



Das US-Programm und die Bussenzahlungen – besteht ein Regressrecht der Banken?

SABINE BURKHALTER

Ob die Voraussetzungen einer Haftung des Bankkunden für Zahlungen der Bank aus dem US-Programm gegeben sind, wird im Einzelfall eingehend geprüft werden müssen. Vor dem Hintergrund, dass die US-Busse zumindest nicht eindeutig als Busse mit strafrechtlichem Charakter qualifiziert werden kann und aufgrund des enormen Drucks auf die Banken, am US-Programm teilzunehmen, kann die Bezahlung der Busse im Einzelfall wohl als eine unfreiwillige Vermögensverminderung qualifiziert werden. Als Anspruchsgrundlage für ein mögliches Regressrecht der Bank aus Bussenzahlungen an die USA sind grundsätzlich sowohl vertragliche als auch ausservertragliche Ansprüche gegenüber den entsprechenden Bankkunden denkbar. Kann man einem Bankkunden vorwerfen, dass er durch sein Verhalten eine vertragliche Pflicht verletzt und eine unerlaubte Handlung begangen hat, so kann sich die Bank auf beide Haftungsgründe berufen. Die Verrechnungsmöglichkeit ist im Einzelfall zu prüfen, jedoch grundsätzlich nicht ausgeschlossen, wenn die Schadenersatzforderung gegenüber dem Bankkunden tatsächlich besteht und auch fällig ist.

La réalisation des conditions d'une responsabilité du client d'une banque pour les paiements que cette dernière a effectués sur la base du programme américain nécessite un examen approfondi au cas par cas. Compte tenu du fait que l'amende américaine ne peut pas être clairement définie comme une amende à caractère pénal et de l'énorme pression à laquelle sont soumises les banques pour participer au programme américain, le paiement de l'amende peut, selon les cas, être considéré comme une diminution involontaire du patrimoine. La banque pourrait fonder un éventuel droit de recours du fait des amendes qu'elle a versées aux Etats-Unis sur des prétentions aussi bien contractuelles qu'extracontractuelles à l'encontre des clients impliqués. Si l'on peut reprocher à un client bancaire d'avoir, par son comportement, enfreint une obligation contractuelle et commis un acte illicite, la banque peut invoquer ces deux chefs de responsabilité. La compensation doit être examinée au cas par cas, mais elle n'est en principe pas exclue si la créance en réparation du dommage à l'encontre du client de la banque existe effectivement et est aussi exigible.

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Überblick über das US-Programm
 - 2.1. Grundlagen
 - 2.2. Bankenkategorien
 - 2.3. Bussensystem
3. Rechtliche Qualifikation der US-Busse
4. Regressmöglichkeiten der Banken
 - 4.1. Mögliche Anspruchsgrundlagen
 - 4.2. Vertragliche Ansprüche
 - 4.2.1 Qualifikation des Vertrags
 - 4.2.2 Schaden
 - 4.2.3 Vertragsverletzung
 - 4.2.4 Kausalität
 - 4.2.5 Verschulden
 - 4.2.6 Fazit
 - 4.3. Ausservertragliche Ansprüche gemäss OR 41
 - 4.3.1 Schaden und Kausalität
 - 4.3.2 Widerrechtlichkeit
 - 4.3.3 Verschulden
 - 4.3.4 Fazit
5. Verrechnungsmöglichkeit der Regressforderung
 - 5.1. Allgemeine Voraussetzungen
 - 5.2. Verrechnungserklärung und fehlender Verrechnungsausschluss
6. Fazit

1. Einleitung

Zur Beilegung des seit Jahren andauernden Steuerstreits zwischen den USA und den Schweizer Banken haben das

US Justizdepartement (Department of Justice; nachfolgend «DoJ») und das Eidgenössische Finanzdepartement (nachfolgend «EFD») Verhandlungen aufgenommen und ein Programm zur Lösung der Problematik ausgearbeitet: Das «Joint Statement» wurde am 29. August 2013 unterzeichnet. Es nimmt Bezug auf das gleichentags bekanntgegebene «Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks» (nachfolgend «US-Programm»).

Der vorliegende Beitrag umreisst in einem ersten Schritt das vorgenannte US-Programm (2.) und geht anschliessend auf die Thematik der im Programm enthaltenen US-Bussenregelung ein (3.). Anschliessend wird sowohl die Regressmöglichkeit der Banken gegenüber den entsprechenden US Bankkunden (4.), wie auch eine potentielle Verrechnung allfällig zu bejahender Regressforderungen (5.) andiskutiert. Der vorliegende Aufsatz erhebt nicht den Anspruch, die sich stellenden Fragen abschliessend zu beantworten.

2. Überblick über das US-Programm

2.1. Grundlagen

Das US-Programm wurde einseitig vom DoJ eingeführt und stellt somit trotz dem Verweis im Joint Statement

zwischen dem DoJ und dem EFD keinen Vertrag dar. Den Schweizer Banken wird damit ein Weg aufgezeigt, ein (zeitintensives und teures) Strafverfahren im Zusammenhang mit un versteuerten US-Geldern zu vermeiden.

Am US-Programm können diejenigen Schweizer Banken teilnehmen, gegen die im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Programms noch kein Strafverfahren in den USA eingeleitet worden war.¹ Betreffend die Definition einer Schweizer Bank verweist das Programm auf das FATCA-Abkommen zwischen den USA und der Schweiz vom 14. Februar 2013.² Nicht anwendbar ist das Programm auf ausländische Niederlassungen von Schweizer Banken sowie auf natürliche Personen.³

Die Teilnahme am US-Programm ist den Schweizer Banken *theoretisch* freigestellt. Die Schweiz verpflichtete sich, die Banken auf das Programm aufmerksam zu machen und zur Teilnahme zu «ermutigen». Aufgrund der Aussicht, durch das US-Programm einer möglichen Strafverfolgung im Ausland sowie einen schwer wiegenden Reputationsschaden zu vermeiden, ist der Druck auf die Banken enorm. Die postulierte Freiwilligkeit könnte demzufolge als rein *formale* Freiwilligkeit qualifiziert werden.

2.2. Bankenkategorien

Die vom US-Programm erfassten Banken werden von diesem in verschiedene Kategorien unterteilt:

In die *Kategorie 1* fallen alle Banken, gegen die im Zeitpunkt der Bekanntgabe, also am 29. August 2013, bereits ein strafrechtliches Verfahren eröffnet wurde. Diesen Banken ist, wie vorne bereits erwähnt, die Teilnahme am US-Programm verwehrt.⁴

Die *Kategorie 2* umfasst alle Banken, welche nicht in die Kategorie 1 oder 4 des Programms fallen und die Grund zur Annahme haben, dass sie mit Blick auf nicht gemeldete US-bezogene Konten Vergehen gemäss dem US-Steuerrecht begangen haben.⁵ Um US-bezogene Konten handelt es sich, sofern der Kontosaldo seit dem 1. August 2008 mindestens einmal den Betrag von USD 50'000.00 überstiegen hat und wenn genügend Indizien bestehen, dass ein US-Bürger ein begründetes Interesse daran hat oder darüber verfügen kann (nachfolgend «*US Related Accounts*»). Die Banken der Kategorie 2 können ein so-

genanntes Non-Prosecution Agreement (nachfolgend «*NPA*») verlangen, wobei die Voraussetzungen dafür im US-Programm festgelegt sind.⁶

Unter die *Kategorie 3* werden die Schweizer Banken subsumiert, die mit Blick auf die von ihr gehaltenen US Related Accounts keine Vergehen gemäss dem US-Steuerrecht begangen haben. Banken der Kategorie 3 können einen Non-Target Letter gemäss dem US-Programm anfordern. Beim Non-Target Letter handelt es sich um ein Bestätigungsschreiben der Steuerabteilung des DoJ, dass gemäss deren Kenntnis die anfragende Bank nicht Ziel eines Strafverfahrens ist.⁷

Um als Bank der *Kategorie 4* zu gelten, muss es sich um eine nach dem Schweizer Recht bewilligte und regulierte Bank handeln, welche keine Zweiggemeinschaften im Ausland hat und deren Kundenvermögen zu mindestens 98 % aus Geldern von Schweizer oder EU-Bürgern bzw. in der Schweiz oder den EU-Mitgliedstaaten angesiedelten juristischen Personen besteht.⁸ Wie die Banken der Kategorie 3 können auch diese Banken einen Non-Target Letter bei der Steuerabteilung des DoJ beantragen.⁹

2.3. Bussensystem

Eine Voraussetzung für die Erteilung eines NPA für die Banken der Kategorie 2 ist die Bezahlung einer Busse («*US-Busse*»). Keine US-Busse zu entrichten haben die Banken der Kategorie 3 und 4. Banken der Kategorie 1 werden ausserhalb des US-Programms belangt.

Das Bussensystem gemäss US-Programm ist wie folgt ausgestaltet:¹⁰

- Für US Related Accounts, welche bereits am 1. August 2008 bestanden, 20 % des maximalen Kontoguthabens während der Applicable Period,¹¹
- für US Related Accounts, welche zwischen dem 1. August 2008 und dem 28. Februar 2009 eröffnet wurden, 30 % des maximalen Kontoguthabens und
- für US Related Accounts, welche nach dem 28. Februar eröffnet wurden, 50 % des maximalen Kontoguthabens.

Dabei können jene Beträge abgezogen werden, bei welchen die Bank rechtsgenüchlich nachweisen kann, dass die-

¹ US-Programm, Ziff. I.A.

² Agreement between Switzerland and the United States of America for Cooperation to Facilitate the Implementation of FATCA, abrufbar unter: http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2330/FATCA-Implementation_Agreement_en.pdf.

³ US-Programm, Ziff. I.A.

⁴ US-Programm, Ziff. I.A.

⁵ US-Programm, Ziff. II.A.

⁶ US-Programm, Ziff. II.B. bis K.

⁷ US-Programm, Ziff. I.B.11.

⁸ US-Programm, Ziff. IV.A.2. i.V.m. Annex II, Ziff. II.A.1. des FATCA-Abkommens.

⁹ US-Programm, Ziff. IV.A.

¹⁰ US-Programm, Ziff. II.H.

¹¹ 1. August 2008 bis (a) 31. Dezember 2013, (b) Inkrafttreten des FFI Agreements oder (c) des NPA bzw. des Non-Target Letters, falls dieses Datum früher ist als der 31. Dezember 2013.

se versteuert, von der Bank dem Internal Revenue Service offengelegt oder gemäss dem Offshore Voluntary Disclosure Program vor Abschluss eines NPA gemeldet wurden.

3. Rechtliche Qualifikation der US-Busse

Es stellt sich die Frage, wie die US-Bussen gemäss dem US-Programm zu qualifizieren sind. Für den strafrechtlichen Charakter der US-Busse spricht, dass deren Bezahlung direkt auf den Abschluss eines NPA zurückzuführen ist, welches seinerseits der Verhinderung eines Strafverfahrens dient. Die US-Bussen, welche die Banken in einem allfälligen Strafverfahren zu befürchten haben, werden praktisch durch die Zahlungen gemäss dem US-Programm ersetzt. Sie können folglich als Ersatzsanktionen definiert werden. Dafür spricht insbesondere die Formulierung im US-Programm selber. Demnach können Banken ein NPA verlangen, wenn sie Grund zur Annahme haben, dass sie Vergehen im Zusammenhang mit dem US-Steuerrecht begangen haben¹². Im Weiteren kann die US-Busse nicht als Entschädigung der US-Steuerbehörde für unbezahlte Steuern angesehen werden, denn auch eine Offenlegung der nicht versteuerten Werte durch den steuerpflichtigen US-Bürger führt nicht dazu, dass die zu bezahlende US-Busse reduziert wird.¹³ Entsprechend ist das Ziel der US-Busse gemäss US-Programm in erster Linie die Bestrafung der Bank, also die Schädigung des Vermögensdelinquenten in seinem Rechtsgut «Vermögen».¹⁴

Im Zusammenhang mit einer möglichen strafrechtlichen Qualifikation der US-Busse stellt sich weiter die Frage, ob tatsächlich gegen alle Banken, welche sich als Bank der Kategorie 2 qualifiziert haben, ein strafrechtliches Verfahren eröffnet worden bzw. ob in einem solchen ein Schuldspruch ergangen wäre. Einige Banken werden sich als Bank der Kategorie 2 eingestuft haben, obwohl sie wohl nicht zur Bezahlung einer US-Busse verurteilt worden wären. In diesen Fällen stellt die US-Busse gemäss US-Programm keine Ersatzsanktion dar. Zudem wird die US-Busse gemäss US-Programm unabhängig vom Verschulden der Bank, sondern schematisch und gestützt auf vorgängig festgelegte Parameter verhängt. Ob

die Bank tatsächlich gegen US-Recht verstossen hat, ist somit völlig irrelevant. Die Banken müssen die entlastenden Tatsachen selber vorbringen, ohne dass das DoJ von Amtes wegen alle belastenden und entlastenden Sachverhaltselemente abklärt, was der nach schweizerischem Recht geltenden Unschuldsvermutung widerspricht.¹⁵ Und schliesslich haben die Schweizer Banken auch keine Möglichkeit, die US-Busse von einer richterlichen Instanz überprüfen zu lassen.

Zivilrechtlich könnte die US-Busse nach schweizerischem Recht allenfalls analog der Konventionalstrafe behandelt werden, obwohl tatsächlich nur wenig Parallelen bestehen. Zwar muss der Gläubiger zur Durchsetzung der Konventionalstrafe keinen Schaden nachweisen. Mit Hilfe der Konventionalstrafe soll jedoch trotzdem die Erfüllung einer Hauptschuld sichergestellt oder, für den Falle der Nichterfüllung, ein wirtschaftlicher Ausgleich geschaffen werden.¹⁶ Die US-Busse ist jedoch insbesondere nicht als Ausgleich für die Schlechterfüllung einer vertraglich vereinbarten Leistung gedacht, sondern stellt für die Banken der Kategorie 2 eine *Voraussetzung* für den Abschluss eines Vertrages (NPA) dar.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass gute Argumente für den strafrechtlichen Charakter der US-Busse sprechen, insbesondere dass deren Bezahlung direkt auf den Abschluss eines NPA zurückzuführen ist, welches seinerseits der Verhinderung eines Strafverfahrens dient. Doch vor allem auch aufgrund verfahrensrechtlicher Aspekte, welche es zu beachten gilt, kann die US-Busse nach schweizerischem Verständnis nicht vollends mit einer Busse mit strafrechtlichem Charakter gleichgesetzt werden.¹⁷

4. Regressmöglichkeiten der Banken

4.1. Mögliche Anspruchsgrundlagen

Unabhängig von der Qualifikation der US-Busse im schweizerischen Rechtssystem kann festgehalten werden, dass der Umfang der Zahlung schematisch und anhand der im US-Programm festgelegten Kriterien bestimmt wird. Für die Bank der Kategorie 2 gemäss US-Programm

¹² [...] has reason to believe it may have committed tax related offenses.

¹³ GIOVANNI MOLO/DARIO GIOVANOLI, Das US-Programm aus Schweizer Sicht, in: Jusletter vom 16. Dezember 2013, 10.

¹⁴ Urteil des Kassationshofs in Strafsachen vom 1. März 2006, BGer 6S.416/2005, E. 3, mit Verweis auf die Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes [Strafbare Handlungen gegen das Vermögen und Urkundendelikte] vom 24. April 1991, BBl 1991 II 969, 1075.

¹⁵ Art. 6 StPO; Art. 10 StPO; so auch PETER HONGLER/FABIENNE LIMACHER, Die Abzugsfähigkeit von DoJ-US-US-Bussen für Schweizer Banken im Recht der Direkten Bundessteuer und aus steuerharmonisierungsrechtlicher Sicht, in: Jusletter vom 10. Februar 2014, 3 f.

¹⁶ FELIX EHRTAT, Basler Kommentar OR I, 5. A., Basel 2011, Art. 160 N 1 m.H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

¹⁷ THOMAS KOLLER, Kommentierung von BGer 4C.316/2001 vom 7. Februar 2002, in: AJP/PJA 2003, 718.

kann sich die Frage stellen, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen sie Regress auf ihre US-Kunden nehmen kann.

Grundsätzlich sind diesbezüglich sowohl vertragliche als auch ausservertragliche Ansprüche der Bank denkbar. Kann man einem Bankkunden vorwerfen, dass er durch sein Verhalten eine vertragliche Pflicht verletzt und gleichzeitig eine unerlaubte Handlung begangen hat, so kann sich der Geschädigte im Sinne der Anspruchskonkurrenz parallel auf beide Haftungsgründe berufen.¹⁸ Unter Ziffer 4.3 werden deshalb auch mögliche ausservertragliche Ansprüche der Bank gegenüber ihren US-Kunden zu prüfen sein.

Schliesslich gilt es darauf hinzuweisen, dass die nachfolgenden Ausführungen selbstverständlich nicht einheitlich auf sämtliche Banken der Kategorie 2 zutreffen können. Je nach den konkreten Umständen im Einzelfall werden sich die konkreten Möglichkeiten der Banken in Bezug auf ihr Regressrecht deutlich unterscheiden.

4.2. Vertragliche Ansprüche

4.2.1 Qualifikation des Vertrags

Die Beziehung zwischen einer Bank und ihren Kunden ist durch eine Vielzahl von verschiedensten Leistungen seitens der Bank gekennzeichnet. So hat der Bankkunde beispielsweise verschiedene Konten bei der Bank, die Bank wickelt Zahlungen für den Kunden ab, der Kunde hält Wertschriftendepots, ist Hypothekarschuldner oder nutzt Debit- oder Kreditkarten. Diesen verschiedenen Leistungen liegen gemäss herrschender Lehre jeweils einzelne Verträge zugrunde.¹⁹ Grundlage der Geschäftsbeziehung ist in der Regel die Eröffnung eines Kontos und damit der Abschluss eines Kontokorrentvertrages. Damit verbunden ist oftmals ein Girovertrag, in welchem die Bank dem Kunden zusichert, bei genügender Deckung seine Zahlungsaufträge auszuführen und eingehende Überweisungen gutzuschreiben.²⁰ Auf Kontokorrent- und

Girovertrag finden die auftragsrechtlichen Bestimmungen Anwendung.²¹ Auch auf den Anlageberatungs- und den Vermögensverwaltungsvertrag gelangen die Bestimmungen des Auftrags zur Anwendung.²² Die Verwahrung und Verwaltung der Vermögenswerte erfolgt nach einem separat abgeschlossenen Depotvertrag. Dieser ist als gemischter Vertrag zu qualifizieren, welcher Elemente des Hinterlegungsvertrags und des Auftragsrechts enthält.²³ Somit handelt es sich bei den geschäftlichen Beziehungen zwischen einer Bank und ihren Kunden in der Regel um Aufträge, wobei die Pflichten der Parteien dabei im Einzelfall zu ermitteln sind.²⁴

Aufgrund der unterschiedlichen Berührungspunkte ist es gemäss Ansicht eines Teils der Lehre angezeigt, die Rechtsbeziehungen zwischen der Bank und ihren Kunden als Einheit zu verstehen, weshalb die *Lehre des allgemeinen Bankvertrags* begründet wurde.²⁵ Demnach werden die verschiedenen geschäftlichen Beziehungen unter einem Rahmenvertrag zusammengefasst. Als Grundlage dafür gelten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Bank. Wie bei jedem Vertrag stehen sich auch hier verschiedene Rechte und Pflichten der Parteien gegenüber. Die Bank verpflichtet sich, alle diejenigen Leistungen vorzunehmen, welche im Bankgewerbe *üblich* sind, und der Kunde seinerseits trifft die Pflicht zur wahrheitsgemässen Information. Er muss sich die AGB während der Vertragsdauer entgegenhalten lassen. Rechtlich wird der allgemeine Bankvertrag als Auftrag qualifiziert, weshalb die entsprechenden Bestimmungen analog anzuwenden sind.

Die Lehre des allgemeinen Bankvertrags findet in der Schweiz nur wenig Zustimmung und wird in der Lehre und Rechtsprechung grösstenteils verworfen. Es wird argumentiert, dem allgemeinen Bankenvertrag fehle es sowohl an eigenständigem Inhalt als auch am entsprechenden Bindungswillen der Parteien.²⁶ Die schweizerische Lehre und Rechtsprechung vertritt wie ausgeführt die Meinung, die Geschäftsbeziehung zwischen Bank

¹⁸ BGE 120 II 58.

¹⁹ WALTER FELLMANN, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/2/4. Art. 394–406 OR, Bern 1992, Art. 398 N 429; BEAT KLEINER, Bankkonto, Giro- und Kontokorrentvertrag, in: Peter Forstmoser/PierreTercier/Roger Zäch (Hrsg.), Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zürich 1988, 273 ff.; PATRICIA BÜCHLER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Auskunftspflichten des Vermögensverwalters gegenüber den Erben, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 5A_638/2009 vom 13. September 2010 i.S. X AG (Beschwerdeführerin) gegen Z. (Beschwerdegegnerin), in: SZW 1/2011, 109.

²⁰ PETER EMCH/HUGO RENZ/RETO ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2011, N 655 f.

²¹ BGE 126 III 20, E 3a/aa; BGE 110 II 283, E. I.; DIETER SCHALLER, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar OR, Basel 2014, Art. 394 N 6.

²² BGE 4C.432/2005 Ziff. 4.1; BGE 138 III 755; ROLF H. WEBER, Finanzdienstleistungen im Spannungsfeld von Zivil- und Aufsichtsrecht, in: SJZ 109 (2013) Nr. 18, S. 407 (nachfolgend: WEBER, SJZ).

²³ ANSGAR SCHOTT/BENEDIKT MAURENBRECHER, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar OR, Basel 2014, Art. 472 N 14; FELLMANN (FN 19), Art. 398 N 430;

²⁴ FELLMANN (FN 19), Art. 398 N 26; WEBER (FN 22), SJZ, 407.

²⁵ Der allgemeine Bankvertrag wird vor allem in Deutschland diskutiert. Vgl. dazu statt vieler BÜCHLER/VON DER CRONE (FN 19), 109.

²⁶ BÜCHLER/VON DER CRONE (FN 19), 112 mit weiteren Literaturhinweisen.

und Kunde bestehe aus mehreren Einzelverträgen, welche dementsprechend auch die Grundlage für Beurteilung rechtlicher Fragen bilden.²⁷

4.2.2 Schaden

Eine Forderung der Bank gegenüber dem Kunden kann von dieser nur geltend gemacht werden, wenn verschiedene Voraussetzungen erfüllt sind. Insbesondere muss die Bank einen Schaden im rechtlichen Sinne nachweisen können.

Ein rechtlich relevanter Schaden ist eine *unfreiwillige* Vermögensverminderung, welche durch eine Verminderung der Aktiven, eine Vermehrung der Passiven oder durch entgangenen Gewinn entstehen kann. Die Vermögensverminderung entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem hypothetischen Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.²⁸

Die Bezahlung einer Busse vermindert unzweifelhaft das Vermögen der bezahlenden Bank. Trotzdem soll diese Vermögensverminderung gemäss Bundesgericht dann keine Schadenersatzpflicht begründen, wenn sie aufgrund der Bezahlung einer Busse mit *strafrechtlichem Charakter* entstanden ist, unabhängig davon, ob sie aufgrund schweizerischen oder ausländischen Rechts ausgesprochen worden ist. In BGE 115 II 72 hatte das Bundesgericht eine Schadenersatzklage wegen Verletzung des Bankgeheimnisses eines Kunden einer schweizerischen Bank zu beurteilen, dem eine Busse auferlegt worden war, weil er die Vorschriften seines Heimatstaates über die finanziellen Beziehungen zum Ausland verletzt hatte. Das Bundesgericht vertrat die Meinung, dass der Bankkunde keinen Ersatz des Bussenbetrages von der Bank fordern durfte (vorbehalten der Möglichkeit, dass die Sanktion nicht mit dem schweizerischen *ordre public* vereinbar wäre). Zweck der US-Busse sei die Bestrafung eines widerrechtlichen Verhaltens. Durch die Verminderung des Vermögens soll der Gebüsste höchstpersönlich getroffen werden. Bei Anerkennung einer Schadenersatzpflicht würde das eigentliche Ziel der US-Busse vereitelt.²⁹

Wie bereits ausgeführt, erscheint eine rein strafrechtliche Qualifikation der US-Busse gemäss US-Programm als unbefriedigend. Würde die Bank nämlich am US-Programm nicht teilnehmen (und dementsprechend die US-Busse nicht bezahlen), würde unter Umständen gar

keine Strafuntersuchung oder Anklageerhebung eröffnet, beziehungsweise es käme nicht in jedem Fall zu einer Verurteilung wegen Delikten im Zusammenhang mit US-Geldern. Demzufolge kann vorliegend nicht ohne weiteres von einer strafrechtlichen Busse, zumindest gemäss schweizerischem Rechtsverständnis, ausgegangen werden. Dies würde nur dann mit einiger Sicherheit zutreffen, wenn eine strafrechtliche Verurteilung zumindest als wahrscheinlich gälte.

Obwohl die Bank die Bezahlung der US-Bussen in Kauf nimmt und ihr im Vorfeld sogar zustimmt, ist der Druck zur Teilnahme am US-Programm als sehr hoch einzustufen. Das Risiko einer möglichen Strafuntersuchung und die Ungewissheit über deren Konsequenzen sind schwierig kalkulierbar. Trotzdem ist die Entscheidung, am US-Programm teilzunehmen, in der alleinigen Verantwortung und Entscheidungsgewalt der Bank. Die Frage, ob die Vermögensverminderung «unfreiwillig» geschieht, kann somit nicht klar bejaht werden.

4.2.3 Vertragsverletzung

Um von einer Schadenersatzforderung der Bank gegenüber ihren US-Kunden ausgehen zu können, muss ein allfälliger Schaden durch eine Vertragsverletzung seitens des Kunden verursacht worden sein. Ob eine solche Vertragsverletzung vorliegt, ist jeweils im konkreten Einzelfall zu bestimmen.

Gemäss dem Auftragsrecht, welchem die vertraglichen Beziehungen zwischen Bank und Kunde grösstenteils unterstehen, haftet der Auftraggeber dem Beauftragten für den diesem aus dem Auftrag erwachsenden Schaden, soweit er nicht zu beweisen vermag, dass der Schaden ohne sein Verschulden entstanden ist (Art. 402 Abs. 2 OR). Gleiches gilt gemäss Art. 473 Abs. 2 OR im Recht des Hinterlegungsvertrags.³⁰ Diese gesetzlichen Anordnungen sind dispositiver Natur und lassen Raum für eine privatautonome Regelung.³¹ Es wird derjenige Schaden erfasst, welcher durch die Verletzung einer vertraglichen Verhaltenspflicht des Auftraggebers entsteht. Der Auftraggeber hat somit die Pflicht, alles Zumutbare zu unternehmen, um den Beauftragten vor Schaden zu bewahren. So hat er den Beauftragten insbesondere auf bekannte bzw. zu erwartende Gefahren hinzuweisen.³²

²⁷ FELLMANN (FN 19), Art. 398 N 429.

²⁸ BGE 127 III 543, 546; WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar OR I, 5. A., Basel 2011, Art. 97 N 38.

²⁹ BGE 115 II 72, 75.

³⁰ Im Folgenden wird aus Praktikabilitätsgründen einzig vom Auftraggeber gesprochen. Da sich die Rechtslage in diesem Punkt beim Hinterlegungsvertrag davon nicht unterscheidet, ist mit Auftraggeber auch immer der Hinterleger gemeint.

³¹ ROLF WEBER, Basler Kommentar OR I, 5. A., Basel 2011, Art. 402 N 16 (nachfolgend: WEBER, BSK).

³² WEBER, BSK (FN 51), Art. 402 N 11 ff.

Der Steuerstreit prägt seit Jahren das Verhältnis der Schweiz zu den USA. Das Thema hat Banken, Politik und Öffentlichkeit fast rund um die Uhr beschäftigt. Und trotzdem bleibt fraglich, ob es für den einzelnen US-Bankkunden möglich war, die drohende Gefahr für die Schweizer Banken, insbesondere auch vor dem Hintergrund des Bankgeheimnisses, zu erkennen. Dies kann sicherlich in denjenigen Fällen bejaht werden, in welchen die Kunden von der Bank in Form eines entsprechenden Formulars oder Schreibens – eventuell sogar unter Androhung von Straffolgen bei Fehldекlaration – direkt dazu aufgefordert wurden, zu erklären, ob die angelegten Gelder ordentlich versteuert wurden. Dabei stellt eine allfällige Falschdeklaration, beziehungsweise die Unterzeichnung des Formulars trotz nicht versteuerter Vermögenswerte, eine Verletzung der vertraglichen Pflichten des Kunden dar, aufgrund welcher dieser schadenersatzpflichtig werden kann. Eine entsprechende Pflicht traf den Kunden zudem sicher auch ab jenem Zeitpunkt, als er von möglichen Repressalien gegenüber der Bank erfahren hatte. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Bankkunde eine Informationspflicht gegenüber der Bank gehabt hätte, sobald er die Gefährdung der Bank durch sein (steuerlich) widerrechtliches Verhalten erkannt hatte.

4.2.4 Kausalität

Als weitere Voraussetzung für eine Schadenersatzforderung der Bank muss das pflichtwidrige Verhalten des Auftraggebers a) unabdingbare Voraussetzung für das Schadensereignis sein (natürlicher Kausalzusammenhang)³³ sowie b) nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens geeignet sein, einen Erfolg wie den eingetretenen herbeizuführen oder mindestens zu begünstigen (adäquater Kausalzusammenhang)³⁴. Wie bei der Vertragsverletzung ist auch hier eine Beurteilung des Einzelfalles unabdingbar. Es stellt sich nämlich unter anderem die Frage, ob die Verletzung der Aufklärungspflicht durch den Bankkunden (wenn denn eine solche bestehen würde) tatsächlich unabdingbare Voraussetzung für das Schadensereignis war, oder anders ausgedrückt, ob davon ausgegangen werden kann, dass die Bank das ihr als unversteuert deklariertes Geld nicht angelegt hätte.

Klarer erscheint die Sachlage, wenn die Bank von US-Bankkunden irreführt wurde, indem diese beispielsweise durch Fehldекlaration angaben, die Gelder seien korrekt versteuert. Ohne die Anlage amerikanischer Gelder, welche gegenüber der amerikanischen Steuerbehörde

nicht oder nicht in genügendem Umfang deklariert wurden, hätte die Schweizer Bank nicht zu entscheiden, ob sie ein NPA verlangen sollte, und würde dementsprechend auch keine US-Busse gemäss US-Programm zu befürchten haben. Damit wäre das Verhalten des Bankkunden natürlich kausal zum Schaden der Bank. Auch die adäquate Kausalität wäre in dieser Konstellation wohl zu bejahen, da die Handlung des Kunden in solchen Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens geeignet ist, einen Erfolg wie den eingetretenen herbeizuführen oder mindestens zu begünstigen.

In dieser Konstellation würde sodann die Entscheidung der Bank, am US-Programm teilzunehmen, die Kausalkette auch nicht unterbrechen. Wie ausgeführt, liegt es in der Entscheidungsgewalt der Banken, sich in die Kategorie 2 einzureihen, um ein NPA zu erlangen. Unabdingbare Voraussetzung für das Schadensereignis «Busse» ist somit die Wahl der Bank, am US-Programm teilzunehmen. Die Bank kann jedoch argumentieren, dass sie ohne die Falschdeklaration des Bankkunden die Gelder nicht angelegt hätte und dementsprechend allein aufgrund dieser Täuschung in die Situation kommt, sich entscheiden zu müssen.

4.2.5 Verschulden

Das Verschulden des US-Kunden wird vermutet und dieser muss folglich nachweisen, dass seine Vertragsverletzung entschuldbar ist. Insbesondere kann er sich exkulpieren, indem er nachweist, dass ein Zufall oder ein nicht ihm zurechenbares Drittverschulden die nicht korrekte Erfüllung des Vertrags seinerseits verursacht hat.³⁵

Diesen Beweis zu erbringen, ist schwierig. Hat die Bank ihre US-Kunden zur genauen Deklaration ihrer Vermögenswerte aufgefordert und haben die Kunden das Formular im Wissen um ihre Steuerhinterziehung unterzeichnet, kann ihnen ein schuldhaftes Verhalten vorgeworfen werden.

Der Bank wäre unter Umständen ein gewisses Selbstverschulden anzurechnen, wenn sie aufgrund ihrer besonderen Sachkenntnisse die Risiken früher hätte erkennen (z.B. aufgrund ungewöhnlicher Transaktionen des Kunden) und weitere Massnahmen hätte ergreifen müssen (z.B. die Aufforderung an die Kunden, einen Nachweis der korrekten Besteuerung vorzulegen)³⁶.

³³ BGE 128 III 174.

³⁴ BGer 6B_183/2010 vom 23. April 2010.

³⁵ WIEGAND (FN 28), Art. 97 N 42.

³⁶ THOMAS KOLLER, Basler Kommentar OR I, 5. A., Basel 2011, Art. 473 N 13.

4.2.6 Fazit

Ob die Voraussetzungen einer vertraglichen Haftung des Bankkunden für Zahlungen der Bank aus dem US-Programm gegeben sind, wird im Einzelfall eingehend geprüft werden müssen. Vor dem Hintergrund, dass die US-Busse zumindest nicht eindeutig als Busse mit strafrechtlichem Charakter qualifiziert werden kann und aufgrund des doch enormen Drucks auf die Banken, am US-Programm teilzunehmen, kann die Bezahlung der Busse je nach Einzelfall wohl als eine *unfreiwillige* Vermögensverminderung qualifiziert werden. Eine Vertragsverletzung seitens des Kunden ist insbesondere dann zu bejahen, wenn dieser betreffend die Fehldeklaration seiner Vermögenswerte gegenüber den US-Steuerbehörden wesentlich und willentlich falsche Angaben gegenüber der Bank gemacht hat. In diesen Fällen sind auch die Kausalität und das Verschulden des US-Kunden gegeben, weshalb von einer Schadenersatzpflicht ausgegangen werden muss.

4.3. Ausservertragliche Ansprüche gemäss OR 41

4.3.1 Schaden und Kausalität

Bezüglich des Schadens sowie der natürlichen und adäquaten Kausalität kann auf die Ausführungen unter Ziffer 4.2.2 und 4.2.4 hiervor verwiesen werden.

4.3.2 Widerrechtlichkeit

Eine Schadenszufügung ist dann widerrechtlich, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst. Ein solcher Verstoss kann darin liegen, dass ein absolutes Recht des Geschädigten verletzt wird oder der Schädiger eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt. Als absolut geschütztes Rechtsgut gelten Leben, körperliche, geistige und seelische Integrität, Persönlichkeit, Eigentum, Besitz und Immaterialgüterrechte. Kein absolutes Recht ist dagegen das Vermögen als solches. Reine Vermögensschäden sind jedoch dann widerrechtlich, wenn sie unter Verletzung einer besonderen Verhaltensnorm bewirkt werden, die nach ihrem Zweck vor entsprechenden Schädigungen schützen sollen. Solche Normen finden sich unter anderem im Strafrecht.³⁷

Vorliegend handelt es sich um einen reinen Vermögensschaden, weshalb die Verletzung einer Schutznorm vorliegen muss, um das Verhalten der Bankkunden als widerrechtlich qualifizieren zu können. In Frage kommen etwa die Verletzung von Art. 146 StGB (Betrug) und Art. 251 StGB (Urkundenfälschung). Dies insbesondere in den Fällen, in denen die Bank ihre US-Kunden aufgefordert hat, ein Formular zu unterzeichnen, mit welchem sie die korrekte Deklaration ihres Vermögens gegenüber der us-amerikanischen Steuerbehörde bestätigen.

Der Betrug nach Art. 146 Abs. 1 StGB kennzeichnet sich durch eine Vermögensschädigung, die mittels Irreführung einer Person bewirkt wurde, um sich oder einen anderen in unrechtmässiger Weise zu bereichern. Objektiv ist eine Täuschung über Tatsachen erforderlich.³⁸ Als Täuschung ist jedes Verhalten zu verstehen, das darauf abzielt, bei einem anderen eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung hervorzurufen.³⁹ Art. 146 StGB erfasst jedoch nicht jede Täuschung, sondern nur die arglistige Täuschung. Eine Täuschung ist arglistig, wenn ein umfangreiches Lügengebäude errichtet wird oder besondere Machenschaften vorliegen. Bei einem Lügengebäude müssen die Lügen von besonderer Hinterhältigkeit und derart aufeinander abgestimmt sein, dass sich auch kritische Opfer täuschen lassen.⁴⁰ Arglistigkeit ist nur dann zu bejahen, wenn keine sogenannte Opferselbstverantwortung vorliegt. «*Wer allzu leichtgläubig auf eine Lüge hereinfällt, wo er sich mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit hätte schützen sollen, soll nicht den Strafrichter anrufen*»⁴¹. Weiter ist eine Vermögensdisposition notwendig. Darunter ist jede Handlung, Duldung oder Unterlassung mit unmittelbar vermögensmindernder Wirkung zu verstehen.⁴² Art. 146 Abs. 1 StGB sieht zudem vor, dass die Handlung mit Wissen und Willen vorgenommen wurde und in der Absicht der unrechtmässigen Bereicherung.⁴³ Ferner muss die vom Täter angestrebte Bereicherung die Kehrseite des beim Opfer eingetretenen Schadens sein. Es ist von der sogenannten «Stoffgleichheit» die Rede.⁴⁴

³⁷ Beispielsweise Art. 137 ff. StGB; CHRISTIAN HEIERLI/ANTON K. SCHNYDER, Basler Kommentar OR I, 5. A., Basel 2011, Art. 41 N 30 ff.

³⁸ GUNTHER ARZT, Basler Kommentar StGB II, 3. A., Basel 2013, Art. 146 N 36.

³⁹ STEFAN TRECHSEL/DEAN CRAMERLI, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. A., Zürich 2012, Art. 146 N 2.

⁴⁰ GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3. A., Bern 2013, Art. 146 N 6.

⁴¹ BGE 72 IV 126; BGE 119 IV 28.

⁴² BGE 126 IV 113, S. 117.

⁴³ MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Basler Kommentar StGB II, 3. A., Basel 2013, Vor Art. 137 N 74 f.

⁴⁴ STRATENWERTH/WOHLERS (FN 40), Art 146 N 17.

Für den Fall, dass die Bank ihre US-Kunden aufgefordert hat zu bestätigen, dass sie alle Vermögenswerte korrekt versteuert haben, haben diese die Bank getäuscht, wenn das Formular unterzeichnet wurde, obwohl die bei der Bank eingebrachten Vermögenswerte nicht ordentlich versteuert waren. Die Täuschung durch unterschriftliche Bestätigung einer falschen Tatsache stellt jedoch wohl kein «umfangreiches Lügengebäude» dar, bei welchem die Lügen von besonderer Hinterhältigkeit sind. Zudem ist eine Täuschung nur dann arglistig, wenn sie für das Opfer entweder gar nicht oder doch zumindest nicht mit zumutbarem Aufwand überprüft werden kann oder wenn der Täter aufgrund besonderer Umstände damit rechnen kann, dass das Opfer von einer Überprüfung absehen wird. Dass der Täter aufgrund besonderer Umstände damit rechnen kann, dass eine Überprüfung nicht erfolgen wird, erfasst nicht jedes durch ein Rechtsgeschäft begründetes Vertrauensverhältnis, sondern allein die Fälle, in denen der Täter erkennt, dass er es mit einem Opfer zu tun hat, das ihm infolge Unbeholfenheit, Unerfahrenheit und dergleichen besonderes Vertrauen entgegen bringt. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Zudem bestand für die betroffene Bank jederzeit die Möglichkeit, weitere Beweise für die ordentliche Versteuerung der Vermögenswerte anzufordern, zumal sie mit einer Fehldeklaration durch die Kunden hatte rechnen müssen. Die Täuschung der Bank durch die Kunden kann demzufolge nicht als arglistig bezeichnet werden, weshalb der Tatbestand des Betrugs gemäss Art. 146 StGB nicht erfüllt ist.

Weiter ist zu prüfen, ob die Bankkunden sich zum Beispiel durch die unterschriftliche Bestätigung, die Vermögenswerte bei der Bank ordentlich versteuert zu haben, der Falschbeurkundung (Herstellen einer unwahren Urkunde gemäss Art. 251 StGB) strafbar gemacht haben. Um eine Urkunde im strafrechtlichen Sinne handelt es sich bei einer (dauerhaften) Verkörperung einer menschlichen Gedankenerklärung, welche besonders dafür bestimmt und geeignet ist, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen und einen Aussteller erkennen lässt. Sie erfordert erhöhte Glaubwürdigkeit, weshalb ihr besonderes Vertrauen geschenkt wird.⁴⁵ Diese liegt vor, wenn allgemein gültige, objektive Garantien die Wahrheit der Erklärung gewährleisten (so insbesondere der Kontrollstreifen einer Registerkasse⁴⁶, im Rahmen einer Kapitalerhöhung freiwillig erfolgende Herausgabe eines unwahren Emissionsprospektes⁴⁷, Protokolle der Generalversammlung einer AG, soweit sie Grundlage für einen Handelsregister-

eintrag bilden⁴⁸, unwahre Bilanz und Erfolgsrechnung einer Aktiengesellschaft⁴⁹). Die Tathandlung besteht darin, dass der Täter eine rechtlich erhebliche Tatsache entweder unrichtig beurkunden lässt (mittelbare Falschbeurkundung) oder diese selbst unrichtig beurkundet respektive inhaltlich falsch darstellt. Sodann muss aus der Urkunde eine Tatsachenbehauptung hervorgehen, die inhaltlich unrichtig ist. Subjektiv ist Vorsatz nötig, wobei Eventualvorsatz ausreicht. Neben dem Vorsatz sieht Art. 251 Ziff. 1 Abs. 1 StGB vor, dass eine besondere Absicht vorliegen muss, durch den täuschenden Gebrauch der Urkunde im Rechtsverkehr jemandem am Vermögen zu schädigen oder sich bzw. einem anderen einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen. Hierbei wird von der Schädigungs-, respektive von der Vorteilsabsicht gesprochen.

Ob dem Formular eine besondere Beweiseignung und -bestimmung zukommt, ist fraglich. Insbesondere wenn die Kunden wissen mussten, dass das Formular als Beweismittel für die Bank bestimmt ist und es sich somit nicht um eine strafrechtlich irrelevante, einfache schriftliche Lüge handelte, wenn sie die Unwahrheit testierten, könnte durchaus vom Urkundencharakter des Formulars ausgegangen werden. Dies gilt umso mehr, wenn die Kunden auf dem Formular selbst von der Bank darauf aufmerksam gemacht wurden, dass die Unterzeichnung des Formulars trotz unkorrekter Versteuerung eine Urkundenfälschung und eben nicht eine bloss schriftliche Lüge darstellt. Im Weiteren kann davon ausgegangen werden, dass die Kunden (zumindest ab einem gewissen Zeitpunkt) wussten, dass sie nur nach Unterzeichnung des Formulars bei der Bank Vermögenswerte anlegen und sich so einen unrechtmässigen Vorteil (Steuerersparnis) sichern konnten. Demzufolge ist sowohl der Vorsatz als auch die Vorteilsabsicht der Kunden gegeben.

4.3.3 Verschulden

Ein schuldhaftes Verhalten liegt vor, wenn der Schädiger vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Leichte Fahrlässigkeit ist für eine Haftung nach Art. 41 OR ausreichend. Vorwerfbar ist bei der Fahrlässigkeit ein jeweils objektiver Mangel an Sorgfalt.⁵⁰

In denjenigen Fällen, in welchen Bankkunden die korrekte Versteuerung ihrer Vermögenswerte wider besseres Wissen gegenüber der Bank bestätigen, handeln sie schuldhaft.

⁴⁵ BGE 132 IV 12, 15.

⁴⁶ BGE 91 IV 6, 7.

⁴⁷ BGE 120 IV 122, 127 f.

⁴⁸ BGE 123 IV 132, 137 f.

⁴⁹ BGE 122 IV 25, 28.

⁵⁰ HEIERLI/SCHNYDER (FN 37), Art. 41 N 45 ff.

4.3.4 Fazit

Als Schlussfolgerung kann davon ausgegangen werden, dass sich die Kunden durch Unterzeichnung eines Formulars betreffend die korrekte Besteuerung der Vermögenswerte der Urkundenfälschung strafbar gemacht haben. Demzufolge kann das Verhalten der Kunden als widerrechtlich qualifiziert werden. Anders sieht die Situation in den Fällen aus, in denen die US-Kunden nicht zur entsprechenden Qualifikation ihrer Vermögenswerte aufgefordert wurden. Hier kann keine Widerrechtlichkeit konstruiert werden, weshalb der Bank in diesen Fällen keine ausservertragliche Schadenersatzforderung zustehen wird.

5. Verrechnungsmöglichkeit der Regressforderung

5.1. Allgemeine Voraussetzungen

Liegt seitens der Bank eine Schadenersatzforderung vor, fragt sich, ob diese mit dem Bankguthaben des Kunden verrechnet werden kann. Die Verrechnung setzt auf Seite des Verrechnenden und des Verrechnungsgegners eine Forderung voraus; eine blossе Anwartschaft genügt nicht.⁵¹ Eine Verrechnung kann zudem nur stattfinden, wenn sich die Verrechnungsforderung gegen den Verrechnungsgegner und die Hauptforderung gegen den Verrechnenden richtet.⁵² Es genügt jedoch, wenn die eigene Schuld des Verrechnenden erfüllbar ist, während die Schuld des Verrechnungsgegners fällig sein muss, damit man ihre Erfüllung mittels Verrechnung erzwingen kann.⁵³ Da die Verrechnung im Rahmen des Gesetzes demzufolge gegen den Willen des Verrechnungsgegners erfolgen kann, muss es dem Verrechnungsgegner zugemutet werden können, die ihm geschuldete Leistung nicht effektiv, sondern nur wertmässig zu erhalten. Folglich bedeutet Gleichartigkeit im Sinne von Art. 120 Abs. 1 OR, dass sich die gegenüberstehenden Leistungen in der Erfüllung vertreten können, bzw. dass der Gegenstand der Verrechnungsforderung ohne Zustimmung des Verrechnungsgegners an die Stelle des Gegenstandes der Hauptforderung treten kann.⁵⁴

Hat die Bank gegenüber den US-Kunden eine (Schadenersatz-)Forderung und die Kunden eine Forderung auf Auszahlung ihrer Vermögenswerte, so handelt es sich bei beiden Forderungen um Geldforderungen, welche grund-

sätzlich gleichartig sind. Ein allfälliger Schadenersatzanspruch der Bank entsteht sicher erst mit der Bezahlung der US-Busse an die USA. Sollte es sich beim Depot des Kunden um jedoch ein Wertpapierdepot handeln, ist die Gleichartigkeit nicht gegeben (eine Verwertung der Depotwerte könnte jedoch aufgrund der AGB möglich sein).

5.2. Verrechnungserklärung und fehlender Verrechnungsausschluss

Der Verrechnende muss eine (einseitige) Verrechnungserklärung abgeben. Die Verrechnungserklärung selbst wird in Art. 124 OR geregelt. Eine Verrechnung tritt nur insofern ein, als der Schuldner dem Gläubiger zu erkennen gibt, dass er von seinem Recht der Verrechnung Gebrauch machen will (Art. 124 OR).

Gestützt auf Art. 126 OR kann auf die Verrechnungsmöglichkeit vertraglich verzichtet werden. Es ist somit im Einzelfall zu prüfen, ob die der Geschäftsbeziehung der Bank mit ihren Kunden zugrunde liegenden Regelwerke, insbesondere die AGB oder Reglemente, entsprechende Bestimmungen enthalten. Art. 125 OR stellt zudem eine Liste von Fällen auf, in denen nur mit Zustimmung des Gläubigers verrechnet werden darf, falls ein besonderes Effektivleistungsinteresse besteht oder die Barleistung aus Gründen der Billigkeit oder des öffentlichen Interesses erforderlich ist.⁵⁵ Vorliegend ist insbesondere Ziff. 1 von Art. 125 OR interessant und unter Umständen anwendbar: Gegen den Willen des Gläubigers können durch Verrechnung Verpflichtungen zur Rückgabe hinterlegter [...] Sachen nicht getilgt werden. Bei der unregelmässigen Hinterlegung kommt eine Verrechnung direkt mit der Rückgabeverpflichtung in Betracht. Zu denken ist insbesondere an Spareinlagen, auf welche Art. 481 OR anwendbar sein kann. Art. 125 OR hindert demnach die Bank unter Umständen daran, ihre Rückgabeverpflichtung mit Gegenansprüchen gegen den Sparer zu verrechnen – es sei denn, der Sparer hätte vorher wirksam allgemeine Geschäftsbedingungen der Bank akzeptiert, die die Möglichkeit der Verrechnung auch mit Spareinlagen vorsehen.⁵⁶

6. Fazit

Eine Verrechnung der (Schadenersatz-)Forderung der Bank mit der Forderung der Kunden auf Auszahlung ihrer Vermögenswerte ist grundsätzlich nicht ausgeschlossen, wenn die Schadenersatzforderung gegenüber den Kunden tatsächlich besteht und auch fällig ist.

⁵¹ WOLFGANG PETER, Basler Kommentar OR I, 5. A., Basel 2011, Art. 120 N 2 f.

⁵² PETER (FN 51), Art. 120 N 5 ff.

⁵³ PETER (FN 51), Art. 120 N 4.

⁵⁴ PETER (FN 51), Art. 120 N 10 ff.

⁵⁵ PETER (FN 51), Art. 120 N 18 ff.

⁵⁶ BGE 100 II 155; PETER (FN 51), Art. 125 N 2.