltend, gestützt auf die legal opinion zweier Rechtsanwälte sowie das Gutachten von Prof. Dr. H. davon ausgegangen zu sein, das gewählte Vorgehen sei rechtmässig. Das Bundesstrafgericht spricht ihn frei: Im Schrifttum werde teilweise die Rechtmässigkeit der einschlägigen Vorgehensweise bejaht. Es sei zugunsten des Beschuldigten davon auszugehen, dass er auf die Rechtmässigkeit der Datenlieferung vertraut habe, weshalb es am Vorliegen des subjektiven Tatbestandes fehle. Das Bundesgericht hebt den Entscheid auf.

1. Der Verbotsirrtum stellt ein Schulselement dar. Die Vorinstanz verletzt Bundesrecht, wenn sie das Wissen über die Verbotenheit des normierten Verhaltens als subjektives Tatbestandsmerkmal qualifiziert. – 2. Der Verbotsirrtum war vermeidbar. Der Beschuldigte hätte angesichts der beiden nicht eindeutigen Rechtsauskünfte nicht einfach auf den für ihn günstigsten Standpunkt vertrauen dürfen, sondern weitere behördliche Abklärungen vornehmen müssen. Das mutmassliche Renommée der beigezogenen Experten ändert daran nichts. Die Vorinstanz verletzt Bundesrecht, wenn sie im Sinne einer Eventualerwägung von einem unvermeidbaren Verbotsirrtum ausgeht. – 3. Das vorinstanzliche Urteil ist aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird erneut zu prüfen haben, ob dem Beschwerdegegner eine tatbestandsmässige, rechtswidrige und schuldhaft Handlung vorzuwerfen ist.

BStrGer, SK.2017.64 vom 9. Mai 2018 (Strafkammer, Bundesanwaltschaft gegen A.); **aufgehoben durch** BGer 6B\_804/2018 vom 4. Dezember 2018 (Strafrechtliche Abteilung, Bundesanwaltschaft gegen X.). **Besprechungen:** C. Hirsch, <www.lawinside.ch/646>, <www.lawinside.ch/693>; Villard, <www.cdbf.ch/1022>.

## VII. Diverses – Divers

**r52 Aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Glärner Kantonalbank). Responsabilité de l'organe de la banque (Banque cantonale de Glaris).**

2010 reichte die Glärner Kantonalbank (GLKB) beim Kantonsgericht eine Verantwortlichkeitsklage gegen ehemalige Bankräte (entsprechen den Verwaltungsräten), einstige Geschäftsleitungsmitglieder sowie die frühere externe Revisionsstelle ein. Das Institut machte einen Schaden von CHF 34 Mio. geltend. Entstanden ist dieser aus Kreditengagements, die ausserhalb des Kantons getätigt wurden. Das Kantonsgericht hatte im März 2015 die Beklagten zu Zahlungen von rund CHF 16 Mio. verpflichtet. Das Obergericht weist die Sache an die Vorinstanz zur Neu beurteilung zurück.

1. Der Bundesgesetzgeber hat die Haftung für Organe im Bankwesen abschliessend geregelt, womit für kantonale rechtliche Haftungsnormen kein Raum mehr bleibt. Damit gilt für entsprechende Haftungsansprüche die Verjährungsfrist von fünf Jahren gemäss Art. 760 Abs. 1 OR. – 2. Die streitgegenständlichen Kreditengagements müssen einzeln und detail-

liert auf mögliche Pflichtverletzungen geprüft werden. Dies setzt spezifisches Bankfachwissen voraus. Insofern die Gerichte nicht über dieses Wissen verfügen, ist darüber eine Expertise erstellen zu lassen. – 3. Die allgemein gehaltenen Erkenntnisse der Vorinstanz hinsichtlich der angelasteten Pflichtverletzungen vermögen keine Verantwortlichkeit i.S.v. Art. 754 OR zu begründen. Im Verantwortlichkeitsprozess ist es unerlässlich, auf der Grundlage der Vorbringen der Klägerin zu erwägen und festzuhalten, ob und ggf. zu welchem Zeitpunkt konkret welche Massnahmen zu treffen gewesen wären, um einen als unhaltbar erkannten Zustand im Bereich der Kreditvergabe zu beheben, und wie sich die Massnahmen spezifisch auf die streitgegenständlichen Kreditvergaben ausgewirkt hätten. – 4. Die Vorinstanz geht weiter von einem unzutreffenden Schadensbegriff aus, indem sie den Schaden mit den behaupteten Forderungsausfällen gleichsetzt. Der Schadenersatz ist jedoch nicht mit dem Erfüllungsanspruch gleichzusetzen. Die Sache wird an die Vorinstanz zurückgewiesen.

GL Obergericht, OG.2015.00024-30 vom 6. Juni 2018 (Glarner Kantonalbank gegen diverse Beklagte) **Vorinstanzen:** GL KGer, ZG.2010.00646, ZG.2010.00721 und ZG.2010.00728 vom 19. März 2015 (Glarner Kantonalbank gegen diverse Beklagte: Gutheissung), SZW 2015 391, 44 r50; GL Obergericht, OG.2011.00004 vom 1. Juli 2011, SZW 2012 345 r44 (Glarner Kantonalbank gegen diverse Beklagte: zivilrechtliche Zuständigkeit bejaht). **Besprechungen:** Südostschweiz vom 10. September 2018 (Mit der Schadenersatzklage zurück ans Kantonsgericht), NZZ 3. Juli 2018, 24 (Kreditdesaster der GLKB als Endlosgeschichte).

**r53 Aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Swissair). Responsabilité du conseil d'administration (Swissair).**

Die Swissair AG in Nachlassliquidation klagt auf Schadenersatz aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR vor dem Zürcher Handelsgericht gegen 14 ehemalige Verwaltungsräte und faktische Organe der Swissair AG respektive der Mutter SAirGroup AG wegen Ausfalls der Cash-Pool-Forderung und wegen Ausfalls mehrerer gewährter Festgeld-Darlehen. Das Handelsgericht weist die Klage ab. Gegen das Urteil wurde fristgemäss eine bundesgerichtliche Beschwerde eingereicht, die noch hängig ist.

ZH Handelsgericht, HG130073-OU vom 16. März 2018 (Swissair in Nachlassliquidation gegen ehemalige Organe, rechtskräftig). **Besprechungen:** Jutzi/Müller, AJP 2018 1023–1034 (Besprechung von ZH Handelsgericht, HG130073-OU vom 16. März 2018); NZZ 7. April 2018, 27 (Eine Swissair-Klage läuft auf Grund. Das Zürcher Handelsgericht sieht trotz Verstössen gegen das Obligationenrecht keine Pflichtverletzung).

**r54 Contrat de travail. Résiliation ordinaire. Congé abusif (non). Droit au bonus (non). Arbeitsvertrag. Ordentliche Kündigung. Missbräuchlichkeit (nein). Anspruch auf Bonus (nein).**

Employé de banque qui reçoit une part importante de son salaire en bonus discrétionnaire et en actions bloquées. L'employé n'informe son employeur ni d'un litige entre deux de ses clients ni d'une mise en demeure à l'encontre de la banque de payer 2 millions USD envoyée par l'avocat d'un de ses clients. Résiliation ordinaire du contrat par la banque en novembre 2011 pour mai 2012. Contestation du congé par l'employé. Non-versement des bonus (en espèce et en action bloquées) pour les années 2011 et 2012. Rejet de l'action en paiement intentée par l'employé devant le Tribunal des prud'hommes. Recours rejetés par la Cour de justice genevoise et par le Tribunal fédéral.

1. Rappel des règles applicables en matière de congé ordinaire abusif (art. 336 CO). En l'espèce, vu le comportement de l'employé, notamment le fait de ne pas avoir informé son employeur de la mise en demeure, le rapport de confiance était rompu et la résiliation ordinaire n'était ainsi pas abusive. – 2. Rappel didactique de la récente jurisprudence relative au bonus. Distinction entre (a) le salaire variable, (b) la gratification à laquelle l'employé a droit et (c) la gratification à laquelle il n'a pas droit. – 3. Il n'y a pas de droit à la gratification lorsque, par contrat, les parties ont réservé tant le principe que le montant du bonus. Or, tel est le cas en l'espèce puisque le bonus était discrétionnaire, ce qui était rappelé à chaque versement. – 4. L'employé ne réussit pas à prouver que les parties avaient convenu tacitement d'un bonus. Le simple fait d'avoir perçu durant 4 ans un bonus n'en fait ni un salaire variable ni une gratification à laquelle il aurait droit.

TF, 4A\_78/2018 du 10 octobre 2018 (1<sup>re</sup> Cour de droit civil, X. contre Z. SA). **Recension:** C. Hirsch, <www.lawinside.ch/695>; C. Hirsch, Le droit au bonus de l'employé licencié, Droit-DuTravail.ch, janvier 2019.

**r55 Staatshaftung für Handlungen der Eidg. Bankenkommission und des bankgesetzlichen Beobachters (Holenweger). Responsabilité de l'Etat pour les actes de la Commission fédérale des banques et de l'observateur nommé par cette dernière (Holenweger).**

Oskar Holenweger und ein Mitaktionär der Tempus Privatbank reichten im April 2012 beim Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) ein Schadenersatzbegehren von über CHF 17 Mio. gestützt auf Staatshaftung ein. Die Bundesanwaltschaft (BA) habe ohne hinreichenden Tatverdacht und gestützt auf widerrechtlich erlangte Beweismittel ein Ermittlungsverfahren gegen Oskar Holenweger geführt, welches die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) dazu veranlasst habe, mit superprovisorischer Verfügung die Y. AG als Beobachterin einzusetzen. Diese Handlungen hätten zum Notverkauf der Privatbank unter ihrem eigentlichen Wert geführt. Das EFD trat auf das Begehren nicht ein. Das angerufene BVGer überweist

die Schadenersatzbegehren von Oskar Holenweger gegenüber der BA dem BstrGer. Im Übrigen weist es die Beschwerden ab. Unter privatrechtlichen Gesichtspunkten interessiert die Haftung der EBK und der bankengesetzlichen Beobachterin.

**1.** Das Bankengesetz dient nicht dem Schutz der Banken und ihrer Aktionäre, sondern dem Schutz von deren Gläubigern. Beim Verstoss gegen bankengesetzliche Normen – konkret: Der ungerechtfertigten Einsetzung eines Beobachters – fehlt es daher an einer einschlägigen Schutznorm als Grundlage für einen reinen Vermögensschaden, der gegenüber der Bankenaufsicht (EBK) geltend gemacht werden könnte. – **2.** Die Haftung des Beobachters wurde erst mit der Revision des Bankengesetzes am 1. Juli 2004 ausdrücklich dem Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes unterstellt. Das Regime der Staatshaftung gilt aber auch für frühere Sachverhalte. – **3.** Die Bestimmung über die Einsetzung eines Beobachters (Art. 23<sup>quater</sup> aBankG) dient nicht dem Schutz der Aktionäre der Bank. Mangels einer einschlägigen Schutznorm, welche die Aktionäre anrufen können, fehlt es an der Voraussetzung der Widerrechtlichkeit für die Schadenersatzklage.

*BVGer, A-3150/2016 vom 3. Juli 2018 (Holenweger et al. gegen Eidgenössisches Finanzdepartement, nicht rechtskräftig). Vorinstanz: Verfügung der EFD vom 13. April bzw. 1. September 2016. Besprechungen: Medienmitteilung zum Urteil A-3150/2016 vom 3. Juli 2018 (Ansprüche zweier Privatbankiers aus Staatshaftung); Jurius, Jusletter 13. August 2018; Luzerner Zeitung vom 18. Juli 2018 (Ex-Banker Holenweger fordert Schadenersatz von 16 Millionen Franken); Bechaalany, <www.cdbf.ch/1016>; Bertschinger, SZW 2018 708–725.*

**r56 Kontrahierungszwang für Bankkonten. Zuständigkeit der Zivilgerichte. Obligation de conclure une relation bancaire. Compétence des tribunaux civils.**

Die ZKB löste die Geschäftsbeziehung zu A. und dem Verein B. (Beschwerdeführer) vor einigen Jahren auf. Die Beschwerdeführer erachteten dies als gesetzeswidrig und gelangten an den Bankrat. Die Direktion der ZKB lehnte die Eröffnung von Geschäftsbeziehungen mit den Beschwerdeführern ab. Dagegen gelangten diese an das Verwaltungsgericht Zürich, welches nicht auf die Angelegenheit eintrat, weil es die Frage, mit wem die Bank eine Kundenbeziehung eingehen wolle, als rein privatrechtlicher Natur erachtete. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab: Insbesondere dort, wo das Rechtsverhältnis zwischen einem Unternehmen und seinen Kunden privatrechtlich

geregelt sei, sei auch ein allfälliger Kontrahierungszwang, der sich aus dem massgeblichen öffentlichen Recht ergebe, auf dem Wege des Zivilprozesses durchzusetzen.

*BGer, 2C\_966/2018, 2C\_967/2018 vom 29. Januar 2019 (II. öffentlich-rechtliche Abteilung, A. gegen Zürcher Kantonalbank; Verein B. gegen Zürcher Kantonalbank). Besprechung: NZZ 16. Februar 2019, 17 (Die ZKB will Minelli nicht als Kunden haben).*

**r57 Gemeinschaftskonto. Privilegierte Einlagen. Compte joint. Dépôts privilégiés.**

Ein Ehepaar (Kläger) hatte bei der Bank D., über welche die FINMA den Konkurs eröffnete, ein Euro-Gemeinschaftskonto («und/oder-Konto»), dessen Saldo im Zeitpunkt der Konkursöffnung rund CHF 350 000 betrug. Die Kläger fordern die Überweisung von je CHF 100 000 als privilegierte Einlage i.S.v. Art. 37b Abs. 1 BankG. Das Bezirksgericht Zürich gibt ihnen Recht.

**1.** In der Lehre ist umstritten, ob bei Gemeinschaftskonten das Privileg maximal einmal im Umfang von CHF 100 000 zu gewähren ist oder ob das Privileg für jeden einzelnen gilt. Die zweite Auffassung verdient den Vorzug. – **2.** Gemäss Art. 24 Abs. 1 BIV-FINMA werden *Gesamthandskonten* als einzelne Forderung betrachtet, weshalb das Privileg nur einmal geltend gemacht werden kann. Anders gestaltet sich die Rechtslage bei *Gemeinschaftskonten*. Nach Art. 24 Abs. 2 BIV-FINMA sind Solidarforderungen den Solidargläubigern zu gleichen Teilen anzurechnen. Da nach dieser anteilmässigen Anrechnung jeder Solidargläubiger jeweils für sich seine Forderung geltend machen kann, steht jedem einzelnen das Privileg im Umfang von maximal CHF 100 000 zu.

*ZH Bezirksgericht, FO170001 vom 5. Oktober 2017.*

**r58 Whistleblowing. Mehrfache Verletzung des Bankgeheimnisses (Hildebrand). Whistleblowing. Violations répétées du secret bancaire (Hildebrand).**

Der Beschuldigte hatte als IT-Mitarbeiter einer Bank Zugang zu Kundendaten. Er fertigte Screenshots von Dollartransaktionen an, welche vor und nach der Einführung des Euro-Mindestkurses über das Konto des damaligen Nationalbankpräsidenten getätigt wurden. Er offenbarte die Informationen Rechtsanwalt E., Kantonsrat M., Nationalrat G. und zwei Zeitungsjournalisten. Zu beurteilen war der Vorwurf der mehrfachen Verletzung des Bankgeheimnisses.

**1.** Das Anwaltsgeheimnis bietet dem Mandanten Gewähr, dass er sich dem Anwalt rückhaltlos und umfassend anvertrauen kann. Der Beschuldigte ging subjektiv nachvollziehbar davon aus, die Offenbarung gegenüber E. sei vom Anwaltsgeheimnis geschützt, weshalb ein (Putativ-)Rechtfertigungsgrund nach Art. 14 StGB vorliegt. Freispruch in diesem

Punkt. – 2. Die Offenbarung gegenüber M. und G. war nicht gerechtfertigt. Für rechtmässiges Whistleblowing (Wahrung berechtigter Interessen) muss eine dreistufige Kaskade eingehalten werden: Zunächst Information der internen Compliance, anschliessend externer Stellen und erst als ultima ratio Information der Medien. Der Beschuldigte durfte die erste Stufe überspringen, da sie – im Hinblick auf die Prominenz des Kunden – kaum erfolgversprechend gewesen wäre. Auch eine Meldung an die interne Compliance war – aus Furcht vor Repressalien – nicht zumutbar. Statt an M. und G. hätte der Beschuldigte als nächstes aber an den Bankrat, den Bundesrat oder die Strafverfolgungsbehörden gelangen müssen. Schuldpruch in diesem Punkt. – 3. Die Offenbarung gegenüber den Journalisten war aufgrund legalen Whistleblowing gerechtfertigt. Der Beschuldigte durfte nicht nur die erste, sondern auch die zweite Kaskadenstufe überspringen. Aufgrund der dürftigen Medienmitteilung der Schweizerischen Nationalbank vom 23. Dezember 2011 musste für den Beklagten der Eindruck entstehen, dass ein peinliches Thema unter den Tisch gekehrt und nicht weiter untersucht werden solle. Die Information weiterer externer Stellen war ihm nicht zumutbar, der Gang an die Medien gerechtfertigt. Freispruch in diesem Punkt.

ZH Obergericht, SB160259-O/U/cw vom 16. August 2017 (II. Strafkammer, A. gegen Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich und weitere). **Bestätigt durch** BGer, 6B\_200/2018 und 6B\_210/2018 vom 8. August 2018 (Strafrechtliche Abteilung, X. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich und Philipp Hildebrand). **Urteil gegen Rechtsanwalt E.:** ZH Obergericht, SB160257-O/U/cw vom 16. August 2017 (II. Strafkammer, A. gegen Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich und weitere, rechtskräftig). **Besprechungen:** NZZ 24. August 2017, S. 18 (Der Gang zur Weltwoche war gerechtfertigt, Obergericht senkt im Fall Hildebrand die bedingte Geldstrafe für Hermann Lei).

**r59 Whistleblowing. Verletzung des Bankgeheimnisses (Elmer). Whistleblowing. Violation du secret bancaire (Elmer).**

Rudolf Elmer arbeitete seit September 1987 für die Bank Julius Bär & Co. AG in Zürich. 1994 wurde er von der Julius Bär Holding zu einer auf den Kaimaninseln domizilierten Tochtergesellschaft, der Julius Baer Bank & Trust Company Ltd. (JBBT), entstannt. 2002 wurde ihm gekündigt. Danach betätigte er sich als selbsternannter Whistleblower gab Kundendaten an Medien, Steuerbehörden und die Enthüllungsplattform WikiLeaks weiter. Das Bezirksgericht Zürich verurteilte Elmer 2015 wegen Verletzung des Bankgeheimnisses. Das Obergericht Zürich sprach ihn 2016 von diesem Vorwurf frei. Das Bundesgericht hat den Freispruch nun bestätigt, weil Elmer nicht unter den persönlichen Geltungsbereich der Strafnorm fällt.

1. Die Kundenbeziehungen der ausländischen Zweigniederlassung einer Schweizer Bank bilden nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nicht Schutzobjekt von Art. 47 BankG. Es ist daher auf die JBBT und deren Angestellte grundsätzlich nicht anwendbar. Elmer war während seines gesamten Aufenthalts in den Kaimaninseln nie Angestellter einer Bank im Sinne des BankG. – 2. Zu prüfen ist weiter, ob Elmer ein Beauftragter einer Schweizer Bank i.S.v. Art. 47 BankG war. Lagert eine Schweizer Bank ein ganzes Geschäftsfeld an ein nicht dem BankG unterstehendes Drittun-

ternehmen aus, so wird der betreffende Kundendatenbestand der schweizerischen Rechtsordnung und damit dem Geltungsbereich des BankG entzogen. Dies trifft genauso für die Tätigkeit der ausländischen Zweigniederlassungen einer Schweizer Bank zu. Die Offenlegung der betreffenden Kundendaten kann in solchen Fällen nicht nach Art. 47 BankG bestraft werden, selbst wenn dieselben Daten im Zusammenhang mit der übergeordneten Dienstleistung daneben auch bei der schweizerischen Bank verbleiben. Dasselbe gilt, wenn die Bank eine eigene Dienstleistung, etwa die Vermögensverwaltung, durch eine bei Dritten eingekaufte Dienstleistung ergänzt, soweit diese einen rechtlich und wirtschaftlich eigenständigen Vorgang darstellt. Vorliegend bildeten die Bank Julius Bär & Co. AG und die JBBT eine Trust-Company-Struktur: Der Kunde von ersterer (Settlor) begründete einen Trust auf den Kaimaninseln, wobei er die Julius Baer & Trust Company Ltd. als Trustee einsetzte. Bei der Dienstleistung der JBBT handelte es sich um eine rechtlich und wirtschaftlich eigenständige Ergänzung der Vermögensverwaltungsmandate der Bank Julius Bär & Co. AG. Unter diesen Voraussetzungen fällt Elmer auch nicht als Beauftragter in den persönlichen Geltungsbereich der Strafnorm.

BGer, 6B\_1314/2016, 6B\_1318/2016 vom 10. Oktober 2018 (Strafrechtliche Abteilung, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen Rudolf Elmer und Rudolf Elmer gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich). **Vorinstanzen:** ZH Obergericht, SB110200-O/U/cwo vom 19. August 2016; ZH Bezirksgerichts DG140203-L/U vom 12. Januar 2015, SZW 2015 415 r51. **Siehe auch** ZH Obergericht, LB160034-O/U vom 2. Mai 2017 (I. Zivilkammer, Rudolf Elmer gegen Weltwoche). **Besprechungen:** NZZ 11. Oktober 2018, 1 (Bankenscheck Rudolf Elmer siegt vor dem Bundesgericht); Juris, Jusletter 15. Oktober 2018; Villard, <www.cdbf.ch/1050>; C. Hirsch, <www.lawinside.ch/727>.

**r60 Begriff des Schneeballsystems. Beurteilung von Zivilklagen (Behring). Notion de la vente pyramidale. Jugement des actions civiles (Behring).**

Das Bundesstrafgericht hatte den mittlerweile verstorbenen Dieter Behring am 30. September 2016 wegen gewerbsmässigen Betrugs schuldig gesprochen und zu fünfeinhalb Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Dieter Behring erhob gegen seine Verurteilung Beschwerde sowie Berufung beim Bundesgericht, welches die Rechtsmittel am 7. August und am 14. Dezember 2018 abwies. Er beantragte einen vollumfänglichen Freispruch und die Zurückweisung der Zivilklagen sowie deren Verweisung auf den Zivilweg.

1. Der Schluss des Bundesstrafgerichts, dass es sich beim Handelssystem von Dieter Behring um ein «Schneeballsystem» gehandelt hat, verletzt kein Bundesrecht. Ein Schneeballsystem liegt vor, wenn von Neukunden akquirierte Geldanlagen – zumindest auch – zweckwidrig dafür verwendet werden, früheren Anlegern angebliche Gewinne, Zinsen oder Teile des angelegten Kapitals auszuzahlen, sodass der Einlage der Neukunden keine werthaltige Gegenforderung gegenübersteht. Dies gilt grundsätzlich auch für die ersten Anleger, auch wenn für diese bis zum Zusammenbruch des Systems faktisch eine gewisse Chance besteht, ihr Kapital zurückzuerhalten und die versprochenen Gewinne zu erzielen, zumal die Aussicht auf Rückzahlung allein vom weiteren Erfolg des auf Täuschung aufgebauten Systems bzw. vom Eingang weiterer Gelder abhängt. Die schadensgleiche Ge-

fährdung ihrer Forderung wird durch die faktische Chance der ersten Investoren nicht aufgehoben. – 2. Der Beschwerdeführer (Behring) legt hinsichtlich der Zivilforderungen nicht klar dar, inwieweit er beantragt hat, zur Klägerliste der Bundesanwaltschaft Stellung zu nehmen und ihm dies verweigert worden ist. Er führt auch nicht aus, inwieweit Kläger aus der Liste entfernt werden sollen, weil sich die Klagen gegen Drittpersonen richten. Es ist nicht Aufgabe des Bundesgerichts, selbst die geltend gemachten Zivilforderungen auf diese Frage zu überprüfen. Dasselbe gilt für die Rüge, es sei nicht erkennbar, wie die Vorinstanz die den Privatklägern zugesprochenen Beträge errechnet habe, und seine stichprobenweise Nachrechnungen hätten falsche Beträge ergeben.

*BGer, 6F\_29/2018 vom 14. Dezember 2018 (Strafrechtliche Abteilung, X. gegen Bundesanwaltschaft). Siehe auch BGer, 6B\_28/2018 vom 7. August 2018 (Strafrechtliche Abteilung, X. gegen Bundesanwaltschaft). Besprechungen: Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 23. August 2018 (Beschwerde von Dieter Behring abgewiesen); NZZ 26. Februar 2018 (Dieter Behring baute einen «Lügenpalast» auf).*

**r61 Transferbeschränkungen 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).**

*Fall 1:* Die wirtschaftlich Berechtigten einer panamesischen Gesellschaft haben Wohnsitz in Italien. Ihr Rechtsvertreter verlangt von der Bank die Überweisung der Gutschriften auf ein anderes Konto in der Schweiz in Höhe von rund EUR 1,8 Mio. Die Gelder sind unbestrittenermassen in Italien nicht versteuert. Die erste Instanz bejaht den Herausgabean-

spruch im summarischen Verfahren. Der Tribunale d'appello heisst die Beschwerde der Bank gut: Es ist aus der vorhandenen Dokumentation nicht zweifelsfrei ersichtlich, wem die Vertretungsmacht für die Gesellschaft zukommt. Insofern besteht eine Unklarheit hinsichtlich der Prozessfähigkeit, womit auch das summarische Verfahren i.S.v. Art. 257 ZPO ausgeschlossen ist.

*Fall 2:* Der Kläger mit Wohnsitz in Italien verlangt von der Bank die Barauszahlung seines Guthabens in Höhe von rund EUR 156 000. Die Gelder sind unbestrittenermassen in Italien nicht versteuert. Die erste Instanz weist die Klage im summarischen Verfahren ab. Der Tribunale d'appello weist die dagegen erhobene Beschwerde des Bankkunden ab. Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung (4A\_168/2015 und 4A\_170/2015) ist in diesem Fall nicht einschlägig, weil sich der Sachverhalt unterscheidet. Insbesondere wurde überhaupt nicht dargelegt, welcher Verwendung man die relativ hohe Summe von EUR 156 000 zuführen wollte. Zudem hat der Kunde mit dem Hinweis auf den bald in Kraft tretenden automatischen Informationsaustausch in Steuersachen selbst dargetan, dass seine Kontobeziehung problematisch sein könnte.

*Fall 1:* TI Trib. d'appello, *Entscheid vom 20. November 2018 (12.2016.212, Summe EUR 1 869 94)*. Vorinstanz: TI Il Pretore del Distretto di Lugano, *Entscheid vom 5. Dezember 2016 (SO.2016.4489)*, SZW 2017 34 f. r38 (Summe irrtümlich mit EUR 100 000 angegeben).

*Fall 2:* TI Trib. d'appello, *Entscheid vom 9. April 2018 (12.2016.71, Summe EUR 156 000)*. Vorinstanz: TI Il Pretore del Distretto di Lugano, *Entscheid vom 2. Mai 2016 (SO2015.5273)*, SZW 2017 35 r39.