

3. Wirtschaftsrecht/Droit économique

3.7. Banken- und Börsenrecht/Droit bancaire et droit boursier

BGer 4A_263/2019: Weigerung der Bank auf persönliche Herausgabe von Gold

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_263/2019 vom 2. Dezember 2019 (zur Publikation vorgesehen), A. gegen Bank B. AG und Bank B. Switzerland AG, Bankvertrag, Forderung auf Herausgabe von Gold.



MARTIN BÖCKLI*

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde eines ausländischen Bankkunden gegen ein Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau gut. Die Vorinstanz hatte die Weigerung einer Schweizer Bank, dem Kunden sein Guthaben auf seinem Edelmetallkonto persönlich auszuhändigen, geschützt. Das Bundesgericht kam hingegen zum Schluss, dass keine zweifelhafte Geschäftsbeziehung im Sinne der GwV-FINMA vorlag, selbst wenn der Kunde den Nachweis der korrekten Versteuerung in seinem Wohnsitzland nicht erbracht hatte. Somit durfte die Bank die Aushändigung nicht mit der Begründung verweigern, es müsse die Papierspur («Paper Trail») gewahrt bleiben. Indes hatte die Vorinstanz versäumt, abzuklären, ob die Bank die Aushändigung des Goldes verweigern könne, weil diese damit ausländisches zwingendes Recht verletzen würde. Das Bundesgericht kassierte deshalb das Urteil und wies die Sache zur Neubeurteilung an das Obergericht des Kantons Aargau zurück.

I. Sachverhalt

Bankkunde A. (hiernach «A.» oder «Beschwerdeführer»), wohnhaft in Deutschland, investierte in den Jahren 2003 und 2007 in ein Edelmetallkonto der Bank B. AG, deren Vermögen mittlerweile auf die Bank B. Switzerland AG (Bank B. Switzerland AG zusammen mit Bank B. AG hiernach «Bank B.» oder «Beschwerdegegnerin») übertragen wurde. Zu Beginn des Jahres 2014 verlangte A. die physische Aushändigung seines Guthabens von 299 Unzen Gold, was nach dem damaligen Goldpreis einem Wert von etwas über EUR 300'000 entsprach. Bank B. erklärte sich zur He-

rausgabe nur bereit, falls A. die korrekte Versteuerung des Edelmetallkontos im ausländischen Steuerdomizil bestätige. A. weigerte sich, das entsprechende Formular zu unterzeichnen, worauf Bank B. auf Ende März 2014 die Geschäftsbeziehung kündigte und A. darum bat, ein anderes Finanzinstitut zu nennen, an welches die Vermögenswerte zu überweisen seien. A. erklärte sich mit der Beendigung der Bankbeziehung einverstanden, bestand aber auf die persönliche Aushändigung des Goldes. Bank B. liquidierte daraufhin das Edelmetallkonto, ohne aber A. sein Gold auszuhändigen.

A. klagte im November 2015 gegen Bank B. auf Herausgabe des Goldes vor dem Bezirksgericht Zurzach, welches die Klage Ende November 2017 abwies. Nach Ansicht des Bezirksgerichts bestehe zwar ein vertraglicher Anspruch auf Aushändigung des Goldes, die Weisung des Bankkunden auf persönliche Herausgabe sei aber im Sinne von Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR sittenwidrig.

Die von A. erhobene Berufung an das Obergericht des Kantons Aargau wurde mit Entscheid vom 19. Februar 2019 abgewiesen. Laut Obergericht lägen die Form des Bezugs des Goldes und die Äusserung von A. gegenüber der Bank B., er wolle das Gold als «eiserne Reserve» möglichst geheim halten, nahe, dass die entsprechenden Vermögenswerte nicht versteuert seien. Ausserdem sei zwar die verlangte Transaktion nicht ungewöhnlich, aber eine solche mit erhöhtem Risiko im Sinne von Art. 6 GwG¹, denn A. weigere sich beharrlich, seine Steuerkonformität zu belegen. Ebenso sei zu berücksichtigen, dass bedeutende Vermögenswerte gemäss Art. 32 Abs. 1 GwV-FINMA² nur unter Wahrung eines «Paper Trail» herausgegeben werden dürfen, was die persönliche Übergabe des Goldes verunmögliche. Zudem schritt das Obergericht in Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* zu einer Interessenabwägung: Zumutbarkeit für A., die Versteuerung offenzulegen einerseits, Risiko der Bank B., Beihilfe zu einem Steuerdelikt zu leisten und sich dadurch auch aufsichtsrechtlichen Massnahmen auszusetzen andererseits. Das Gericht gelangte zum Schluss, dass der Bankvertrag zum Vorteil der Bank anzupassen sei. Mit Überweisung des geldwerten Gegenwertes des Goldes auf ein anderes Finanzinstitut komme Bank B. der vertraglichen Pflicht auf Herausgabe nach. Schliesslich schützte das Obergericht die Begründung des Bezirksgerichts, wonach die Weisung auf Herausgabe des

* MARTIN BÖCKLI, lic. iur., LL.M., böckli bühler partner in Basel. Der Autor bedankt sich bei Balthasar Müller, MLaw, für die Durchsicht des Manuskripts und die Aufarbeitung der Fussnoten.

¹ Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (SR 955.0).

² Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 3. Juni 2015 über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (SR 955.033.0).

Goldes sittenwidrig sei und gegen Treu und Glauben verstosse.

Gegen das Urteil des Obergerichts erhob A. Beschwerde in Zivilsachen vor dem Bundesgericht. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut und wies die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück.

II. Kommentierte Erwägungen des Bundesgerichts

A. Einleitung

Das Bundesgericht weist einleitend darauf hin, die Parteien seien sich einig, dass der Bankvertrag sowohl gültig zustande gekommen als auch per Ende März 2014 gültig aufgelöst worden sei (E. 2.2). Damit stehe A. ein *schuldrechtlicher Anspruch auf Abwicklung* des aufgelösten Vertragsverhältnisses zu. Das Bundesgericht bestätigt im Einklang mit der Lehre die Umwandlungstheorie und geht von einem aufgelösten, aber noch nicht erloschenen Vertragsabwicklungsverhältnis aus.³ Zudem hält das höchste Gericht nochmals fest, dass der vertragliche Anspruch auf Rückabwicklung trotz fehlender Steuerkonformitätserklärung bestehen bleibe.⁴

Nachdem das Bundesgericht den privatrechtlichen Anspruch auf Rückabwicklung grundsätzlich bejaht, stellt es die Frage, ob diesem Anspruch allenfalls *öffentlich-rechtliche Normen* entgegenstehen. In seinem Prüfungsraster geht das Bundesgericht einerseits auf den aufsichtsrechtlichen «Gewährartikel» von Art. 3 Abs. 2 BankG⁵, andererseits auf die Normen der Geldwäschereigesetzgebung ein. Aufgrund der vorliegend eindeutigen Rechtslage zu Letzterem soll im Folgenden zuerst auf die höchstrichterlichen Erwägungen zu den öffentlich-rechtlichen Geldwäschereinormen eingegangen werden, bevor der Gewährartikel geprüft wird.

³ BGE 137 III 243 E. 4.4.2; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 10. A., Zürich 2014, Band II, N 3102; BSK OR I-WIEGAND, Art. 109 N 4 ff., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Obligationenrecht I*, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015.

⁴ BGer, 4A_168/2015, 28.10.2015, E. 3, und 4A_170/2015, 28.10.2015, E. 4; CORINNE ZELLWEGE-GÜTKNECHT, *Transfer und Auszahlung von potentiell fiskaldeliktischen Kundengeldern – ein Update*, in: Rolf H. Weber/Walter A. Stoffel/Jean-Luc Chenux/Rolf Sethe (Hrsg.), *Festschrift für Hans Caspar von der Crone*, Zürich 2017, 729 ff., 732 f.

⁵ Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (SR 952.0).

B. Keine Aushändigung bei Verletzung der Vorschriften zur Bekämpfung der Geldwäscherei

Die Vorinstanz hatte den vertraglichen Herausgabeanspruch des Beschwerdeführers unter anderem damit verneint, dass die Aushändigung des Goldes eine Transaktion mit erhöhtem Risiko im Sinne von Art. 6 GwG darstelle, denn A. weigere sich beharrlich, seine Steuerkonformität zu belegen. Ebenso sei zu berücksichtigen, dass bedeutende Vermögenswerte gemäss Art. 32 Abs. 1 GwV-FINMA nur unter Wahrung eines «Paper Trail» herausgegeben werden dürften, was die persönliche Übergabe des Goldes verunmögliche. Das Bundesgericht setzt sich mit diesen beiden Begründungen der Vorinstanz auseinander und fasst einleitend die von der Bank zu beachtenden Vorschriften zur Bekämpfung der Geldwäscherei zusammen:

«Der Finanzintermediär ist unter anderem verpflichtet, Art und Zweck der gewünschten Geschäftsbeziehung zu **identifizieren**, wobei sich der Umfang der einzuholenden Informationen nach dem Risiko richtet, das der Vertragspartner darstellt (Art. 6 Abs. 1 GwG). Der Finanzintermediär muss die wirtschaftlichen Hintergründe und den Zweck sowohl einer mit **erhöhtem Risiko** behafteten Transaktion abklären (Art. 6 Abs. 2 lit. c GwG) als auch einer Transaktion die **ungewöhnlich** erscheint, es sei denn ihre Rechtmässigkeit sei erkennbar (Art. 6 Abs. 2 lit. a GwG).» (Hervorhebungen beigegefügt)

Und weiter:

«Hat der Finanzintermediär [...] **Wahrnehmungen** gemacht, die darauf schliessen lassen, dass Vermögenswerte aus einem **Verbrechen** oder einem **qualifizierten Steuervergehen** herrühren oder der Terrorismusfinanzierung dienen, handelt es sich um eine sog. **zweifelhafte Geschäftsbeziehung**. [...] **Bricht** der Finanzintermediär eine **zweifelhafte Geschäftsbeziehung** ohne einen begründeten Verdacht auf Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung ab, so darf er den **Rückzug** bedeutender Vermögenswerte nur in einer Form gestatten, die es Strafverfolgungsbehörden erlaubt, die Spur der Transaktion gegebenenfalls weiterzuverfolgen bzw. den **Paper Trail** zu wahren (Art. 32 Abs. 1 GwV-FINMA).» (Hervorhebungen beigegefügt)

Den Ausführungen des Bundesgerichts kann entnommen werden, dass die Tatbestandsmerkmale «*Transaktion mit erhöhtem Risiko*» sowie «*zweifelhafte Geschäftsbeziehung*» vorliegend von entscheidender Bedeutung sind.

1. Transaktion mit erhöhtem Risiko

Das Bundesgericht stellt fest, dass das vom Beschwerdeführer bestrittene Tatbestandsmerkmal des «*erhöhten Risikos*» der Transaktion von der Vorinstanz nicht offensicht-

lich unrichtig beurteilt worden sei. Ausserdem habe sich der Beschwerdeführer nicht sachbezogen mit dieser Frage auseinandergesetzt, so dass das Bundesgericht an vorinstanzlichen Erwägungen festhalte (E. 5.2). Damit muss davon ausgegangen werden, dass die persönliche Aushändigung des Goldes an den Beschwerdeführer als Transaktion mit erhöhtem Risiko im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. c GwG gilt. Insofern hatte die Beschwerdegegnerin Hintergründe und Zweck der vom Beschwerdeführer beabsichtigten Goldübergabe vertieft abzuklären,⁶ dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, dass die Beschwerdegegnerin diesen Abklärungspflichten nicht nachgegangen wäre.

2. Zweifelhafte Geschäftsbeziehung

Der Beschwerdeführer rügte weiter, dass die Vorinstanz das Vorliegen einer zweifelhaften Geschäftsbeziehung und damit die Pflicht zur Wahrung des «Paper Trail» (Art. 32 Abs. 1 GwV-FINMA) bejaht habe (vgl. E. 5.3).

Um die Gesetzesdefinition der «*zweifelhaften Geschäftsbeziehung*» besser zu verstehen, lohnt sich ein Blick in das GwG und die FINMA-Verordnung (GwV-FINMA). Art. 6 Abs. 2 lit. b GwG verlangt vom Finanzintermediär, Hintergrund und Zweck einer Transaktion abzuklären, wenn *Anhaltspunkte* vorliegen, dass Vermögenswerte aus einem *Verbrechen* oder einem *qualifizierten Steuervergehen* herrühren. Macht der Finanzintermediär *Wahrnehmungen*, die darauf schliessen lassen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen bzw. qualifizierten Steuervergehen herrühren, liegt eine «*zweifelhafte Geschäftsbeziehung*» vor, die den Finanzintermediär nicht verpflichtet, aber berechtigt, Meldung an die MROS⁷ zu erstatten (vgl. Art. 31 Abs. 1 GwV-FINMA 2015⁸). Beendet der Finanzintermediär eine zweifelhafte Geschäftsbeziehung – ohne begründeten Verdacht und ohne Meldung –, darf er den Rückzug bedeutender Vermögenswerte nur in einer Form gestatten, in der die Spur der Transaktion weiterverfolgt werden kann («*Paper Trail*», Art. 32 Abs. 1 GwV-FINMA). Diesfalls kann eine Barauszahlung oder physische Aushändigung von Depotwerten verweigert werden, auch wenn der Bankkunde die Vertragsbeziehung auflöst.⁹

Entscheidend für die Qualifikation einer Geschäftsbeziehung als zweifelhaft sind demnach Wahrnehmungen

der Bank, wonach Vermögenswerte aus einem *Verbrechen* oder einem *qualifizierten Steuervergehen* herrühren.¹⁰ Liegt eine solche Geschäftsbeziehung vor, hat die Bank ein *Meldderecht* einerseits sowie die *Pflicht zur Papierspurwahrung* andererseits.

In Anwendung dieser GwG-Normen führt das Bundesgericht aus, die Vorinstanz sei auf keine Hinweise gestossen, wonach die Vermögenswerte des Beschwerdeführers aus einem *Verbrechen* herrührten. Es bleibe deshalb zu klären, ob sich der Beschwerdeführer eines *qualifizierten Steuervergehens* im Sinne von Art. 305^{bis} Ziff. 1^{bis} StGB schuldig gemacht habe (E. 5.3.1).

Beim qualifizierten Steuervergehen handelt es sich um einen qualifizierten Fall des Steuerbetrugs. Erforderlich ist sowohl die Verwendung gefälschter, verfälschter oder inhaltlich unwahrer Urkunden zum Zwecke der Steuerhinterziehung¹¹ als auch die Hinterziehung eines Steuerbetrags von CHF 300'000 pro Steuerperiode.¹² Für die Berechnung dieses Schwellenwertes kann gemäss Bundesgericht – unter Beiziehung von Art. 31 (recte: 21) GwV-FINMA – auf den Maximalsteuersatz des Landes des Steuerdomizils abgestellt werden.

Nach Ansicht des Bundesgerichts ist es beim vorliegenden Goldwert von CHF 329'613 offensichtlich, dass hinterzogene Steuern die Schwelle von CHF 300'000 nicht erreichen können, sei es doch gerichtsnotorisch, dass Deutschland keinen Steuersatz von nahezu 100% kenne. Damit kommt das Bundesgericht zum Schluss:

«Inwiefern der Finanzintermediär Wahrnehmungen gemacht hätte, die darauf schliessen liessen, dass der Beschwerdeführer eine gefälschte, verfälschte oder inhaltlich unwahre Urkunde zum Zwecke der Steuerhinterziehung verwendete (Steuerbetrug) und damit andererseits Steuern in Deutschland im Gegenwert von mehr als Fr. 300'000.– in einer bestimmten Steuerperiode hinterziehen konnte, erhellt nicht.»

Wenn nichts darauf hindeutet, dass die Goldwerte des Beschwerdeführers aus einem Verbrechen oder einem qualifizierten Steuervergehen herrühren, kann *keine zweifelhafte Geschäftsbeziehung* vorliegen. Damit kann die Beschwerdegegnerin auch *nicht* zur Wahrung einer Papierspur *verpflichtet* werden. Daraus schliesst das Bundesgericht zu Recht, dass die Begründung der Vorinstanz, die Aushändi-

⁶ Vgl. SHK-DETLEV MICHAEL BASSE, Art. 6 N 9, in: Peter V. Kunz/Thomas Jutzi/Simon Schären (Hrsg.), Geldwäschereigesetz (GwG), Bern 2017 (zit. SHK-Verfasser).

⁷ Meldestelle für Geldwäscherei (Englisch: Money Laundering Reporting Office Switzerland – MROS).

⁸ Zu beachten, dass mit Inkrafttreten am 1. Januar 2020 der Verordnungsänderung vom 20. Juni 2018 der Wortlaut von Art. 31 GwV-FINMA stark verkürzt worden ist.

⁹ Vgl. ZELLWEGER/GUTKNECHT (FN 4), 736.

¹⁰ Kommentar StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 305^{bis} N 8, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. A., Zürich/St. Gallen 2018 (zit. Kommentar StGB-Verfasser).

¹¹ SHK-LUCHSINGER (FN 6), Art. 9 N 47.

¹² Kommentar StGB-TRECHSEL/PIETH (FN 10), Art. 305^{bis} N 10. Es muss also ein Erfolg in dieser Höhe eingetreten sein.

gung des Goldes an den Beschwerdeführer könne aufgrund der Pflicht, die Spur der Transaktion zu wahren, verweigert werden, Bundesrecht verletzt (E. 5.3.3). Es zeigt sich: Dem Anspruch des Beschwerdeführers auf persönliche Aushändigung des Goldes stehen die Vorschriften der Geldwäschereigesetzgebung nicht entgegen.

C. Keine Aushändigung bei Gewährsverletzung gemäss Art. 3 BankG

Das Bundesgericht prüft weiter, ob die Beschwerdegegnerin die Aushändigung infolge aufsichtsrechtlicher Bestimmungen verweigern konnte, und geht auf den bankenrechtlichen «Gewährartikel» von Art. 3 BankG ein (E. 2.3 und 6.2).

Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG verlangt, dass die mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Obwohl sich diese Gesetzesbestimmung direkt an natürliche Personen richtet, hat auch die Bank als beaufsichtigtes Unternehmen Gewähr zu bieten.¹³ In diesem Sinne führt das Bundesgericht aus – mit Verweis auf seine frühere Rechtsprechung –, dass die einwandfreie Geschäftstätigkeit der Bank es gebiete, *keine rechts- oder sittenwidrige Geschäfte* zu tätigen (E. 2.3).¹⁴ In casu geht es um die Frage, ob die Bank B. mit der persönlichen Aushändigung des Goldes an A. *zwingendes ausländisches Recht verletzt* und damit eine rechts- oder sittenwidrige Transaktion tätigt, die den Gewährartikel von Art. 3 BankG verletzt. Mit anderen Worten: Kann die Bank die Transaktion mit der Begründung verweigern, sie verletze damit *zwingendes ausländisches Recht*?

1. Kein ausländisches Recht verletzt, weil Goldbestände in Deutschland nicht deklariert werden müssen?

Der Beschwerdeführer machte sinngemäss geltend, das deutsche Steuerrecht sei nicht verletzt, denn Goldbesitz sei in Deutschland weder steuer- noch meldepflichtig – dies habe die Vorinstanz bei der Sachverhaltsermittlung in willkürlicher Weise ausser Acht gelassen (vgl. E. 4). Das Bundesgericht teilt diese Argumentation nicht und wendet ein, der Beschwerdeführer habe nicht belegt, dass die *ursprünglich* von einem deutschen Bankkonto auf das Konto bei der

Beschwerdegegnerin *überwiesenen Vermögenswerte* den deutschen Behörden gegenüber korrekt deklariert worden seien. Auch hätte der Beschwerdeführer versäumt, zu rügen, dass die Vorinstanz im Rahmen von Art. 19 IPRG die deutschen Steuerrechtsnormen hätte berücksichtigen müssen.¹⁵ Da erwiesen sei, dass die vollständige Steuerdeklaration der Vermögenswerte in Deutschland nicht erstellt sei, seien die diesbezüglichen Rügen des Beschwerdeführers unbegründet. Insofern verfangen die Argumente des Beschwerdeführers nicht.

2. Verletzt die Aushändigung des un versteuerten Goldbestandes deutsches zwingendes Recht?

Das Bundesgericht hält fest, dass die zweite Frage, ob die Bank mit der persönlichen Aushändigung des un versteuerten Goldes ausländisches zwingendes Recht verletzt habe, nicht abschliessend beurteilt werden könne, weil die Vorinstanz dazu nicht Stellung genommen habe (E. 6.2):

«Fehlen jegliche Angaben zur Rechtslage in Deutschland, kann das Bundesgericht, welches die Anwendung ausländischen Rechts in vermögensrechtlichen Angelegenheiten wie vorliegender nur auf Willkür überprüft (vgl. Art. 96 BGG i.V.m. Art. 9 BV), nicht eigenständig beurteilen, ob die Beschwerdegegnerinnen gestützt auf ein behauptetes Strafverfolgungsrisiko im Ausland, eine Aushändigung des Goldes hätten verweigern dürfen.»

Das Bundesgericht weist damit die Sache an die Vorinstanz zurück, steckt aber immerhin den Rahmen der zu klärenden Rechtsfragen kaskadenartig ab. Offenbar in Anlehnung an die Lehre¹⁶ zählt das Bundesgericht vier Normen und Grundsätze auf, welche bei einem Rechtsgeschäft, das zwingendes ausländisches Recht verletzt, unter dem Aspekt der Rechts- und Sittenwidrigkeit im Rahmen des aufsichts-

¹³ BSK BankG-WINZELER, Art. 3 N 232, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler (Hrsg.), Bankengesetz, 2. A., Basel 2013; PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4. A., Bern 2019, § 7 N 183.

¹⁴ BGE 111 Ib 126; 108 Ib 190; vgl. auch CHRISTOPH B. BÜHLER, Gewährartikel: Regulierung der FINMA an der Grenze von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, SJZ 2014, 25 ff., 29.

¹⁵ Das Bundesgericht hat das Recht zwar grundsätzlich von Amtes wegen anzuwenden (Art. 106 Abs. 1 BGG), jedoch muss eine Beschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 42 Abs. 2 BGG begründet werden.

¹⁶ Vgl. dazu der richtungsweisende Aufsatz von SUSAN EMMENEGGER/RAHEL GOOD, Der Einfluss ausländischer (Steuer-)Regulierung auf die Bank/Kunden-Beziehung: Welche Rechte haben Abschleicher?, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Verhaltensregeln, Beiträge zur Schweizerischen Bankenrechtstagung 2015, Basel 2015, 33 ff., 72 ff. – Zudem auch CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Transfer und Auszahlung von potentiell fiskaldeiktischen Kundengeldern – ein Update, in: Rolf H. Weber/Walter A. Stoffel/Jean-Luc Chenaux/Rolf Sethe (Hrsg.), Festschrift für Hans Caspar von der Crone, Zürich 2017, 732 ff.; CORINNE WIDMER LÜCHINGER, Die Berücksichtigung ausländischen Steuerrechts nach Art. 19 IPRG, in: Pascal Grolimund/Alfred Koller/Leander D. Loacker/Wolfgang Portmann (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder, Zürich 2018, 437 ff.; CARLO LOMBARDINI, Banques et clients en situation fiscale irrégulière: un état des lieux, Not@lex 2015, 47 ff.

rechtlichen Gewährsartikels (Art. 3 BankG) zu beachten sind (E. 2):

- *Art. 20 Abs. 1 OR*: Die Verletzung ausländischen zwingenden Rechts führt zur Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR, wenn es deshalb auch nach schweizerischer Auffassung als *sittenwidrig* empfunden wird. Dies setzt voraus, dass die ausländische Vorschrift Interessen des Individuums und der menschlichen Gemeinschaft von fundamentaler und lebenswichtiger Bedeutung schützt oder Rechtsgüter in Frage stehen, die nach allgemeiner ethischer Auffassung schwerer wiegen als die Vertragsfreiheit;
- *Art. 19 Abs. 1 IPRG*: Das Gericht kann zwingendes ausländisches Recht gemäss Art. 19 Abs. 1 IPRG *berücksichtigen*, sofern nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei die Anwendung des ausländischen Rechts gebietet und der Sachverhalt mit dem ausländischen Recht einen engen Zusammenhang aufweist;
- *Art. 119 OR*: Nach einem Teil der Lehre kann nachträglich erlassenes ausländisches Recht eine *nachträgliche Unmöglichkeit* der Leistungserbringung begründen;
- *Richterliche Vertragsanpassung*: Im Sinne des Grundsatzes «*clausula rebus sic stantibus*» kann die massgebliche Erhöhung der straf- und aufsichtsrechtlichen Risiken für die Bank zu einer erheblichen Beeinträchtigung des vertraglichen Gleichgewichts führen, sofern damit eine *gravierende Äquivalenzstörung* eintritt und die Änderung der Umstände weder voraussehbar noch vermeidbar war.

Dabei hält das Bundesgericht ausdrücklich fest, dass die Beschwerdegegnerin belegen müsse, woraus sie einen Rechtsgrund für die Verweigerung der Herausgabe des Goldes ableite. Entscheidend werde sein, dass die Vorinstanz die *Strafbarkeit* der Beschwerdegegnerin für eine *Beihilfehandlung* zu einem Steuerdelikt nach deutschem Recht abklärt und die *Auswirkungen* einer allfälligen Strafbarkeit auf Beschwerdeführer wie auch Beschwerdegegnerin beurteilt (vgl. E. 6.3).

Das Bundesgericht stellt dazu erste Überlegungen an und stützt sich, soweit ersichtlich, auf die Ausführungen von EMMENEGGER/GOOD. Diese Autorinnen kommen zum Schluss, dass einer Bank im Falle einer Transferverweigerung von un versteuerten ausländischen Guthaben *insbesondere die Berufung auf die «clausula»-Regel* – zumindest bei Bankverträgen, die vor dem Jahre 2009 abgeschlossen worden sind – zur Verfügung stehe.¹⁷ Voraussetzung dafür

sind (i) veränderte Verhältnisse, die (ii) nicht voraussehbar waren und (iii) ausserhalb des Einflussbereichs der Bank und somit unvermeidbar waren. Die Crux liegt in der vierten Voraussetzung, der *gravierenden Äquivalenzstörung*, d.h. vorliegend in der erheblichen Beeinträchtigung, die für die Beschwerdegegnerin infolge der Aushändigung des Goldes an den Beschwerdeführer resultiert. Eine solche Beeinträchtigung ist nach EMMENEGGER/GOOD nur gegeben, sofern:

- i. die Bank die *Strafbarkeit* im Ausland konkret *nachweist*; damit soll die «überschiessende Erfüllungsverweigerung» vermieden werden, die es der Bank erlauben würde, jedes noch so entfernte Sanktionsrisiko vorzuschieben;¹⁸
- ii. die Bank sich mit der Erfüllung der Transferanweisung *erstmalig* im Ausland *strafbar* macht;
- iii. die Bank sich einer *drastischen Erhöhung des Sanktionsrisikos* ausgesetzt sieht. Zu Fragen ist, inwiefern die Bank zusätzliche Sanktionen befürchten muss, wenn sie mit der persönlichen Aushändigung des Goldes dem Beschwerdeführer das «Abschleichen» ermöglicht;
- iv. es für die Bank *unzumutbar* ist, das drastisch erhöhte Sanktionsrisiko in Kauf zu nehmen. Hier wird im Sinne einer Interessenabwägung gefordert, dass das Sanktionsrisiko die Bank viel härter trifft als den Kunden (z.B. die Strafe für Beihilfehandlungen der Bank wird verschärft) oder dass es dem Kunden zuzumuten ist, durch eine Steuerbereinigung das Sanktionsrisiko für sich und die Bank erheblich zu mindern.

Den Ausführungen des Bundesgerichts ist zu entnehmen, dass der Beschwerdegegnerin vor Obergericht des Kantons Aargau keine leichte Aufgabe bevorsteht. Die Beschwerdegegnerin wird belegen müssen, inwiefern sie – gestützt auf die «clausula»-Regel – die persönliche Ausgabe des Goldes verweigern darf, weil das *Sanktionsrisiko* aufgrund der veränderten Gegebenheiten in Deutschland nunmehr *erheblich erhöht* ist. Will die Beschwerdegegnerin die Aushändigung des Goldes gestützt auf Art. 20 Abs. 1 OR verweigern, wird sie beweisen müssen, inwiefern sie damit deutsches Recht verletzt und inwiefern dies auch nach Schweizer Recht *rechts- bzw. sittenwidrig* ist. Berufte sich die Bank B. auf Art. 19 IPRG, wird sie zu beweisen haben, inwiefern das deutsche Recht auch aus Sicht des Schweizer Rechts zu *berücksichtigen* ist. Schliesslich wird die Beschwerdeführerin, wenn sie sich auf Art. 119 OR stützt, darlegen müssen, dass das deutsche Sanktionsregime es ihr erlaubt, die Her-

¹⁷ EMMENEGGER/GOOD (FN 16), 88 ff.

¹⁸ Siehe dazu die Ausführungen des Bundesgerichts in E. 6.3 sowie EMMENEGGER/GOOD (FN 16), 91.

ausgabe des Goldes infolge *unverschuldeter Leistungsmöglichkeit* zu verweigern.

III. Zusammenfassung

Bankkunden haben einen privatrechtlichen Anspruch auf Aushändigung ihrer Vermögenswerte; einen Anspruch, der auch dann bestehen bleibt, wenn die korrekte Versteuerung am ausländischen Steuerdomizil nicht belegt ist. Das Bundesgericht hält jedoch fest, dass eine Bank die Aushändigung gestützt auf *öffentlich-rechtliche Normen* verweigern kann.

Zum einen steht es der Bank offen, sich auf die Vorschriften der *Geldwäschereigesetzgebung* und insbesondere auf die Pflicht zur Wahrung der Papierspur zu berufen. Voraussetzung hierfür ist das Vorliegen einer «zweifelhaften Geschäftsbeziehung», d.h. von Anhaltspunkten für eine Vortat zur Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} StGB. In casu prüfte das Bundesgericht Indizien eines qualifizierten Steuerergehens nach Art. 305^{bis} Abs. 1^{bis} StGB und kam zum Schluss, dass weder die Tatbestandselemente des Steuerbetrugs erfüllt noch die Schwelle der hinterzogenen Steuer von CHF 300'000 pro Steuerperiode überschritten war. Damit konnte keine «zweifelhafte Geschäftsbeziehung» vorliegen, und die Beschwerdeführerin durfte die Aushändigung des Goldes nicht unter Berufung auf die Pflicht zur Wahrung der Papierspur verweigern.

Zum anderen erwog das Bundesgericht, ob die Aushändigung der Vermögenswerte an den Bankkunden mit der Begründung verweigert werden könne, die Bank verstosse damit gegen den *bankenaufsichtsrechtlichen Gewährsartikel* (Art. 3 BankG). Die Frage lautet letztlich: Verletzt die Bank das Gewährserfordernis, weil die Transaktion gegen zwingendes deutsches Recht verstösst und zugleich nach Schweizer Recht rechts- bzw. sittenwidrig ist? Mit der Rückweisung an die Vorinstanz muss die Beschwerdegegnerin nun belegen, inwiefern die persönliche Aushändigung des Goldes deutsches Recht verletzt und auch im Lichte von Art. 20 Abs. 1 OR, Art. 119 OR oder Art. 19 IPRG rechts- oder sittenwidrig ist. Die Beschwerdegegnerin wird auch darlegen müssen, weshalb die Berufung auf Vertragsanpassung in Anwendung der «*clausula rebus sic stantibus*» gerechtfertigt ist. Da die nachträgliche Rechts- bzw. Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts nicht leichthin anzunehmen ist, steht die Beschwerdegegnerin wohl vor einer schwierigen Aufgabe.