

Sanktionen der US-Aufsicht gegenüber Schweizer Banken Rückgriffsmöglichkeiten gegenüber Kunden?

NINA REISER*

Schlagwörter: Sanktionen der US-Aufsicht gegenüber Schweizer Banken, US-Steuerstreit, Zivilrechtliche Ersatzfähigkeit von Steuerbussen, Engel-Kriterien, Anspruch auf Ersatz von Auslagen und Verwendungen (Art. 402 Abs. 1 OR), Anspruch auf Schadenersatz (Art. 402 Abs. 2 OR), Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 422 Abs. 1 OR), Anspruch aus unerlaubter Handlung (Art. 41 Abs. 1 OR), Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 OR)

A. Einleitung

Verschiedene Schweizer Banken sehen sich mit Sanktionen der US-Behörden im Zusammenhang mit unversteuerten Vermögenswerten ihrer US-Kunden konfrontiert.¹ Zum einen geht es dabei um Verfahren gegen die Banken selbst: So leisten zahlreiche Banken der Kategorie 2 des US-Steuerprogramms im Gegenzug für ein Non-Prosecution Agreement Zahlungen an das US-amerikanische Department of Justice. Dabei stellt sich die Frage, ob sie diese auf ihre US-Kunden abwälzen können.²

* PD Dr., Rechtsanwältin, LL.M., Senior Legal and Policy Specialist bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) und Privatdozentin für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Die Verfasserin vertritt hier ausschliesslich ihre eigene Meinung und bindet die FINMA nicht. Beim vorliegenden Beitrag handelt es sich um die schriftliche Fassung des Habilitationsvortrages, welchen die Autorin am 16. 11. 2016 vor der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich gehalten hat. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten. Der Text wurde aber um einige Ausführungen ergänzt und mit einigen Nachweisen in den Fussnoten versehen. Die Verfasserin dankt Rupert Schaefer, Rechtsanwalt, LL.M., Leiter des Geschäftsbereichs Strategische Grundlagen, FINMA, für seine hilfreichen Hinweise und Fatima Fetahovic, MLaw, Praktikantin, FINMA, für die wertvolle Unterstützung bei der Überprüfung der Formalien.

1 Vgl. für einen Überblick über die aktuelle Rechtsprechung SUSAN EMMENEGGER/LUC THÉVENOZ/MARTINA REBER/ENDRIT PODA, Das schweizerische Bankprivatrecht 2014–2015, in: SZW 2015, S. 386–406, 388 f., 399 f., 415 f.

2 Siehe z.B. Können Banken US-Bussen auf Kunden abwälzen? Meinungsverschiedenheiten unter Schweizer Juristen, in: NZZ vom 23. 12. 2014, S. 23; MARTIN LANZ, Verantwortlichkeit

Zum anderen gibt es auch die Konstellation, dass die Banken als Dritte in Verfahren der US-Behörden gegen US-Kunden belangt werden. In die zweite Kategorie fällt zum Beispiel der Rechtsstreit Millard/Crédit Suisse.³ In diesem Fall geht es um ein Verfahren eines US-Gerichts gegen Kunden der Bank wegen einer (bestrittenen) Steuerforderung. Die Bank wurde unter anderem aufgefordert, zu Vermögenswerten ihrer Kunden Stellung zu nehmen. Die Auskunft der Bank hätte zu einer Verletzung des Bankgeheimnisses geführt. Die Nichtbefolgung der Verfügung wiederum hätte Bussen der US-amerikanischen Behörden für die Bank zur Folge gehabt. Um sich dem Dilemma zu entziehen, schloss sie einen Vergleich ab. Kann sie die Vergleichssumme über USD 1.4 Mio. auf ihre Kunden abwälzen?

Diese Ausgangslage wirft neben privatrechtlichen auch strafrechtliche und öffentlich-rechtliche Fragen auf. Der vorliegende Beitrag beschränkt sich auf die privatrechtlichen Rückgriffsmöglichkeiten der Schweizer Banken gegenüber ihren US-Kunden. Er geht dabei den folgenden Punkten nach:

- Wer soll Bussen von US-Behörden gegenüber Schweizer Banken tragen?
- Nach welchen Regeln sollen die Banken Rückgriff auf ihre US-Kunden nehmen können?

Zunächst stellt sich die zentrale Frage, ob es sich bei den Bussen überhaupt um zivilrechtlich ersatzfähige Schäden handelt. Darauf legt der vorliegende Beitrag den Schwerpunkt. Konkret untersucht die Verfasserin, ob die bereits erwähnten Banken der Kategorie 2 des US-Steuerprogramms die Zahlungen auf ihre US-Kunden abwälzen können. Für den Fall der zivilrechtlichen Ersatzfähigkeit einer Zahlung gibt der Beitrag anschliessend einen kurzen Überblick über mögliche Anspruchsgrundlagen.

des Kunden gegenüber der Bank für steuerkonformes Verhalten, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Verhaltensregeln, Basel 2015, S. 1–31.

3 HGer ZH HG110247-O (Urteil vom 23.02.2015), ZR 114/2015, S. 133–143 (Erledigungsverfügung des Bundesgerichts vom 19.10.2015 zufolge Rückzugs der Beschwerde durch die Beklagten; das Urteil des Handelsgerichts wurde am 02.12.2015 rechtskräftig); CS hat Konto unrechtmässig eingefroren – Handelsgericht entscheidet im Fall des amerikanischen Millionärs Millard gegen die Grossbank, in: NZZ vom 24.03.2015, S. 24; La justice zurichoise donne tort à Crédit Suisse, qui avait bloqué le compte d'un Américain, in: Le Temps vom 25.03.2015, S. 17; siehe bereits: Der Arm der amerikanischen Justiz wird immer länger, in: NZZ vom 09.01.2013, S. 25; Besprechung des Urteils durch MIRCO CEREGATO/KATHRIN HASELBACH, Ausländische Rechtsrisiken für eine international tätige Schweizer Bank im Zusammenhang mit unversicherten Kundenguthaben, in: ius.focus 2015, S. 19.

B. Abwälzbarkeit von Bussen

I. Überblick über das US-Steuerprogramm

Zur Beilegung des seit Jahren andauernden Steuerstreits zwischen den USA und den Schweizer Banken haben das US-amerikanische Department of Justice und das Eidgenössische Finanzdepartement Verhandlungen aufgenommen und ein Programm ausgearbeitet: Am 29. August 2013 wurde das «Joint Statement» unterzeichnet und publiziert. Es nimmt Bezug auf das am gleichen Tag bekanntgegebene «Program for Non-Prosecution Agreements (NPA) or Non-Target Letters for Swiss Banks».⁴

Zunächst werden Banken der Kategorie 1, gegen die das Department of Justice bei der Bekanntgabe des Programms bereits eine Strafuntersuchung eröffnet hat, ausserhalb des Programms belangt.⁵ Banken, gegen die (noch) keine Strafuntersuchung eröffnet wurde, die aber glauben, im Rahmen ihrer Kundenbetreuung US-Steuerrecht verletzt zu haben, können durch Unterzeichnung eines NPA als Banken der Kategorie 2 am US-Steuerprogramm teilnehmen.⁶ Mit dieser Einigung verzichtet die US-Aufsicht auf eine Strafverfolgung.⁷ Diejenigen Banken, die der Ansicht sind, kein amerikanisches Steuerrecht verletzt zu haben (Kategorie 3) sowie solche, die nur lokal tätig sind (Kategorie 4), konnten einen sog. «Non-Target-Letter» beantragen. Sie werden nicht gebüsst.⁸

II. Grundsatz

Nach heute herrschender Auffassung in Lehre und Rechtsprechung sind Steuerbussen als echte Strafen zu qualifizieren.⁹ Die Frage, ob Steuerbussen privatrechtlich ersatzfähig sind, ist daher grundsätzlich nach denselben Kriterien zu beantworten wie bei gewöhnlichen Bussen.¹⁰ Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Bussen höchstpersönlicher Natur und stellen daher

4 Vgl. Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF), US-Steuerstreit, abrufbar unter <<https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/themen/internationale-steuerpolitik/us-steuerstreit.html>>, alle Internetseiten wurden zuletzt besucht am 17.05.2017; SABINE BURKHALTER, Das US-Programm und die Bussenzahlungen – besteht ein Regressrecht der Banken?, in: AJP 2014, S. 1601–1609, 1601.

5 Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 30.08.2013, abrufbar unter <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-50049.html>>. Am US-Steuerprogramm können diejenigen Schweizer Banken teilnehmen, gegen die bei der Bekanntgabe des Programms noch kein Strafverfahren in den USA eingeleitet worden war (US-Steuerprogramm, abrufbar unter <<https://www.justice.gov/iso/opa/resources/7532013829164644664074.pdf>>, Ziff. I.A.).

6 US-Steuerprogramm (Fn. 5), Ziff. II.A.3.

7 Die Banken können somit ihre Vergangenheit dauerhaft bereinigen [Medienmitteilung des Bundesrates (Fn. 5)].

8 Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates (Fn. 5).

9 BGE 116 IV 262, 266 f. E. 3.b.aa; 117 Ib 367, 376 E. 4.d; 119 Ib 311, 314 E. 2.a.

10 THOMAS KOLLER, Steuern und Steuerbussen als privatrechtlich relevanter Schaden, in: ZSR 1994 I, S. 183–204, 202; vgl. auch BGer 4A_491/2013 (Urteil vom 06.02.2014), E. 2.4.2.

keinen zivilrechtlich ersatzfähigen Schaden dar.¹¹ Aus der höchstpersönlichen Natur von Bussen folgt ausserdem, dass ein Vertrag, durch den sich ein Dritter verpflichtet, die ganze oder einen Teil einer Busse zu übernehmen, gemäss Art. 20 Abs. 1 OR widerrechtlich und damit nichtig ist.¹²

III. Ausnahmen

In der Lehre und Rechtsprechung wird teilweise die Ansicht vertreten, dass sich bei Steuerbussen etwa in den folgenden Konstellationen Ausnahmen aufdrängen:¹³ Zum einen in den Fällen, in denen jemand ohne eigenes Verschulden gebüsst wird, weil sich ein Dritter Fehlverhalten hat.¹⁴ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Steuerberater seine vertraglichen Pflichten verletzt, indem er den beratenen Steuerpflichtigen ungenügend aufklärt und dieser deswegen ein Steuerdelikt begeht.¹⁵ Zum anderen sei eine Ausnahme etwa dann angezeigt, wenn das privatrechtliche Fehlverhalten des Dritten den Steuerpflichtigen daran hindert, durch Selbstanzeige eine Strafmilderung zu erlangen.¹⁶

IV. Bundesgericht

Das Bundesgericht würdigte die erstgenannte Ausnahme wie folgt:¹⁷ In dieser Konstellation werde die Bestrafung alleine durch die Verletzung vertraglicher Aufklärungspflichten des Dritten verursacht.¹⁸ Eine Busse sei aber höchstpersönlicher Natur, wenn der Steuerpflichtige für sein eigenes Verschulden bestraft wurde, weil er das Delikt auch ohne die Aufklärung des Beraters¹⁹ hätte erkennen und vermeiden müssen. Die höchstpersönliche Natur könne nur dann ver-

11 BGer 4A_491/2013 (Urteil vom 06.02.2014), E. 2; BGE 134 III 59, 65 f. E. 2.3.4 und 2.3.5; 115 II 72, 74 f. E. 3.b und 3.c; 86 II 71, 75 ff. E. 4.

12 BGer 4A_491/2013 (Urteil vom 06.02.2014), E. 2.2; BGE 134 III 59, 64 f. E. 2.3.2; 86 II 71, 76 ff. E. 4.

13 Vgl. KOLLER, Steuern und Steuerbussen (Fn. 10), S. 202 ff. m.w.H.; THOMAS KOLLER, Bundesgericht, I. Zivilabteilung, Urteil vom 7.2.2002, 4C.316/2001 in Sachen A.P. c. M. (nicht publiziert), in: AJP 2003, S. 713–721, 718; BENEDIKT MAURENBRECHER/URS ZULAUF, Bankgeheimnisverletzung: Busse generell kein ersatzfähiger Schaden?, in: SZW 1991, S. 36–42, 39 f.

14 KOLLER, Steuern und Steuerbussen (Fn. 10), S. 204.

15 KOLLER, Steuern und Steuerbussen (Fn. 10), S. 202 f.; vgl. auch Urteil des BGH vom 31.01.1957, Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ), Bd. 23, S. 222 ff., 225. Im Fall, dass den Gebüssten ebenfalls ein Verschulden trifft, wäre der Ersatzanspruch ggf. gemäss Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 43 f. OR herabzusetzen (MAURENBRECHER/ZULAUF [Fn. 13], S. 39).

16 KOLLER, Steuern und Steuerbussen (Fn. 10), S. 203 m.w.H. Der ersatzfähige Schaden würde dabei bloss in der entgangenen Strafmilderung bestehen [KOLLER, BGer 4C.316/2001 (Urteil vom 7.2.2002) (Fn. 13), S. 718].

17 BGE 134 III 59, 66 E. 2.3.5 m.w.H.

18 BGE 134 III 59, 66 E. 2.3.5.

19 Entsprechend dem Grundsatz, dass eine Person in Bezug auf ihr bekannte Risiken keiner Aufklärung bedarf (vgl. BGE 133 III 97, 102 E. 7.1.1).

neint werden, wenn einem Steuerpflichtigen eine Busse auferlegt werde, obwohl ihm wegen der Beratung kein eigenes Verschulden anzurechnen sei. Nach geltendem (Schweizer) Recht sollte aber die Verhängung einer solchen verschuldensunabhängigen Strafe ausgeschlossen sein. Das strafrechtliche Verschuldensprinzip gelte grundsätzlich auch für Steuerstrafen.²⁰

In einem neueren Urteil bestätigt das Bundesgericht, dass für die Frage der Abwälzbarkeit einer Zahlung deren pönaler Charakter das entscheidende Merkmal bildet.²¹ Dieser bestimmt sich nach den folgenden Kriterien: Zunächst soll die Zahlung den Gebüssten durch eine Verminderung seines Vermögens persönlich treffen²² und dadurch abschreckend wirken.²³ Weiter soll die Zahlung nicht bloss eine Ausgleichsfunktion haben.²⁴ Schliesslich ist es für den pönalen Charakter irrelevant, ob die Zahlung formell als Busse bezeichnet wird oder ob sie das Ergebnis eines abgekürzten Verfahrens ist, das ein formelles Strafverfahren ersetzt und nur mit Zustimmung des Betroffenen durchgeführt werden kann.²⁵

Ausländische Bussen, d.h. Bussen, die auf ausländischem materiellem Recht beruhen, mit pönalem Charakter stellen grundsätzlich ebenfalls keine zivilrechtlich ersatzfähigen Schäden dar.²⁶ Vorbehalten bleibt der Schweizer *Ordre public*.²⁷ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf das Schweizer Zivilgericht nicht gezwungen werden, indirekt ausländische Sanktionen zu bestätigen, die in unerträglicher Weise gegen das Gerechtigkeitsgefühl in unserem Land verstossen würden.²⁸ Einer Busse müsste der Pönalcharakter daher abgesprochen werden, wenn eine ausländische Busse diskriminierend oder konfis-

20 Vgl. dazu die Literaturhinweise in BGE 134 III 59, 66 E. 2.3.5. Nicht als ersatzfähiger Schaden gelten auch die Kosten, welche in den durch das Verschulden des Gebüssten verursachten Strafsteuerverfahren anfielen (BGE 134 III 59, 67 E. 2.4.).

21 BGer 4A_491/2013 (Urteil vom 06.02.2014), E. 2. Auch für die Frage der steuerlichen Abzugsfähigkeit von Bussen ist der pönale Charakter entscheidend (vgl. BGer 2C_916/2016 [Urteil vom 26.09.2016], E. 5, 6 und insbesondere 7).

22 BGE 134 III 59, 64 f. E. 2.3.2; 115 II 72, 75 E. 3.b.

23 BGer 4A_491/2013 (Urteil vom 06.02.2014), E. 2.3.

24 BGer 4A_491/2013 (Urteil vom 06.02.2014), E. 2.3. Die Zahlung soll nicht eine hoheitliche Forderung des Staates befriedigen. Bei der daraus folgenden Bereicherung des Staates handelt es sich nur um eine rechtlich unbedeutende Reflexwirkung (BGE 115 II 72, 75 E. 3.b).

25 BGer 4A_491/2013 (Urteil vom 06.02.2014), E. 2. In diesem Fall ging es um einen Steuerpflichtigen, der in einem abgekürzten Verfahren Nachzahlungen mit einem erhöhten Steuersatz entrichtete und für diese Zahlungen Rückgriff auf seine Treuhänderin nehmen wollte (EMMENEGGER/THÉVENOZ/REBER/PODA [Fn. 1], S. 388 und 415 f.).

26 BGE 115 II 72, 74 f. E. 3.b; vgl. für eine solche materiell-rechtliche Berücksichtigung ausländischen zwingenden Rechts im Rahmen der Auslegung und Anwendung des anwendbaren inländischen Rechts etwa ANTON K. SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, Sonderanknüpfung und extraterritoriale Anwendung wirtschaftsrechtlicher Normen unter besonderer Berücksichtigung von Marktrecht, Habil. Zürich 1989, Rn. 314 ff.

27 BGE 115 II 72, 75 f. E. 3.c.

28 BGE 115 II 72, 76 E. 3.c.

kategorisch ist oder wenn sie in einem gegen elementare Rechte der Betroffenen verstossenden Verfahren ausgesprochen wurde.²⁹

V. Bewertung der Bankzahlungen der Kategorie 2

1. Pönaler Charakter

Für den pönalen Charakter der Bankzahlungen der Kategorie 2 im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sprechen die folgenden Punkte:³⁰ Zunächst ist die Zahlung direkt auf den Abschluss eines NPA zurückzuführen, das seinerseits dazu dient, ein Strafverfahren zu verhindern.³¹ Weiter können Banken ein NPA verlangen, wenn sie glauben, Vergehen im Zusammenhang mit dem US-Steuerrecht begangen zu haben.³² Ferner handelt es sich bei der Zahlung um keinen direkten Ausgleich entgangener Steuereinnahmen. So reduziert die Nachdeklaration eines Steuerpflichtigen die Forderung der US-Aufsicht gegen die Bank nicht.³³ Schliesslich ist es für den pönalen Charakter irrelevant, ob die Zahlung das Ergebnis eines abgekürzten Verfahrens ist, das ein formelles Strafverfahren ersetzt und insofern nur mit Zustimmung des Betroffenen durchgeführt werden kann.³⁴

2. Ordre public

Durch die Teilnahme am US-Steuerprogramm verzichten die Banken auf die Unschuldsvermutung:³⁵ Die Höhe der Busse wird unabhängig vom Verschulden der jeweiligen Bank schematisch gestützt auf vorgängig festgelegte Parameter verhängt.³⁶ Die FINMA ermunterte die Banken zwar, sich dem Programm anzuschliessen.³⁷ Die Motivation der FINMA bestand dabei jedoch

29 BGE 115 II 72, 76 E. 3.c.

30 A.A. NUSSBAUMER/OETTLI, welche die Bankzahlungen der Kategorie 2 nur teilweise als pönal qualifizieren («La double nature des amendes fiscales», vgl. ARNAUD NUSSBAUMER/JEAN-RENÉ OETTLI, Le recouvrement de l'amende pénale en droit civil, Quelques réflexions autour de l'action récursoire d'une banque contre ses clients, in: SJZ 2017, S. 173–182, 174 f.).

31 BURKHALTER (Fn. 4), S. 1603.

32 BURKHALTER (Fn. 4), S. 1603.

33 BURKHALTER (Fn. 4), S. 1603; GIOVANNI MOLO/DARIO GIOVANOLI, Das US-Programm aus Schweizer Sicht: Rechtliche Auswirkungen der Vereinbarung («Joint Statement») zur Beilegung des Steuerstreits der Banken mit den USA, in: Jusletter vom 16.12.2013, Rn. 37; LANZ (Fn. 2), S. 21.

34 BGE 4A_491/2013 (Urteil vom 06.02.2014), E. 2.

35 Die Unschuldsvermutung ist normiert in Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 2 EMRK, Art. 14 Ziff. 2 UNO-Pakt II und Art. 10 Abs. 1 StPO.

36 So auch LANZ (Fn. 2), S. 21. Dabei sind jene Beträge abziehbar, bei denen die Bank nachweisen kann, dass sie versteuert, durch die Bank dem Internal Revenue Service offengelegt oder gemäss dem «Offshore Voluntary Disclosure Program» vor Abschluss eines NPA gemeldet wurden (US-Steuerprogramm [Fn. 5], Ziff. II.H).

37 Die Schweiz verpflichtete sich, die Banken auf das Programm aufmerksam zu machen und zur Teilnahme zu «ermutigen» (BURKHALTER [Fn. 4], S. 1602); vgl. auch die Aufmunterung von

nicht darin, die Banken unter Druck zu setzen. Vielmehr sollte damit ein gewisser Komfort ausgedrückt werden, dass eine Teilnahme am Programm nicht *per se* ein FINMA-Enforcement nach sich ziehen würde, sondern als angemessener Schritt zur Begrenzung eines existentiellen Risikos gesehen werden kann. So hätte ein formelles Strafverfahren nicht nur zu hohen Kosten und einem (noch grösseren) Reputationsschaden geführt. Die Erhebung einer Strafklage wäre insbesondere aufgrund der zu befürchtenden Zwangsmassnahmen, wie etwa des Ausschlusses vom USD-Clearing, für die Banken faktisch existenzbedrohend gewesen.³⁸ Dennoch stand es ihnen grundsätzlich frei,³⁹ am Programm teilzunehmen und damit auf ein formelles Strafverfahren mit entsprechenden Verfahrensrechten nach US-amerikanischem Recht zu verzichten. Der hiesige *Ordre public* ist somit nicht verletzt.

3. Stellungnahme

a. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist unter rechtssystematischen Gesichtspunkten zu begrüssen:⁴⁰ Wenn der Gebüsste mit Hilfe des Privatrechts die Busse auf eine andere Person abwälzen könnte, würde das Ziel der Sanktion und ihre Abschreckungswirkung vereitelt. Das sollte in einer Rechtsordnung, die nicht mit sich selbst in Widerspruch geraten will, nicht möglich sein. Es ist keine Aufgabe des Privatrechts, durch die Steuer(straf)justiz gefällte Entscheide zu «korrigieren».⁴¹

Patrick Raaflaub, dem damaligen Direktor der FINMA (Gastkommentar zum Steuerstreit: Entscheidende Phase für Schweizer Banken, in: NZZ-Online vom 29.11.2013).

38 Gastkommentar zum Steuerstreit (Fn. 37).

39 A.M. wohl BURKHALTER (Fn. 4), S. 1602.

40 GL.M. THOMAS KOLLER, Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, 12.11.2007, Y. AG gegen X. AG (BGE 134 III 59; 4C.3/2007), in: AJP 2008, S. 1295–1307, 1300; den Entscheid befürwortend: ROLF BENZ/JULIA HUG, Steuerbussen sind höchstpersönlicher Natur und stellen keinen zivilrechtlich ersatzfähigen Schaden dar – BGE 134 III 59 (Urteil vom 12. November 2007) zur Unabwälzbarkeit von Steuerbussen auf die Steuerberaterin, in: zsis) 2008, Best Case Nr. 3; kritisch: URS R. BEHNISCH, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2006 und 2007 – Veröffentlicht in der amtlichen Sammlung und in Spezialzeitschriften – 2. Teil, in: ZBJV 2008, S. 445–490, insbesondere 462; JÖRG SCHMID, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2008, in: ZBJV 2011, S. 876–922, insbesondere 893 («Dies widerspricht meinem Rechtsgefühl, zumal damit auch ein erheblicher Einbruch in die Vertragstreue hingenommen wird [...]»).

41 KOLLER, BGE 134 III 59 (Fn. 40), S. 1300. Vgl. grundsätzlich zur Frage der Wertungskoordination zwischen Privat- und Steuerrecht THOMAS KOLLER, Privatrecht und Steuerrecht, Eine Grundlagenstudie zur Interdependenz zweier Rechtsgebiete, Habil. Bern 1992. Das Bundesgericht nimmt auf diese Weise eine klare Abgrenzung und Aufgabenteilung zwischen dem Steuer (straf)recht und dem Privatrecht vor (KOLLER, BGE 134 III 59 [Fn. 40], S. 1302). Trotz Bedenken aus praktischer Sicht (vgl. KOLLER, BGE 134 III 59 [Fn. 40], S. 1302 ff.) hält KOLLER den hier thematisierten Entscheid *de lege lata* für richtig (KOLLER, BGE 134 III 59 [Fn. 40], S. 1304 f.). Die durch letzteren erwähnten Fallkonstellationen, in denen die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Nichtabwälzbarkeit von Strafsteuern, Bussen und Geldstrafen seines Erach-

b. Engel-Kriterien

Ergänzend zu den obgenannten Merkmalen, die das Bundesgericht zur Bestimmung des pönalen Charakters⁴² verwendet, postuliert die Autorin, die durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) zu Art. 6 EMRK entwickelten *Engel*-Kriterien heranzuziehen.

Im Rahmen seines Geltungsbereichs, bestimmt durch die Begriffe *civil rights* (zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen) und *criminal charge* (strafrechtliche Anklage), garantiert Art. 6 EMRK ein faires, zügiges und öffentliches Verfahren.⁴³ Der Begriff der «strafrechtlichen Anklage» gemäss Art. 6 EMRK wird vom EGMR autonom, d.h. unabhängig vom nationalen Recht, bestimmt.⁴⁴ Die rechtliche Qualifikation der Streitigkeit durch das jeweilige nationale Recht ist somit nicht entscheidend. Daher ist denkbar, dass Angelegenheiten darunter fallen, die nach schweizerischem Recht zum Verwaltungs-⁴⁵ oder zum Zivilrecht gehören.

Zunächst setzt die autonome Auslegung von Art. 6 EMRK keine formelle Anklageerhebung voraus.⁴⁶ Es wird vielmehr darauf abgestellt, ob gegen eine Person der Verdacht oder u.U. auch die blossе Anschuldigung einer Zuwiderhandlung vorliegt.⁴⁷ Eine offizielle Mitteilung darüber ist nicht erforderlich.⁴⁸ Die Strassburger Rechtsprechung erarbeitete drei Kriterien (sog. *Engel*-Krite-

tens nicht zum Tragen kommen kann, sind für die vorliegende Fragestellung nicht einschlägig: Keine Anwendung auf privatrechtliche «Bussen» und «Strafen»; wenn ein Anwalt (oder Steuerberater) in einem (Steuer-)Strafverfahren ein Rechtsmittel nicht, nicht rechtzeitig oder nicht in korrekter Form ergriffen hat, obwohl sein Klient den Weiterzug wünschte; grundsätzliche Abwälzbarkeit einer strafrechtlichen Busse oder Geldstrafe, wenn eine juristische Person aufgrund eines Fehlverhaltens eines Organs straffällig wird auf ebendieses Organ (KOLLER, BGE 134 III 59 [Fn. 40], S. 1305 ff.).

42 Der Begriff der Strafe ist unbestimmt und von einem diffusen Vorverständnis geprägt (vgl. dazu RETO HEIZMANN, Strafe im schweizerischen Privatrecht, in: Heinz Hausheer [Hrsg.], Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 811, Habil. Zürich 2014, Rn. 26 sowie zum Strafbegriff im Strafrecht Rn. 27 ff.).

43 EGMR, Urteil vom 06. 12. 1988, Barberà, Messegué u. Jabardo vs. Spanien, 10590/83, Ziff. 67.

44 Vgl. zur strafrechtlichen Anklage nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK konkret mit Blick auf die Rechtsnatur der Stimmrechtssuspendierung NINA REISER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Stimmrechtssuspendierung nach Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG – Strafrechtliche Rechtsnatur mit verfahrensrechtlichen Konsequenzen, in: SZW 2009, S. 509–524, 515 ff. m.w.H.

45 ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016, Rn. 1189.

46 WOLFGANG PEUKERT, Art. 5–6, 14–15, 34–35, 41 EMRK, Art. 1 1. ZP, in: Jochen A. Frowein/Wolfgang Peukert (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Art. 6 EMRK Rn. 41.

47 PATRICK A. SCHAEERZ, Der Begriff des «fairen Verfahrens» gemäss Art. 6 EMRK in der Schweizerischen Rechtspraxis, in: Dach Europäische Anwaltsvereinigung (Hrsg.), Das faire Verfahren nach Art. 6 EMRK, Köln, 2005, S. 51 ff., 55; MARK EUGEN VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), Unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, 2. Aufl., Zürich 1999, Rn. 393.

48 Art. 6 EMRK ist folglich bereits anwendbar, wenn Ermittlungen (z.B. polizeiliche Befragungen der Nachbarn oder des Arbeitgebers, Ausschreibungen) getätigt werden, welche die Situation der Person in demselben Masse zu beeinträchtigen vermögen wie eine offizielle Mitteilung

rien), anhand derer festzustellen ist, ob ein Verfahren über die Stichhaltigkeit einer Anklage vorliegt. Es sind dies die strafrechtliche Zuordnung nach innerstaatlichem Recht, die «wahre Natur» der Zuwiderhandlung und deren Folgen sowie die Schwere der Sanktion.⁴⁹ Dabei genügt es grundsätzlich, wenn eines der drei Kriterien erfüllt ist.⁵⁰ Soweit eine eindeutige Zuordnung anhand nur eines Kriteriums nicht ohne weiteres möglich ist, können insbesondere das zweite und das dritte Kriterium bei der Beurteilung zusammen berücksichtigt werden (kumulative Anwendung).

Zwar steht vorliegend nicht die Anwendbarkeit von Verfahrensrechten zur Diskussion. Für eine ergänzende Beiziehung der *Engel*-Kriterien zur Bestimmung des pönalen Charakters im vorliegenden Kontext spricht aber zum einen der Umstand, dass auch die Frage der Abwählbarkeit einer Busse unabhängig davon zu beantworten ist, ob die betreffende Zahlung formell als Busse bezeichnet wird. Zum anderen dienen die *Engel*-Kriterien ebenfalls der Bestimmung des strafrechtlichen Charakters.

Aus den folgenden Gründen bestätigt die Anwendung der *Engel*-Kriterien auf den hier thematisierten Fall den pönalen Charakter der Zahlungen: Zunächst sind die Zahlungen nach US-amerikanischem Recht dem Strafrecht zuzuordnen. So dient der Abschluss eines NPA dazu, mit den Strafverfolgungsbehörden zu kooperieren und ein formelles Strafverfahren zu verhindern. Zu bejahen ist ferner die «wahre Natur» der Zuwiderhandlung und deren Folgen.⁵¹ Die Zahlungen weisen nämlich sowohl abschreckenden als auch vergeltenden Charakter auf.⁵² Der EGMR versucht nämlich selbst bei Bussen unter CHF 1 000.– noch zu differenzieren, ob sie als strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 EMRK qualifizieren.⁵³ Ob die Zahlungen das dritte Merkmal, die

(vgl. dazu SCHAERZ [Fn. 47], S. 55; VILLIGER [Fn. 47], Rn. 393; MARTIN PHILIPP WYSS, *Miranda Warnings im schweizerischen Verfahrensrecht?*, in: recht 2001, S. 132–147, 134).

49 Die Kriterien wurden erstmals herausgearbeitet im Fall EGMR, Urteil vom 08.06.1976, *Engel und andere vs. Niederlande*, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 und 5370/72, Ziff. 80 ff. und werden vom EGMR weiterhin als massgeblich erachtet (EGMR, Urteil vom 23.07.2002, *Janosevic vs. Schweden*, 34619/97, Ziff. 66 f.; EGMR, Urteil vom 28.10.1999, *Escoubet vs. Belgien*, 26780/95, Ziff. 32 ff.; EGMR, Urteil vom 01.02.2005, *Ziliberg vs. Moldawien*, 61821/00, Ziff. 29 ff.).

50 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 45), Rn. 1722.

51 EMRK Kommentar-PEUKERT (Fn. 46), Art. 6 EMRK Rn. 26.

52 VILLIGER (Fn. 47), Rn. 396 mit Verweis auf die Urteile in den Fällen EGMR, Urteil vom 08.06.1976, *Engel und andere vs. Niederlande*, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, Ziff. 82; EGMR, Urteil vom 21.02.1984, *Öztürk vs. Deutschland*, 8544/79, Ziff. 53; EGMR, Urteil vom 29.08.1997, *A.P., M.P. und T.P. vs. Schweiz*, 71/1996/690/882, Ziff. 41; EGMR, Urteil vom 29.08.1997, *E.L., R.L. et J.O.-L. vs. Schweiz*, 75/1996/694/886, Ziff. 46.

53 Vgl. LUZIUS WILDHABER, EMRK, Wettbewerbsrecht und Verwaltungsstrafen, in: Jusletter vom 04.11.2011, Rn. 9. Zudem hat das Department of Justice, also eine öffentliche Instanz, die Verfahrensherrschaft inne (EGMR, Urteil vom 10.06.1996, *Benham vs. Vereinigtes Königreich*, 19380/92, Ziff. 56). Die Schuld als Urteilsvoraussetzung, ein Indikator für den pönalen Charakter (EGMR, Urteil vom 10.06.1996, *Benham vs. Vereinigtes Königreich*, 19380/92, Ziff. 56), ist gegeben. Zwar wird die Schuld vermutet. Die Banken können die Vermutung aber widerle-

Schwere der Sanktion,⁵⁴ erfüllen, ist im Einzelfall unterschiedlich, d.h. je nach der Höhe der betreffenden Busse, die zwischen wenigen tausend⁵⁵ und mehreren Millionen⁵⁶ USD variiert, zu beurteilen.

Zusammengefasst erfüllen die Zahlungen von mehreren Millionen USD somit alle drei *Engel*-Kriterien und qualifizieren daher als strafrechtliche Anklagen. Zumal für eine entsprechende Zuordnung nur eines der Kriterien erfüllt sein muss, gilt dies nach Ansicht der Verfasserin ebenso für die tieferen Zahlungen in der Höhe von wenigen tausend USD, auch wenn es sich dabei um keine schweren Sanktionen im Sinne des dritten Merkmals handelt.

C. Zivilrechtlich ersatzfähige Bankzahlungen

I. Vertragliche Ansprüche

Der Vertrag zwischen der Bank und dem Kunden beruht hauptsächlich auf Auftragsrecht.⁵⁷ Bankverträge über ungesteuerte Vermögenswerte sind nur ausnahmsweise sittenwidrig und damit nichtig.⁵⁸

gen. Von der konkreten Busse sind jene Beträge abziehbar, bei denen die betreffende Bank nachweist, dass diese versteuert, durch die Bank dem Internal Revenue Service offengelegt oder gemäss dem Offshore Voluntary Disclosure Program vor Abschluss eines NPA gemeldet wurden (US-Steuerprogramm [Fn. 5], Ziff. II.H).

54 EMRK Kommentar-PEUKERT (Fn. 46), Art. 6 EMRK Rn. 26 mit Verweis auf die Urteile in den Fällen EGMR, Urteil vom 08.06.1976, *Engel und andere vs. Niederlande*, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 und 5370/72, Ziff. 82 und 85; EGMR, Urteil vom 11.10.1994, *Putz vs. Österreich*, 18892/91, Ziff. 48 ff.; EGMR, Urteil vom 21.10.1997, *Pierre-Bloch vs. Frankreich*, 120/1996/732/938, Ziff. 53 ff. Vgl. auch VILLIGER (Fn. 47), Rn. 397.

55 Beispielsweise willigte die Scobag Privatbank AG ein, eine Summe von USD 9 090.– zu bezahlen (vgl. dazu das Schreiben des DOJ vom 21.05.2015, abrufbar unter <<https://www.justice.gov/opa/file/450616/download>>).

56 So verpflichtete sich z.B. die Migros Bank AG zur Bezahlung einer Summe von USD 15 037 000.– (vgl. dazu das Schreiben des DOJ vom 10.09.2015 an die Migros Bank AG, abrufbar unter <<https://www.justice.gov/opa/file/778201/download>>). In diesem Sinne entschied das Bundesgericht im Zusammenhang mit kartellrechtlichen Sanktionen nach Art. 49a KG, bei einer Sanktionsandrohung, die zu einer finanziellen Mehrbelastung von mehreren Millionen Schweizer Franken führen könne, sei das Erfordernis der Schwere der Sanktion erfüllt (BGE 139 I 72, 78 ff. E. 2.2.2).

57 Vgl. zur Qualifizierung des Verhältnisses zwischen Bank und Kunde kürzlich BGE 4A_593/2015 (Urteil vom 13.12.2016), E. 7.1.1.; ferner etwa WALTER FELLMANN, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), *Berner Kommentar Band VI/2/4, Der einfache Auftrag*, Art. 394–406 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 1992, Art. 398 OR Rn. 26; BENJAMIN BÜCHLER/HANS CASPAR VON DER CRONE, *Auskunftspflichten des Vermögensverwalters gegenüber den Erben*, in: SZW 2011, S. 106–117, 112; ROLF H. WEBER, *Finanzdienstleistungen im Spannungsfeld von Zivil- und Aufsichtsrecht*, in: SJZ 2013, S. 405–420, 406 f.

58 Vgl. dazu eingehend SUSAN EMMENEGGER/THIRZA DÖBELI/MIRIAM FRITSCHI, *Sind Bankverträge über ungesteuerte Vermögenswerte gültig?*, in: Jusletter vom 31.08.2015, Rn. 61 ff.

1. Anspruch auf Ersatz von Auslagen und Verwendungen

Der Auftraggeber muss dem Beauftragten Auslagen und Verwendungen, die dieser in richtiger Ausführung des Auftrags gemacht hat, samt Zinsen ersetzen und ihn von den eingegangenen Verbindlichkeiten befreien (Art. 402 Abs. 1 OR). Dabei handelt es sich um Vermögensopfer, die der Beauftragte in Ausführung des Auftrags freiwillig erbringt. Schäden gelten dagegen nicht als Auslagen oder Verwendungen. Das Bundesgericht qualifizierte als Ausnahme hiervon in einem älteren Entscheid Schäden dann als Verwendungen i.S.v. Art. 402 Abs. 1 OR, wenn eine Sache im Interesse des Auftraggebers bewusst einer Gefahr ausgesetzt wurde und sich dieses Risiko realisierte.⁵⁹ Gemäss FELLMANN ist diese Ausnahme nur dann zu gewähren, wenn die Ausführung eines Auftrags im Interesse des Auftraggebers notwendigerweise mit besonderen, nur dem Ausführenden drohenden und nicht zu umgehenden Risiken verbunden ist.⁶⁰

Die vorliegend thematisierten Zahlungen qualifizieren regelmässig nicht als Auslagen oder Verwendungen i.S.v. Art. 402 Abs. 1 OR. Die Zahlung erfolgt unfreiwillig und nicht aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung der Bank gegenüber ihres Kunden oder im Interesse des Kunden. Vielmehr leistete die Bank etwa im Fall Millard/Crédit Suisse aus einer eigenen Verpflichtung.⁶¹

2. Anspruch auf Schadenersatz

Trifft den Auftraggeber ein Verschulden, verpflichtet ihn Art. 402 Abs. 2 OR zum Ersatz des durch den Beauftragten erlittenen Schadens.⁶² Unter der Prämisse, dass die Bank einen Schaden erlitten hat und auch die weiteren Voraussetzungen des Kausalzusammenhangs und des Verschuldens vorliegen,⁶³ erhehlen die nachfolgenden Ausführungen die Frage nach der Vertragsverletzung durch den Kunden.

Die Rechtsbeziehung Bank – Kunde wird nicht nur durch Handlungspflichten der Bank geprägt. Heute gilt es als anerkannt, dass auch den Kunden gewisse Mitwirkungspflichten treffen.⁶⁴ Das Gesetz regelt die Vertragspflichten des Auftraggebers nur unvollkommen. Aus Treu und Glauben (vgl. Art. 2 ZGB) ergeben sich zusätzliche (ungeschriebene) Nebenpflichten.⁶⁵ Dabei kom-

59 BGE 59 II 245, 256 E. 6.

60 BK-FELLMANN (Fn. 57), Art. 402 OR Rn. 24.

61 ZR 114/2015 (Fn. 3), S. 133 ff. E. 4.4.

62 Als Verursacher des Schadens kommen der Auftraggeber, ein Dritter oder der Zufall in Frage (ROLF H. WEBER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 402 OR Rn. 11). Dogmatisch liegt eine Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast vor (BK-FELLMANN [Fn. 57], Art. 402 OR Rn. 136 und 146).

63 ZR 114/2015 (Fn. 3), S. 139, E. 4.5.1.

64 Vgl. zu den Pflichten des Bankkunden etwa ERIC SIBBERN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Genehmigungsfiktion und Nebenpflichten der Bankkunden, in: SZW 2006, S. 70–78, S. 77 m.w.H.

65 BK-FELLMANN (Fn. 57), Art. 402 OR Rn. 153 f.

men vornehmlich Obhuts-, Aufklärungs-, Verschaffungs- oder Mitwirkungspflichten in Frage.⁶⁶ Den Auftraggeber trifft namentlich die Nebenpflicht, alles Zumutbare zu unternehmen, um den Beauftragten vor Schaden zu bewahren. Ist der Auftrag mit besonderen, nur dem Auftraggeber bekannten Gefahren verbunden, hat er den Beauftragten über diese Risiken aufzuklären und ihm nötigenfalls Verhaltensanweisungen zu erteilen, wie ihnen zu begegnen ist.⁶⁷ Bei der Schadenersatzbemessung ist ein Mitverschulden des Beauftragten zu berücksichtigen (Art. 44 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR).⁶⁸

a. Fall Millard/Crédit Suisse

Im Fall Millard/Crédit Suisse verneinte das Zürcher Handelsgericht die Verletzung einer Aufklärungs- oder Mitwirkungspflicht des Kunden. Zum einen seien die Kunden nicht verpflichtet gewesen, von sich aus, noch dazu in den Jahren 1999–2001, bei der Eröffnung der Geschäftsverbindungen auf die gegen sie erlassenen Urteile hinzuweisen. Zum anderen habe auch keine vertragliche Pflicht bestanden, sich am US-Verfahren zu beteiligen, um das durch die Unterstellung unter zwei Rechtsordnungen für die Bank entstandene Dilemma zu beheben.⁶⁹

b. Zivilrechtliche Pflicht zur Vermögensdeklaration und Bezahlung der Steuern?

Den Kunden trifft regelmässig keine zivilrechtliche Pflicht, sein Vermögen zu deklarieren und Steuern zu bezahlen.⁷⁰ Die öffentlich-rechtlichen (schweizerischen oder ausländischen) Steuernormen schützen einzig die Interessen der Öffentlichkeit bzw. des Gemeinwesens, das die betreffenden Steuern einzieht. Die Verletzung dieser Normen begründet keine Vertragsverletzung des Kunden gegenüber der Bank. Ferner sind schwerlich Konstellationen vorstellbar, in denen ein Eingreifen des Gerichts auf der Basis von Art. 2 Abs. 1 ZGB⁷¹ nötig und angezeigt erscheint, um eine vertragliche Pflicht des Kunden gegenüber der Bank zu begründen, wonach er seine Steuerpflichten erfüllen muss.⁷²

66 ROLF H. WEBER, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar Band VI/1/5, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bern 2000, Art. 97 OR Rn. 68 ff.

67 BK-FELLMANN (Fn. 57), Art. 402 OR Rn. 155; ähnlich BSK OR I-WEBER (Fn. 62), Art. 97 OR Rn. 69 m.w.H.

68 Vgl. BK-FELLMANN (Fn. 57), Art. 402 OR Rn. 168.

69 ZR 114/2015 (Fn. 3), S. 139, E. 4.5.2.

70 LUC THÉVENOZ, Conformité fiscale: obligations et responsabilité du client envers la banque, in: SZW 2016, S. 110–122, 113 ff.

71 Ist eine rechtsgeschäftliche Regelung auslegungsbedürftig oder lückenhaft, richtet sich ihre Beurteilung nach Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB (HEINRICH HONSELL, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Basel 2014, Art. 2 ZGB Rn. 12).

72 GL.M. THÉVENOZ (Fn. 70), S. 114.

c. *Zivilrechtliche Pflicht zur spontanen Information über den Steuerstatus?*

Eine zivilrechtliche Pflicht zur spontanen Information über den Steuerstatus könnte sich namentlich aus der (aufgrund Art. 2 ZGB bestehenden) Nebenpflicht des Auftraggebers, alles Zumutbare zu unternehmen, um den Beauftragten vor Schaden zu bewahren, ergeben. Beim Unterlassen der Deklaration der bei der Bank verwalteten Vermögenswerte und der Bezahlung entsprechender Steuern könnte es sich um besondere Gefahren handeln, die nur dem Auftraggeber bekannt sind. Mittels spontaner Information über den Steuerstatus würde der Kunde die Bank über diese Risiken aufklären.

Heute darf allgemein als bekannt gelten, dass die Verwaltung unverteuerter Vermögenswerte mit Sanktionen bedroht ist und die Banken daher Risiken aussetzt.⁷³ Dennoch bleibt fraglich, ob es für den einzelnen Kunden, insbesondere vor dem Hintergrund des Bankgeheimnisses, möglich ist bzw. war, die drohende Gefahr für die Schweizer Banken zu erkennen.⁷⁴

Nach der hier vertretenen Ansicht bestand bzw. besteht keine Pflicht des Kunden zur spontanen Information über den Steuerstatus.⁷⁵ Bevor sich die Banken durch die Verwaltung unverteuerter Vermögenswerte Risiken aussetzten, werden sie es vermutlich in der überwiegenden Zahl der Fälle in Kauf genommen haben, Schwarzgeld zu verwalten. In vielen Fällen ging dies wohl mit höheren Gebühren einher. Heute stellen die Banken ihren Kunden regelmässig präzise Fragen zum Steuerstatus, häufig in Form von Fragebögen. Der Kunde muss diese Fragen (wahrheitsgetreu) beantworten und durch die Bank angeforderte (wahrheitsgetreue und echte) Dokumente herausgeben. Eine darüber hinausgehende zivilrechtliche Pflicht des Bankkunden zur spontanen Information über den Steuerstatus fehlt.⁷⁶ Möchte man eine solche Pflicht bejahen, ist zumindest ein Mitverschulden der Bank bei der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen. Den Banken sind die mit der Verwaltung unverteuerter Gelder verbundenen Risiken bekannt. Stellen sie keine Fragen zur Eindämmung dieser Risiken, trifft sie ein Mitverschulden.

73 LANZ (Fn. 2), S. 5.

74 BURKHALTER (Fn. 4), S. 1606.

75 Gemäss LANZ gilt eine solche Informationspflicht uneingeschränkt insbesondere in Situationen, in denen eine Steuerpflicht im Ausland auf naheliegenden Umständen wie Wohnsitz, Staatsangehörigkeit oder Aufenthaltsbewilligung etc. beruht und dem Bankkunden bekannt sein muss. Ergebe sich ein Steuerstatus hingegen aus nicht evidenten Gegebenheiten, beispielsweise aus der wirtschaftlichen Berechtigung oder Kontrolle aus Escrow-Verhältnissen, sei eine uneingeschränkte Informationspflicht fraglich bzw. nur soweit gegeben, als dem Kunden die Steuerpflicht bewusst war oder sein musste (LANZ [Fn. 2], S. 5 f.). Nach BURKHALTER traf den Kunden eine entsprechende Pflicht ab jenem Zeitpunkt, in dem er von möglichen Repressalien gegenüber der Bank erfahren hatte (BURKHALTER [Fn. 4], S. 1606).

76 GL.M. THÉVENOZ (Fn. 70), S. 116.

d. Wahrheitspflicht

Die Verletzung der zivilrechtlichen Wahrheitspflicht zieht eine ausservertragliche Haftung nach sich.⁷⁷ Die Regeln zum Handeln nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) begründen eine Wahrheitspflicht, die im Vertragsverhältnis nicht weniger weit gehen sollte als im ausservertraglichen Verhältnis.⁷⁸ Dies gilt auch deswegen, weil der Bankkunde, regelmässig im Unterschied zur Bank, seinen Steuerstatus kennt.

II. Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag

War die Übernahme eines fremden Geschäfts durch das Interesse des Geschäftsherrn geboten, muss dieser dem Geschäftsherrn alle Verwendungen, die notwendig oder nützlich und den Verhältnissen angemessen waren, samt Zinsen ersetzen und ihn in demselben Masse von den übernommenen Verbindlichkeiten befreien sowie für anderen Schaden nach Ermessen des Richters Ersatz leisten (Art. 422 Abs. 1 OR). Handelt eine Person aufgrund und im Rahmen eines Auftrags des Geschäftsherrn, sind Art. 419 ff. OR grundsätzlich nicht anwendbar. Dies gilt auch für den Fall einer allfälligen Überschreitung vertraglicher Kompetenzen.⁷⁹

In der hier untersuchten Konstellation dürfte die Bank gegenüber ihren Kunden kaum je über einen Anspruch aus Art. 422 Abs. 1 OR verfügen. Zum einen besteht zwischen der Bank und dem Kunden ein Vertragsverhältnis. Zum anderen ist die Zahlung der Bank regelmässig nicht durch das Interesse des Kunden geboten, sondern egoistisch motiviert.⁸⁰

⁷⁷ Vgl. dazu hinten C.III.

⁷⁸ THÉVENOZ (Fn. 70), S. 118 m.w.H. Lügen im Vertragsrecht thematisiert etwa WALTER YUNG, *La vérité et le mensonge dans le droit privé*, in: *Etudes et articles*, Genève, 1971, S. 71–96. GL.M. NUSSBAUMER/OETTLI (Fn. 30), S. 179.

⁷⁹ Handlungen, die der Beauftragte bei einer Reaktion auf unvorhergesehene Ereignisse im Hinblick auf die Vertragserfüllung vornimmt, bestimmen sich nach den Regeln über die Ausfüllung von Vertragslücken. Das dabei relevante Kriterium des mutmasslichen Parteiwillens entspricht indes weitgehend dem im Geschäftsführungsrecht wesentlichen Merkmal der mutmasslichen Absicht des Geschäftsherrn (JÖRG SCHMID, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, Habil. Freiburg 1992, Rn. 239 ff., und 1183 ff., insbesondere 1189 f.; DERS., in: Peter Gauch/Jörg Schmid [Hrsg.], *Zürcher Kommentar Band V/3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, Art. 419–424 OR, Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 1993, Art. 419 OR Rn. 77 ff., insbesondere 83; a.A. GEORG GAUTSCHI, in: Arthur Meier-Hayoz [Hrsg.], *Berner Kommentar Band VI/2/5, Der Kreditbrief und der Kreditauftrag, der Maklervertrag, der Agenturvertrag, die Geschäftsführung ohne Auftrag*, Art. 407–424 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 1964, Art. 419 OR Rn. 3a).

⁸⁰ In diesem Sinne entschied auch das Handelsgericht im Fall *Millard/Crédit Suisse* (vgl. ZR 114/2015 [Fn. 3], S. 141, E. 4.6.2).

III. Ausservertragliche Ansprüche

Die für einen ausservertraglichen Anspruch aus Art. 41 Abs. 1 OR erforderliche Widerrechtlichkeit könnte gegeben sein, wenn der Kunde der Bank wahrheitswidrig Auskunft über seinen Steuerstatus gibt. Er könnte dadurch gegen haftpflichtrechtliche Schutznormen des (Vermögens-)Strafrechts verstossen.⁸¹ Darüber hinaus bleibt Lügen i.d.R. ohne Folgen. Widerrechtlich ist nach Ansicht des Bundesgerichts nur die falsche Auskunft desjenigen, der über Verhältnisse befragt wird, in die er dank seiner Stellung besonderen Einblick besitzt. Dabei muss es für ihn erkennbar sein, dass diese für den Adressaten voraussichtlich folgenschwere Bedeutung hat oder haben kann.⁸² Dadurch nimmt er eine Garantenstellung ein.⁸³

Im Gegensatz zur Bank kennen die Kunden ihren Steuerstatus, womit sie eine Garantenstellung einnehmen. Geben sie der Bank falsche Auskünfte, handeln sie widerrechtlich. Vorausgesetzt sind ferner Schaden, Kausalität und Verschulden.⁸⁴

IV. Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung

1. Fall Millard/Crédit Suisse

Im Fall Millard/Crédit Suisse verneinte das Handelsgericht das Vorliegen eines Bereicherungsanspruchs. Die Zahlung der Bank sei in Erfüllung des mit den ausländischen Behörden geschlossenen Vergleichs, also mit Rechtsgrund, erfolgt. Nach einer unbestritten gebliebenen Klausel des genannten Vergleichs sei dieser nicht dazu bestimmt, einen Schulderlass, Vergleich oder ähnliches in Bezug auf irgendeine Streitigkeit zwischen den ausländischen Behörden und den Kunden der Bank zu begründen.⁸⁵

Unter Wertungsgesichtspunkten habe die Sachlage gewisse Ähnlichkeiten mit der Konstellation einer (vermeintlichen) Anweisung mit ungültigem Deckungsverhältnis (zwischen Anweisendem und Angewiesenem) und fehlender Anweisung. Dabei werde im Valutaverhältnis (zwischen Anweisendem und Anweisungsempfänger) eine Schuld des vermeintlich Anweisenden gegenüber

81 Als haftpflichtrechtliche Schutznormen des (Vermögens-)Strafrechts gälte es etwa, die folgenden Tatbestände zu prüfen: Betrug (Art. 146 StGB), arglistige Vermögensschädigung (Art. 151 StGB) oder Falschbeurkundung (Art. 251 Ziff. 1 StGB) (vgl. dazu eingehend LANZ [Fn. 2], S. 10 ff.; BURKHALTER [Fn. 4], S. 1607 f.).

82 BGE 111 II 471, 474 E. 3; 129 IV 119, 122 E. 2.3.

83 ROLAND BREHM, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar Band VI/1/3/1, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 4. Aufl., Bern 2013, Art. 41 OR Rn. 48.

84 Anders als bei Art. 402 Abs. 2 OR besteht keine Beweislastumkehr, sodass das Verschulden vom Geschädigten darzulegen ist (vgl. LANZ [Fn. 2], S. 10 f.).

85 ZR 114/2015 (Fn. 3), S. 142, E. 4.7.3.

dem Anweisungsempfänger getilgt.⁸⁶ Fehle eine Anweisung, könne das Leisten des (vermeintlich) Angewiesenen dem (vermeintlich) Anweisenden nicht zugerechnet werden, sondern bleibe eine Leistung des (vermeintlich) Angewiesenen.⁸⁷ Für Bereicherungsansprüche gegenüber Personen, die bloss indirekt aus einem fremden Vertrag begünstigt werden, bestehe kein Raum.⁸⁸

2. *Leistungskondiktion*

Wer in ungerechtfertigter Weise, d.h. ohne objektiv rechtfertigenden Grund, aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten (Art. 62 OR). Die Bereicherung kann in einer Verminderung der Passiven, insbesondere der Befreiung einer Schuld, bestehen. Die Leistung einer Nichtschuld steht in subjektiver Hinsicht unter der Voraussetzung des Irrtums des Leistenden über den Rechtsgrund (Art. 63 Abs. 1 OR).⁸⁹ Grundsätzlich dienen Leistungskonditionen der Rückforderung von Zuwendungen, die im Rahmen eines bestimmten Kausalverhältnisses erbracht wurden.⁹⁰ In Mehrparteienverhältnissen ist die von den Parteien des Kausalverhältnisses begründete Risikoordnung nach h.L. möglichst auch auf der Ebene des Bereicherungsausgleichs aufrechtzuerhalten. An diesem Kausalverhältnis nicht beteiligte Dritte, die bloss indirekt durch die rechtsgrundlose Leistung begünstigt wurden, sollen nicht in den Bereicherungsausgleich verwickelt werden.⁹¹

Zunächst ist regelmässig unklar, ob die Bank durch die Zahlung überhaupt entreichert und die Kunden bereichert sind. So besteht vermutungsweise ein Zusammenhang zwischen den (zumindest früher) üblichen hohen Gebühren und den teilweise un versteuerten Vermögenswerten. Ferner hat die vorliegende Sachlage zwar gewisse Ähnlichkeiten mit der Anweisung mit ungültigem Deckungsverhältnis und fehlender Anweisung. Die Bank handelt aber in eigenem Interesse und nicht im Interesse ihrer Kunden. Sie weiss auch, dass weder ein

⁸⁶ Vgl. BGer 4A_135/2007 (Urteil vom 28.08.2007), E. 3.3 und 3.4.

⁸⁷ ZR 114/2015 (Fn. 3), S. 142 f., E. 4.7.3. m.w.H.

⁸⁸ ZR 114/2015 (Fn. 3), S. 143, E. 4.7.3. m.w.H.

⁸⁹ HERMANN SCHULIN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 62 OR Rn. 6 und 10d.

⁹⁰ ANNE-CATHERINE HAHN, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 62 OR Rn. 13.

⁹¹ BGE 99 II 131, 134 f. E. 2; 97 II 66, 71 E. 4.b; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 677; JOHANNES KÖNDGEN, Bereicherungsansprüche im bargeldlosen Zahlungsverkehr, in: SZW 1996, S. 30–40, 37; vgl. auch BRUNO SCHMIDLIN, Der Einheitstatbestand der Bereicherungsregel im Schweizerischen OR Art. 62: ein Sieg des Pandektenrechts, in: Heinrich Honsell/Roger Zäch/Franz Hasenböhler/Friedrich Harrer/René Rhinow (Hrsg.), Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel 2004, S. 663–688, 678 ff., der die von der h.L. vertretene Begründung allerdings kritisiert und stattdessen auf die Vermögenszuwendungen der Parteien abstellt; umfassend zum Ganzen NATHALIE VOSER, Bereicherungsansprüche in Dreiecksverhältnissen, erläutert am Beispiel der Anweisung, Habil. Basel 2004, S. 261 ff., 301 ff.

Deckungsverhältnis noch eine Anweisung vorliegt. Sie befindet sich somit in keinem Irrtum. Folglich besteht kein Anspruch aus Leistungskondiktion.

3. Eingriffskondiktion

Bei der Eingriffskondiktion bewirkt die Handlung des Bereicherten die Bereicherungslage.⁹² Erforderlich ist zudem ein unberechtigter Eingriff des Bereicherten in das Vermögen eines anderen.⁹³ Indem die Kunden die Deklaration gewisser Vermögenswerte und die Bezahlung entsprechender Steuerschulden unterlassen, könnten sie in das Vermögen der Bank eingreifen. Dies ist nicht der Fall. Wie erwähnt⁹⁴ schützen die einschlägigen Steuernormen einzig die Interessen der Öffentlichkeit und nicht das privatrechtliche Verhältnis zwischen der Bank und den Kunden und das Vermögen der Bank. Somit besteht kein Anspruch aus Eingriffskondiktion.

D. Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Abwälzbarkeit von Bussen

Die Zahlungen der Banken der Kategorie 2 an die US-Aufsicht sind pönaler Natur im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Der hiesige *Ordre public* ist nicht verletzt. Ergänzend zu den höchstrichterlichen Merkmalen postuliert die Autorin die Heranziehung der durch den EGMR zu Art. 6 EMRK entwickelten *Engel*-Kriterien, was den pönalen Charakter der besagten Zahlungen bestätigt. Den genannten Banken ist somit der Rückgriff auf ihre US-Kunden versagt.

II. Zivilrechtlich ersatzfähige Bankzahlungen

Die hauptsächlich als Aufträge zu qualifizierenden Bankverträge über unversteuerte Vermögenswerte sind nur im Ausnahmefall sittenwidrig und damit nichtig. Bei der durch die Bank erlittenen Vermögenseinbusse handelt es sich regelmässig um keine Auslagen i.S.v. Art. 402 Abs. 1 OR, sondern um einen Schaden gemäss Art. 402 Abs. 2 OR.

Die öffentlich-rechtlichen (schweizerischen oder ausländischen) Steuerpflichten des Kunden begründen keine vertragliche Pflicht des Kunden gegen-

92 BSK OR I-SCHULIN (Fn. 89), Art. 62 OR Rn. 20. Vgl. zu den Ausnahmen INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, Rn. 57.01.

93 BSK OR I-SCHULIN (Fn. 89), Art. 62 OR Rn. 20. Vgl. zu den im Zusammenhang mit der Eingriffskondiktion vertretenen Theorien «Eingriffstheorie» und «Zuweisungstheorie» CHK-HAHN (Fn. 90), Art. 62 OR Rn. 23 m.w.H.

94 Vgl. vorne C.I.2.b.

über der Bank, sein Vermögen zu deklarieren und seine Steuern zu bezahlen. Ebenso wenig muss der Kunde die Bank spontan über seinen Steuerstatus informieren. Antwortet der Kunde aber auf entsprechende Fragen nicht wahrheitsgetreu, begeht er eine Vertragsverletzung. Ferner besteht weder ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag noch ein solcher aus ungerechtfertigter Bereicherung. Die für einen Anspruch aus Art. 41 Abs. 1 OR erforderliche Widerrechtlichkeit ist gegeben, wenn der Kunde der Bank wahrheitswidrige Auskünfte über seinen Steuerstatus gibt.

Zusammenfassung

Verschiedene Schweizer Banken sind mit Sanktionen der US-Behörden im Zusammenhang mit un versteuerten Vermögenswerten ihrer US-Kunden konfrontiert. Einerseits geht es dabei um Verfahren gegen die Banken selbst. So leisten Banken der Kategorie 2 des US-Steuerprogramms für ein Non-Prosecution Agreement Zahlungen an das US-amerikanische Department of Justice. Andererseits werden die Banken in Verfahren der US-Behörden gegen US-Kunden als Dritte belangt (z.B. im Rechtsstreit Millard/Crédit Suisse). Können die Banken diese Zahlungen von ihren US-Kunden zurückfordern?

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts stellen Bussen keinen zivilrechtlich ersatzfähigen Schaden dar. Bei ausländischen Bussen bleibt der Schweizer *Ordre public* vorbehalten. Die Zahlungen der Banken der Kategorie 2 an die US-Aufsicht sind nach Ansicht der Verfasserin pönaler Natur im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Der hiesige *Ordre public* ist nicht verletzt. Ergänzend zu den höchstrichterlichen Merkmalen postuliert die Autorin die Heranziehung der durch den EGMR zu Art. 6 EMRK entwickelten *Engel*-Kriterien, was den pönalen Charakter der besagten Zahlungen bestätigt. Den genannten Banken ist der Rückgriff auf ihre US-Kunden somit versagt. Die für die Rückforderung zivilrechtlich ersatzfähiger Bankzahlungen vorausgesetzte Vertragsverletzung bzw. Widerrechtlichkeit ist gegeben, wenn die Kunden der Bank wahrheitswidrige Auskünfte über ihren Steuerstatus geben.

Résumé

Diverses banques suisses font face à des sanctions des autorités US en raison de fonds non déclarés de leurs clients US. Il s'agit là, d'une part, de procédures contre les banques elles-mêmes, des banques de la catégorie 2 du programme fiscal US obtenant ainsi un accord de non-poursuite en échange du paiement de certaines sommes au Département américain de la justice. D'autre part, les banques sont poursuivies comme tiers dans des procédures des autorités US à

l'encontre de clients US (par ex. litige Millard/Credit Suisse). Peuvent-elles exiger que les clients leur remboursent ces montants?

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, les amendes ne constituent pas un dommage réparable en vertu du droit civil. En cas d'amendes à l'étranger, l'ordre public suisse reste réservé. Pour l'auteur, les paiements des banques de la catégorie 2 aux autorités US sont de nature pénale au sens de la jurisprudence du TF. L'ordre public suisse n'est pas violé. En plus des critères du TF, l'auteur postule le recours aux critères «Engel» développés par la CEDH pour l'art. 6 CEDH, ce qui confirme le caractère pénal des paiements. Les banques concernées ne peuvent donc répercuter ces montants sur leurs clients.

Si les clients ont fourni des renseignements mensongers sur leur statut fiscal, le contrat est considéré comme non respecté ou un acte illicite est constaté et les conditions principales sont réunies pour exiger le remboursement des paiements soumis à réparation en vertu du droit civil.