

Rolf H. Weber | Walter A. Stoffel |
Jean-Luc Chenaux | Rolf Sethe (Hrsg.)

Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts

Festschrift für Hans Caspar von der Crone
zum 60. Geburtstag

Rolf H. Weber | Walter A. Stoffel | Jean-Luc Chenaux |
Rolf Sethe (Hrsg.)

Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts

Festschrift für Hans Caspar von der Crone
zum 60. Geburtstag

Schulthess § 2017

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2017
ISBN 978-3-7255-7474-2

www.schulthess.com

Vorwort

Professor HANS CASPAR VON DER CRONE, Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, feiert am 18. Januar 2017 seinen 60. Geburtstag. Seine Freunde, Fachkollegen und Weggefährten freuen sich, ihm zu diesem besonderen Tag die vorliegende Festschrift überreichen zu können.

HANS CASPAR VON DER CRONE hat in Zürich die Volksschule und das Gymnasium (mit Abschluss Matura Typus B im Jahre 1976) besucht. Sein Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich schloss er sechs Jahre später mit dem Lizentiat ab. Während seiner Zeit als Assistent bei Professor MEIER-HAYOZ verfasste er seine Dissertation sowie das – heute noch als Standardwerk geltende – Lehrbuch «Wertpapierrecht» (in Co-Autorschaft mit ARTHUR MEIER-HAYOZ); im Jahre 1988 hat er dann den Doktor der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich und ebenso das Zürcher Anwaltspatent erworben. Kurz nach Beginn der Anwaltstätigkeit in Zürich ist HANS CASPAR VON DER CRONE indessen an die Yale Law School, New Haven CT, gegangen, um erfolgreich einen Master of Laws (LL.M.) zu absolvieren. Nach der Rückkehr in die Schweiz hat er seine Anwaltskarriere fortgesetzt und gleichzeitig eine Habilitationsschrift zum Thema «Rahmenverträge» verfasst, aus welcher sein Interesse am Zusammenspiel von Ökonomie und Recht deutlich hervorgeht. Auf deren Abnahme an der Universität Zürich folgte die Ernennung zum Privatdozenten für Zivil-, Handels- und Kapitalmarktrecht im Jahre 1992.

Im Jahre 1995 berief die Universität Zürich HANS CASPAR VON DER CRONE zum Extraordinarius, hernach 1997 zum Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht. Seit gut 20 Jahren liegen seine hauptsächlichen Lehr- und Forschungsinteressen im Bereich des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts, doch hat er auch das Vertragsrecht regelmässig weiter betreut; didaktisch gute Lehre ist ihm immer ein grosses Anliegen gewesen. Kennzeichnend für ihn ist weiter die grosse Affinität zu den neuen Medien: Seine Internet-Kolloquien – jährlich angeboten sowohl im Obligationenrecht Allgemeiner Teil wie im Handels- und Wirtschaftsrecht – gehören zu den beliebtesten Veranstaltungen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät; das von ihm ins Leben gerufene virtuelle Projekt «RechtEck» (www.rechteck.uzh.ch) ermöglicht sodann auch die von ihm stets gepflegte Zusammenarbeit mit der Romandie.

HANS CASPAR VON DER CRONE hat ebenso aktiv an der universitären Selbstverwaltung mitgewirkt: Als Mitglied der Universitätsleitung war er von 2002-2006 Prorektor Planung, von 2007-2008 Prorektor Rechts- und Wirtschaftswissenschaften. Sein Interesse an der Mitwirkung in rechtsgestaltenden Gremien zeigt sich auch darin, dass HANS CASPAR VON DER CRONE von 1999-2005 Präsident der Schweizerischen Übernahmekommission sowie 2009-2010 Mitglied der Expertenkommission des Schweizerischen Bundesrates zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen (Expertenkommission «too big to fail» bzw. «Systemically Important Financial Institutions») gewesen ist. Am erfolgreichen Aufbau des Universitären Forschungsschwerpunkts (UFSP) «Finanzmarktregulierung» (ab 2013) hat er massgeblich mitgewirkt; weiterhin ist er als Mitglied des Leitungsgremiums im UFSP engagiert.

Bereits seit 1993 trägt HANS CASPAR VON DER CRONE als Mitglied des Herausgeberkollegiums der Schweizerischen Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) eine Mitverantwortung für die hohe wissenschaftliche Qualität dieser Zeitschrift; seit 2015 ist er nun Vorsitzender dieses Kollegiums. Grosse Bedeutung haben in diesem Kontext die seit 2002 sechsmal im Jahr erscheinenden Besprechungen wichtiger (Bundesgerichts-)Entscheide erlangt. Daneben ist HANS CASPAR VON DER CRONE weiterhin forensisch in der von ihm vor 20 Jahren gegründeten Anwaltskanzlei von der Crone Rechtsanwälte AG in Zürich aktiv und amtet darüber hinaus regelmässig als Schiedsrichter in nationalen und internationalen Verfahren.

Das wissenschaftliche Oeuvre von HANS CASPAR VON DER CRONE ist beeindruckend: Seine bevorzugten Tätigkeitsgebiete sind das Gesellschafts- und Firmenrecht, das Banken- und Kapitalmarktrecht, sowie das Vertragsrecht. Seine Schriften zeichnen sich durch wissenschaftliche Strenge, Offenheit gegenüber Neuem, dem Suchen nach überzeugenden Lösungen sowie grosse Praxisrelevanz aus.

Die Festschrift widerspiegelt diese breite wissenschaftliche Arbeiten des Jubilars: Schwerpunkte bilden das Gesellschaftsrecht und das Kapitalmarktrecht, doch fehlen auch die weiteren Rechtsgebiete nicht. Innerhalb der beiden Hauptteile ist die Festschrift nach Themen (z.B. Corporate Governance, Konzern, Verantwortlichkeit, Gesetzgebungsvorhaben) und von allgemeinen Überlegungen zu spezifischen Themenstellungen geordnet.

Über seine vielfältigen beruflichen Tätigkeiten hinaus zeigt sich der breite Horizont, über den HANS CASPAR VON DER CRONE verfügt, auch in seinen weiteren Interessen, neben der Freude am Reisen ins Ausland insbesondere in der Nähe zu kulturellen Ereignissen; die Stichworte Fotografie, Film und Theater sind ein Zeichen für seine diesbezüglichen Affinitäten.

Die Herausgeber hätten ohne mannigfaltige Unterstützung diese Festschrift nicht rechtzeitig erstellen können. OLIVIER BAUM hat das Projekt von Beginn weg bis zur Drucklegung umsichtig und mit grossem Einsatz betreut; bei der Organisation wurde er von FELIX BUFF, beim Lektorieren der Texte von LUCA ANGSTMANN und LINUS CATHOMAS unterstützt. Weiter hat BRIGITTE VON DER CRONE im Hintergrund wesentlich zur Realisierung des Projektes beigetragen. Zu Dank verpflichtet sind die Herausgeber auch dem Schulthess Verlag für die zuvorkommende und effiziente Zusammenarbeit.

Die Herausgeber und alle Mitwirkenden an der Festschrift wünschen HANS CASPAR VON DER CRONE von Herzen alles Gute für die kommenden Jahre. Die Freude an der weiteren Zusammenarbeit verbindet sich mit dem Wunsch, dass auch inskünftig weiterhin die privaten Interessen im Leben einen ausreichenden Platz einnehmen können.

ROLF H. WEBER

WALTER STOFFEL

JEAN-LUC CHENAUX

ROLF SETHE

Inhaltsverzeichnis

Teil I: Gesellschaftsrecht

a) *Corporate Governance*

From Profit to People and Planet: Rethinking the Purpose of the Corporation	3
--	---

CHRISTINE KAUFMANN

Prof. Dr. iur., Ordinaria für Staats- und Verwaltungsrecht, Völker- und Europa-recht an der Universität Zürich

Aktienrecht als «Lebenslüge» – Eine gesellschaftsrechtliche Medi-tation	21
--	----

JEAN NICOLAS DRUEY

Prof. Dr. iur., em. Professor der Universität St. Gallen

Le représentant de l’Etat au conseil d’administration	39
--	----

JEAN-LUC CHENAUX

Prof. Dr. iur., Avocat, Professeur ordinaire à l’Université de Lausanne, Keller-hals Carrard, Lausanne

FRÉDÉRIC ROCHAT

Dr. iur., LL.M., Avocat, Kellerhals Carrard, Lausanne

Corporate Governance in Sanierungsfällen – Der Einfluss der Gläubiger: Chancen und Risiken	65
---	----

URS SCHENKER

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Handels- und Wirt-schaftsrecht an der Universität St. Gallen, Walder Wyss, Zürich

Revisionsstelle und «Corporate Governance»	91
---	----

URS BERTSCHINGER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschafts-recht an der Universität St. Gallen, Prager Dreifuss, Zürich

**Sonderuntersuchung statt Sonderprüfung – Hundertmetersprint
statt Hürdenlauf?** 111

RETO HEIZMANN

PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Privatdozent für Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Europarecht an der Universität Zürich, Vizepräsident des Kantonsgerichts Schwyz

**Anfechtbarkeit und Nichtigkeit als Folgen mangelhafter General-
versammlungsbeschlüsse** 131

CLAIRE HUGUENIN

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Ordinaria für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich

BRUNO MAHLER

Stud. iur., Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich

b) Konzernrecht

**Informationsversorgung im Konzern – Rechtliche Rahmenbe-
dingungen für den Austausch von Finanzinformationen zwischen
Mutter- und Tochtergesellschaft** 153

CHRISTOPH B. BÜHLER

Prof. Dr. iur., LL.M., Advokat, Titularprofessor für schweizerisches und internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, böckli bühler partner, Basel

**«Anerkennung des Gruppeninteresses»: Initiativen der EU aus
Schweizer Sicht** 177

PETER BÖCKLI

Prof. Dr. iur., Advokat, em. Professor der Universität Basel, böckli bühler partner, Basel

Unionskonzernrecht als *lex parsimoniae* 197

MARC AMSTUTZ

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Ordinarius für Handels und Wirtschaftsrecht an der Universität Freiburg i.Ue.

c) Verantwortlichkeitsrecht

Rechtsfolgen einer mangelhaften Delegation von Geschäftsführungsaufgaben in einer Verantwortlichkeitsklage 221

PETER R. ISLER

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter für Gesellschafts- und Handelsrecht an der Universität Zürich, Niederer Kraft & Frey, Zürich

MIRJAM VÖGELI

Lic. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Niederer Kraft & Frey, Zürich

Wie weiter nach der Mündigkeit im Verantwortlichkeitsrecht? 239

WALTER A. STOFFEL

Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinarius für Wirtschaftsrecht und internationales Privatrecht an der Universität Freiburg i.Ue.

Ereignisse nach dem Bilanzstichtag 257

LUKAS GLANZMANN

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Baker & McKenzie, Zürich

d) Laufende und abgeschlossene Gesetzgebungsprojekte

Die «Lex Minder» – ein Schuss in den Ofen? 273

PETER FORSTMOSER

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, em. Professor für Privat-, Handels- und Kapitalmarktrecht an der Universität Zürich, Niederer Kraft & Frey, Zürich

Genehmigung und Offenlegung der Vergütung von gekündigten Mitgliedern der Geschäftsleitung börsenkotierter Unternehmen 297

ROLF WATTER

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Bär & Karrer, Zürich

KATJA ROTH PELLANDA

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Head of Corporate Law bei Novartis International, Basel

**Regulierungsfolgenabschätzung am Beispiel der «grossen»
Aktienrechtsreform** 313

DIETER GERICKE

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Homburger, Zürich

NATASSIA GILI

MLaw, Homburger, Zürich

**Irrungen und Wirrungen der geplanten Revision des Handelsre-
gisterrechts** 337

PETER JUNG

Prof. Dr. iur., Maître en droit, Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel

Teil II: Finanzmarktrecht

a) Finanzmarktregulierung

Banking Regulation and Financial Stability 359

KERN ALEXANDER

Prof. Dr. iur., Professor of Law and Finance at the University of Zurich

Countercyclical Capital Buffers: A Regulatory Challenge 379

JEAN-CHARLES ROCHET

Prof. Ph.D., Professor of Banking at the University of Zurich

Extraterritoriality in Financial Regulation 391

SUSAN EMMENEGGER

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Ordinaria für Privat- und Bankrecht an der Universität Bern

**Systemstabilität: Neue Herausforderungen durch die Digitalisie-
rung der Geschäftsmodelle** 405

ROLF H. WEBER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, em. Professor für Privat-, Wirtschafts- und Europa-
recht an der Universität Zürich, Bratschi Wiederkehr & Buob, Zürich

Technologie und Finanzmarktregulierung: Narrative von Interdependenz und Co-Evolution	421
FRANCA CONTRATTO	
Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Assistenzprofessorin für Finanzmarktrecht an der Universität Zürich	
Die internationale Durchsetzung von Insolvenzmassnahmen bei Banken – eine Bestandsaufnahme	441
RETO SCHILTKNECHT	
Dr. iur., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen, Leiter Internationales und Policy, Geschäftsbereich Recovery und Resolution, Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA	
DAVID BILLETER	
M.A. HSG, Rechtsanwalt, Specialist, Geschäftsbereich Recovery und Resolution, Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA	
Servicegesellschaften – eine Antwort auf «Too-Big-To-Fail» bei Finanz- und Versicherungsgruppen?	471
PETER CH. HSU	
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Bär & Karrer, Zürich	
Neues Prospektrecht gemäss E-FIDLEG: Schnittstellen – Gereimtes und Ungereimtes – Verpasste Chancen	495
RENÉ BÖSCH	
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Homburger, Zürich	
Neupositionierung der Selbstregulierung der Börse im FinfraG	515
RODOLFO STRAUB	
Lic. iur., Head SIX Exchange Regulation, SIX Swiss Exchange, Zürich	
Versicherungsaufsicht im Fürstentum Liechtenstein	525
ANTON K. SCHNYDER	
Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich, Ersatzrichter beim Obersten Gerichtshof des Fürstentums Liechtenstein	

b) Zusammenspiel von Aufsichtsrecht & Privatrecht

Unternehmenskommunikation am Kapitalmarkt: Ein Balanceakt zwischen Reputation und Recht 535

DANIEL DAENIKER

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Homburger, Zürich

Privatrechtliche Haftung für die Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften 555

BENEDIKT MAURENBRECHER

Dr. iur., MBA, Rechtsanwalt, Homburger, Zürich

Die Bestimmung der Angemessenheit und der Geeignetheit von Finanzdienstleistungen und Finanzinstrumenten 589

THORSTEN HENS

Prof. Dr. rer. oec., Ordinarius für Finanzmarktökonomie an der Universität Zürich

ROLF SETHE

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Niederer Kraft & Frey, Zürich

Haftung als Regulierungsinstrument im Finanzmarktrecht? – Am Beispiel der Ad-hoc-Publizität 619

DANIEL DEDEYAN

PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Privatdozent für Privat- und Wirtschaftsrecht, Rechtstheorie und Methodenlehre an der Universität Zürich, Walder Wyss, Zürich

Der arme Bankaktionär 637

PETER NOBEL

Prof. Dr. rer. publ., Rechtsanwalt, em. Professor ad personam für schweizerisches und internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, em. Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Nobel & Hug Rechtsanwälte, Zürich

c) Übernahmerecht

Put-up or Shut-up (PUSU) 657

RUDOLF TSCHÄNI

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lenz & Staehelin, Zürich

Unwiderrufliche Andienungsverpflichtungen («Irrevocables») und Vertragsfreiheit 671

DANIEL M. HÄUSERMANN

PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Privatdozent für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Homburger, Zürich

De la compatibilité des OPA obligatoires avec des conditions relevant du droit de la concurrence 687

HENRY PETER

Prof. Dr. iur., LL.M., Professeur ordinaire à l'Université de Genève

PASCAL BOVEY

Lic. iur., LL.M., Avocat, conseiller juridique de la Commission des OPA

Le *squeeze-out* d'actionnaires lors d'une fusion et d'une offre publique d'acquisition 707

OLIVIER HARI

Prof. Dr. iur., Avocat, Chaire de droit des sociétés et de l'entreprise, Université de Neuchâtel, Of Counsel, Schellenberg Wittmer, Genève/Zürich

d) Steuerfragen

Transfer und Auszahlung von potentiell fiskaldeliktischen Kundengeldern – ein Update 729

CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT

PD Dr. iur., Rechtsanwältin, Privatdozentin für Zivil- und Zivilverfahrensrecht, Finanzmarktrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich

Unversteuerte Bankkundengelder – was tun? 743

URS ZULAUF

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Adjunct Professor Universität Genf und Cornell Law School, Head Client Tax Policy Credit Suisse Group, Zürich

URS ROHNER

Lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Chairman of the Board Credit Suisse Group, Zürich

ROMEO CERUTTI

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, General Counsel Credit Suisse Group, Zürich

Teil III: Weitere Rechtsgebiete

Zum Konsenserfordernis bei der *societas* – methodische Bemerkungen zu einem altbekannten Problem 767

ULRIKE BABUSIAUX

Prof. Dr. iur., Ordinaria für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich

Der Kooperationsvertrag (*in a nutshell*) 785

FLORENT THOUVENIN

Prof. Dr. iur., Extraordinarius für Informations- und Kommunikationsrecht an der Universität Zürich

Verabsolutierte Abstraktheit oder relativierte Kausalität? – Zur Rechtsnatur der Forderungsabtretung 807

HARALD BÄRTSCHI

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Leiter der Fachstelle für Unternehmens- und Steuerrecht der ZHAW School of Management and Law, Winterthur, Bärtschi Rechtsanwälte, Wallisellen

Fragen rund um die Beendigung von Vertriebsverträgen 827

PETER BRATSCHI

Dr. iur., Rechtsanwalt, Bratschi Wiederkehr & Buob, Zürich

PASCAL RÜEDI

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Bratschi Wiederkehr & Buob, Zürich

***Mala futura, securitas* und «Spekulation»: Rechtskulturen des Risikos im historischen Wandel** 845

ANDREAS THIER

Prof. Dr. iur., M.A., Ordinarius für Rechtsgeschichte, Kirchenrecht, Rechtstheorie und Privatrecht an der Universität Zürich

Der «Nemo-tenetur-Grundsatz» im Strafverfahren gegen Unternehmen – insbesondere unter Berücksichtigung der Kombination von Verwaltungs- und Strafverfahren 863

ANDREAS DONATSCH

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich

JASMINA SMOKVINA

Lic. iur., Rechtsanwältin, Assistentin am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich

Six megatrends that shape the legal services industry – or remembering Andy Grove 879

PETER KURER

Dr. iur., LL.M., Partner bei der Private Equity Firma BLR und Verwaltungsratspräsident u.a. bei Sunrise

Transfer und Auszahlung von potentiell fiskaldeliktischen Kundengeldern – ein Update

CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT

I.	Strafrecht	730
1.	Grundlagen	730
2.	Auslandtaten	731
3.	Selbstauskünfte	732
a)	Steuerliche Konformität	732
b)	Steuerliche Ansässigkeit	734
c)	Verweigerung	735
4.	Barauszahlung	736
a)	Hiesiges Recht	736
b)	Ausländisches Recht	737
II.	Zivilrecht	739
1.	Kondiktionsausschluss	739
2.	Überwälzung	741

Kunden hiesiger Banken dürften in den vergangenen Jahren bislang unversteuerte Vermögenswerte in beträchtlicher Höhe regulärisiert haben. Wo dies nicht der Fall ist, laufen Bank und Mitarbeitende heute und künftig mehr denn je Gefahr, gegen steuer-, aufsichts- und strafrechtliche Bestimmungen zu verstossen. Namentlich dann, wenn sie betroffene Kundeneinlagen weisungsgemäss auf ein anderes Institut transferieren oder physisch auszahlen. Der vorliegende Beitrag schliesst an bereits zum Thema erschienene Schriften an¹ und diskutiert zentrale, kontroverse und bislang teils unbeachtet gebliebene straf- und zivilrechtlichen Aspekte.

¹ Vgl. insb. FLAVIO AMADÒ, La sentenza del Tribunale federale n. 4A_168/2016 in tema di restrizioni bancarie nei rapporti tra banche e clienti, *Novità fiscali* 12 (2015), 40 ff.; FLORIAN BAUMANN/CORNELIA STENGEL, Kontosperrung durch die Bank bei Verdacht auf Steuerdelikt im Ausland, *Bemerkungen zum Beschluss des Zürcher Obergerichts vom 2. Februar 2015 betreffend Nichtanhandnahme eines Strafverfahrens wegen Nötigung*, *Jusletter* 11. Mai 2015; VERA DELNON/MARC HUBACHER, Geldwäscherei und Teilkontamination, *ZStR* 134 (2016), 326 ff.; SUSAN EMMENEGGER/THIRZA DÖBELI/MIRJAM FRITSCHI, Sind Bankverträge über unversteuerte Vermögenswerte gültig?, *Jusletter* 31. August 2015; SUSAN EMMENEGGER/RAHEL GOOD, Der Einfluss ausländischer

I. Strafrecht

1. Grundlagen

In Bezug auf Kunden, die dem Schweizer Fiskus unterstehen, hat das am 1. Januar 2016 in Kraft getretene GAFI-Gesetz² besonders die strafrechtlichen Risiken erhöht: Gemäss dem revidierten Art. 305^{bis} Abs. 1 und dem neu eingefügten Abs. 1^{bis} StGB bilden *Vortat zur Geldwäscherei* im Bereich der *direkten Steuern* nun – trotz fehlender Verbrechenqualität³ – auch sog. qualifizierte Steuervergehen.⁴ Sie folgen einem urkunden- und schwellenwertbasierten Ansatz, der verlangt, dass pro Steuerperiode mehr als CHF 300'000 hinterzogen werden und zu diesem Zweck vorsätzlich⁵ gefälschte, verfälschte oder inhaltlich unwahre Urkunden verwendet werden, so dass Steuerbetrug i.S.v. Art. 186 DBG oder Art. 59 StHG vorliegt. Wird i.S.v. Art. 21 GwV-FINMA auf den Maximalsteuersatz abgestellt, sind dafür Bruttojahreseinkommen von mind. CHF 700'000 bzw. ein Jahresreingewinn von mind. CHF 1 Mio. erforderlich.⁶ Aufgrund der Übergangsbestimmung kann freilich frühestens ab 2017 entsprechend «kontaminiertes» Vermögen auf Bankkonten gebucht sein.⁷

Im Bereich der *indirekten Steuern* erweiterte die Revision von Art. 14 Abs. 4 VStrR den Katalog der vorsätzlichen Abgabedelikte⁸ mit Verbrechenqualität⁹ im Sinne des Arglistmodells generell auf Fälle von Betrug in Abgaben- oder Zollangelegenheiten, die «besonders erheblich» sind, was vorenthaltene Beträge ab CHF 15'000 voraussetzt.¹⁰

(Steuer-)Regulierung auf die Bank/Kunden-Beziehung: Welche Rechte haben Abschleicher, in: Emmenegger (Hrsg.), Verhaltensregeln, Basel 2015, 33 ff.; CARLO LOMBARDINI, Banques et clients en situation fiscale irrégulière: un état des lieux, Not@lex 2015, 33 ff.; FLAVIO ROMERIO/KATRIN IVELL, Barauszahlung bei Verdacht auf Steuerdelikte, in: Emmenegger (Hrsg.), Verhaltensregeln, Basel 2015, 141 ff.; LUC THÉVENOZ, Conformité fiscale: obligations et responsabilité du client envers la banque, SZW 88 (2016), 110 ff.

² Bundesgesetz vom 12. Dezember 2014 zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière, Geschäfts-Nr. 13.106, BBl 2013 9689, AS 2015 1389.

³ Art. 10 Abs. 3 StGB.

⁴ Zur Teilnahme durch Bankmitarbeiter vgl. ROMERIO/IVELL (Fn. 1), 148 ff. (Schweiz) und 154 f. (Deutschland).

⁵ Art. 12 StGB.

⁶ EMMENEGGER/DÖBELI/FRITSCHI (Fn. 1), Rz. 60; EVELINE WIDMER-SCHLUMPF, 18. Juni 2014, Amtl. Bull. NR 2014, 1200.

⁷ Bundesrat, Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) vom 13. Dezember 2013, Geschäfts-Nr. 13.106, BBl 2014 605, 700.

⁸ Art. 12 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 2 VStrR.

⁹ Art. 10 Abs. 2 StGB.

¹⁰ BGer 6B_79/2011 vom 5. August 2011, E. 6.3.4.

Banken und ihre Mitarbeiter riskieren also künftig auch Geldwäsche zu begehen, wenn sie zumindest annehmen müssen, das Kundenvermögen namentlich aus einem qualifizierten Steuervergehen herrühren und dennoch eine *aktive Handlung* vornehmen, die geeignet ist, die Herkunftsermittlung, Auffindung oder Einziehung dieser Werte zu vereiteln. Gleiches gilt wenn dieses Rechtsverfolgungsinteresse verletzt wird, weil Bank bzw. Mitarbeiter bloss *untätig bleiben* im Hinblick auf Garantienpflichten gemäss Geldwäschereigesetz.¹¹ So, wenn trotz begründeten Verdachts¹² oder bzgl. mutmasslicher Listen-Beziehungen¹³ keine Meldung an die MROS ergeht¹⁴ oder – schon zuvor – die Hintergründe und der Zweck einer Transaktion oder einer Geschäftsbeziehung nicht abgeklärt werden,¹⁵ obwohl eine Transaktion oder Geschäftsbeziehung ein erhöhtes Risiko aufweist¹⁶ oder ungewöhnlich und nicht erkennbar rechtmässig ist¹⁷ oder eine mögliche Listen-Beziehung betroffen ist,¹⁸ oder einschlägige Anhaltspunkte insb. auf ein qualifiziertes Steuervergehen hinweisen.¹⁹

2. Auslandtaten

Besondere Beachtung verdient in diesem Zusammenhang Art. 305^{bis} Ziff. 3 StGB, der die Geldwäsche auf Fälle ausdehnt, in denen die Vortat im Ausland begangen wird und diese «auch am Begehungsort» strafbar ist – oder vielmehr die Lesart, nach der noch die bundesrätliche Botschaft die Bestimmung mit Blick auf die vortatenfähigen Steuervergehen verstanden wissen wollte: «Damit die Bestimmung nicht toter Buchstabe bleibt, [...] darf die Voraussetzung der beiderseitigen Strafbarkeit nicht zu eng ausgelegt werden. [...] In den meisten Ländern ist Steuerhinterziehung unabhängig von der Art, wie sie begangen wird, das heisst unabhängig von der Verwendung falscher Urkunden oder eines anderen betrügerischen Verhaltens, strafbar und bildet eine Geldwäschereivortat. [...] Wenn im Ausland bereits die «blosse» Steuerhinterziehung strafbar ist, muss die Voraussetzung der beiderseitigen Strafbarkeit als erfüllt gelten.»²⁰

Diese Interpretation hat der Bundesrat bereits anlässlich der parlamentarischen Beratungen selbst korrigiert.²¹ Sie wäre auch nicht haltbar gewesen, verletzt sie doch das

¹¹ BGE 136 IV 188 (= Pra 100 (2011) Nr. 79), E. 6 und v.a. 6.2.2, 6.3.1 und 6.3.2.

¹² Art. 9 Abs. 1 lit a und b GwG.

¹³ Art. 9 Abs. 1 lit. c GwG.

¹⁴ Deren Bestrafung gemäss Art. 37 GwG steht in echter Konkurrenz zu den Sanktionen gemäss Art. 305^{bis} StGB: KASPAR VILLIGER, 16. Juni 1997, Amtl. Bull. SR 1997, 606.

¹⁵ Art. 6 Abs. 2 GwG i.V.m. Art. 14 ff. GwV-FINMA.

¹⁶ Art. 6 Abs. 2 lit. c GwG i.V.m. Art. 12-14, 38 und Anhang GwV-FINMA.

¹⁷ Art. 6 Abs. 2 lit. a GwG.

¹⁸ Art. 6 Abs. 2 lit. d GwG.

¹⁹ Art. 6 Abs. 2 lit. b GwG.

²⁰ Zit. Botschaft GafiG (Fn. 7), 669.

²¹ EVELINE WIDMER-SCHLUMPF, 12. März 2014, Amtl. Bull. SR 2014, 172.

Gleichbehandlungsgebot ebenso wie den Grundsatz *nulla poena sine lege*:²² Denn auch am Begehungsort kann von vornherein nur strafbar sein, was hierzulande unter Strafe *im Sinne des geregelten Tatbestands* steht. Zwar ist die einfache Steuerhinterziehung auch bei uns strafbar. Doch weder qualifiziert das Strafmass das Delikt als Verbrechen, noch wurde es durch das GAFI-Gesetz als vortatenfähig erklärt. Auf unseren Art. 305^{bis} StGB bezogen kann folglich die ohne Urkunde²³ begangene Steuerhinterziehung gegenüber einem ausländischen Fiskus keine Vortat zur Geldwäsche darstellen.²⁴ Selbst eine abstrakte doppelte Strafbarkeit lässt sich nicht konstruieren.²⁵

Damit eine Bank bzw. ein Mitarbeiter (bei gegebenem objektivem Tatbestand) Geldwäsche i.S.v. Ziff. 3 begehen kann, müssen in subjektiver Hinsicht folglich *zumindest Anhaltspunkte hinsichtlich eines Hinterziehungsaktes* des Kunden erkennbar sein, der das tatbestandsrelevante Quantum erreicht und im Bereich der direkten Steuern zudem auf Falschbeurkundung fusst. Fehlt es daran, fällt von vornherein auch ein darauf bezogener (Eventual-)Vorsatz ausser Betracht.

3. Selbstauskünfte

a) Steuerliche Konformität

Gerade in Fällen, die zumindest eine Abklärung i.S.v. Art. 6 GwG erfordern, verlangen Banken heute vom Kunden gegebenenfalls auch eine Selbstdeklaration über die Steuerkonformität (*autodéclaration de conformité fiscale*) der deponierten Vermögenswerte – spätestens, wenn er eine Überweisung tätigen oder Bargeld beziehen will. Hingegen braucht diese Erklärung keineswegs flächendeckend eingeholt zu werden. Ein solches Vorgehen war in der Vergangenheit zeitweilig von Vertretern der Bankiervereinigung ins Gespräch gebracht,²⁶ in späteren Stellungnahmen aber zu Recht auf Beziehungen mit *Anhaltspunkten für Fiskaldelikte* limitiert worden.²⁷

²² Art. 1 StGB.

²³ Rechtshilfe nach Art. 3 Abs. 3 lit. a IRSG kann sie hingegen heute schon rechtfertigen (freilich nur akzessorische, eine Einziehung gerade nicht umfassend). Für sie genügt statt Falschbeurkundung auch anderes betrügerisches Verhalten: Botschaft GafIG (Fn. 7), 625 m.H.a.; BGE 125 II 250, E. 3. a. und b.

²⁴ URSULA CASSANI, L'extension du système de lutte contre le blanchiment d'argent aux in-fractions fiscales, SZW 87 (2015), 78 ff., 88 f.; XAVIER OBERSON, Analyse critique du projet de loi sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI, Jusletter 24. März 2014, Rz. 11 ff.

²⁵ Dies im Gegensatz etwa zur passiven Beamtenbestechung, für die das Bundesgericht im Hinblick auf Rechtshilfe dank der alten Art. 288 und 315 ff. StGB schon vor Inkrafttreten von Art. 322^{septies} Abs. 2 StGB per 1. Juli 2006 wenigstens eine abstrakte doppelte Strafbarkeit konstruieren konnte. Eingehend BGE 136 IV 179 (= Pra 100 (2011) Nr. 68), E. 2.

²⁶ NZZ am Sonntag, 15. November 2009, Wir müssen uns auf Steuerehrlichkeit fokussieren.

²⁷ <<http://www.swissbanking.org/stellungnahme-20120222>> (30. Juni 2016).

Eine ausdrückliche gesetzliche Pflicht besteht (bislang) jedenfalls keine. Zwar war sie in verschiedenen Gesetzes(vor)entwürfen enthalten²⁸ – zuletzt als neuer Art. 6a GwG in der Parallelvorlage zum Automatischen Informationsaustausch.²⁹ Nach diesem hätten Finanzintermediäre von einer Prüfung der Steuerkonformität nur bei geringen Werten absehen können; desgleichen betreffend Kunden, die in einem Land steuerpflichtig sind, mit dem die Schweiz ein AIA nach internationalem Standard abgeschlossen hat. Indes beschlossen beide Räte 2015, auf die Vorlage nicht einzutreten.³⁰

Unterzeichnet der Kunde eine entsprechende Erklärung, fragt sich, ob dem Dokument eine erhöhte Glaubwürdigkeit und somit *Urkundenqualität* im Sinne von Art. 110 Ziff. 5 Abs. 1 StGB zukommt. Die Frage wird mit Blick auf die Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten auf dem Formular A in ständiger Rechtsprechung bejaht.³¹ (Wobei anzumerken ist, dass die unterlassene Nachführung keine Fehlbeurkundung darstellt.)³² Gleiches gilt *mutatis mutandis* für die Formulare des IRS, da auch diese «aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung ausgefüllt werden» müssen und «gegenüber dem Finanzintermediär abgegeben [werden], damit dieser seine gesetzlichen Pflichten erfüllen kann».³³ Verneint wurde die Urkundenqualität hingegen für Auskünfte über den wirtschaftlichen Hintergrund einer Transaktion i.S.v. aArt. 6 GwG, weil dort auch mündliche Auskünfte genügen und einem entsprechenden Schriftstück folglich keine erhöhte Glaubwürdigkeit zukommt.³⁴ Bei Selbstdeklarationen über die Steuerkonformität dürfte insofern Analoges gelten. Dies jedenfalls soweit es sich um zukunftsbezogene Aussagen handelt.

Allerdings könnte das Bundesgericht m.E. in ausgewählten Fällen schon heute gegenteilig entscheiden. Denn es zieht die Grenze zwischen Falschbeurkundung und einfacher schriftlicher Lüge für jeden Einzelfall nach den konkreten Umständen.³⁵ Kommt dem Erklärenden in Bezug auf den Adressaten «eine besondere vertrauenswürdige, garantenähnliche Stellung»³⁶ zu, kann die einfache in eine qualifizierte schriftliche

²⁸ ANDREA CARONI, 16. September 2015, Amtl. Bull. NR, 1636 f.

²⁹ Vgl. Bundesrat, Botschaft vom 5. Juni 2015 zur Änderung des Geldwäschereigesetzes. Erweiterte Sorgfaltspflichten zur Verhinderung der Annahme nicht versteuerter Vermögenswerte, Geschäfts-Nr. 15.048, BBl 2015 4233.

³⁰ Amtl. Bull. 2015 NR, 1637 ff. und 1714 ff. vom 16. und 22. Sept. 2015, Amtl. Bull. 2015 SR, 1150 ff. vom 2. Dez. 2015.

³¹ Vgl. jüngst BGE 139 II 404, E. 9.9.2 (m.w.H.). Vgl. aber noch die vehemente Kritik bei GUNTHER ARZT, Strafbarkeit juristischer Personen: Andersen, vom Märchen zum Alptraum, Jusletter 4. November 2002, Rz. 23; DERS. Unternehmensstrafbarkeit – Fernwirkungen im materiellen Strafrecht (Fahrlässigkeit, Begünstigung, Urkundendelikte, Geschäftsbesorgung), recht 6 (2004), 221.

³² BGer 6B_844/2011 vom 18. Juni 2012, E. 2.3.

³³ Zit. a.a.O.

³⁴ BGer 6S.293/2005 vom 24. Februar 2006, E. 8.3.2.

³⁵ BGer 6S.114/2004 vom 15. Juli 2004, E. 3.1.2.

³⁶ Zit. a.a.O., E. 3.3.

Lüge umschlagen. Garantenstellung hat indes nicht nur inne, wer gesetzlich zu wahrheitsgetreuen Angaben verpflichtet ist, sondern insb. auch, wer eine *vertragliche* Pflicht zu korrekter Information des Adressaten übernommen hat.

Letzteres wurde etwa bejaht in einem Fall, in welchem einem Erklärenden kraft allgemeiner Geschäftsbedingungen Mitwirkungs-, Prüf- und darauf bezogene Protokollierungspflichten oblagen.³⁷ Verpflichtet eine Bank daher ihren Kunden etwa, auf erste Anfrage hin eine Auskunft über die Steuerkonformität seiner Vermögenswerte abzugeben und weist sie zugleich auf die Tragweite dieser Angaben für die Bank und ihre eigenen Pflichten gegenüber Behörden im In- und Ausland hin, kann gekürzte Urkundenqualität durchaus gegeben sein. Verweigert ein Kunde eine so vereinbarte Auskunft, ist die Bank m.E. berechtigt, eine allenfalls geforderte Zahlung wegen Verletzung dieser Restitutionsmodalität zu verweigern. Denn ein Indiz für erhöhte Risiken i.S.v. Art. 6 Abs. 2 lit. c GwG kann gemäss Ziff. 2.2 des Anhangs zu Art. 38 GwV-FINMA auch die Verweigerung notwendiger oder üblicher Auskünfte sein – worunter auch vertraglich vereinbarte Selbstauskünfte fallen. Lässt sich die Verweigerung nicht plausibilisieren, entsteht ein begründeter Verdacht, der zur Meldung i.S.v. Art. 9 GwG verpflichtet. Da der Kunde nach seiner Weigerung mit diesem Vorgang geradezu rechnen muss, dürfte auch Art. 9a GwG nicht greifen, so dass die Bank ihrerseits Kundenaufträge wird sistieren dürfen, bis klar ist, ob es zu einer Sperre i.S.v. Art. 10 GwG kommt.

b) Steuerliche Ansässigkeit

Bereits aus dem Gesetz fliessen dürfte demgegenüber der Urkundencharakter der Selbstauskunft über die steuerliche *Ansässigkeit* (*autocertification de la résidence fiscale*), die unter dem AIAG³⁸ samt zugehöriger Multilateraler Vereinbarung³⁹ zu erteilen ist. Zwar schreiben die Regelwerke eine bestimmte Form nicht ausdrücklich vor. Dennoch wird Schriftlichkeit nicht nur aus Beweisgründen die Regel, sondern vom Gesetzgeber auch gewollt sein. So verlangte die Botschaft, dass eine «gültige Selbstauskunft [...] vom Kontoinhaber [...] unterzeichnet [...] sein» muss⁴⁰ und der Erläute-

³⁷ A.a.O., E. 3.3.

³⁸ Bundesgesetz vom 18. Dezember 2015 über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen, BBl 2015 9573, AS 2016 1297, in Kraft ab 1. Januar 2017.

³⁹ Multilaterale Vereinbarung der zuständigen Behörden vom 29. Oktober 2014 über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten (Multilateral Competent Authority Agreement, MCAA), www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=55327 (30. Juni 2016).

⁴⁰ Zit. Bundesrat, Botschaft zur Genehmigung der multilateralen Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten und zu ihrer Umsetzung (Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen) vom 5. Juni 2015, Geschäfts-Nr. 15.046, BBl 2015 5437, 5476.

rungsbericht sah vor, «die Selbstauskunft nach dem gemeinsamen Meldestandard ebenfalls als Urkunde im Sinne des Strafgesetzbuches zu betrachten» wie das Formular A.⁴¹

Gemäss Art. 11 und 18 i.V.m. 35 AIAG wird künftig mit Busse bis CHF 10'000 bestraft, wer einem schweizerischen Finanzinstitut vorsätzlich eine falsche Selbstauskunft über die steuerliche Ansässigkeit erteilt, Änderungen der Gegebenheiten nicht mitteilt oder über Änderungen der Gegebenheiten falsche Angaben macht. Der Umstand, dass die (eventual-)vorsätzliche schriftliche Lüge im Rahmen einer Selbstauskunft über die steuerliche Ansässigkeit als Übertretung strafbewehrt wurde, verdeutlicht noch, dass dieses Dokument künftig eine zentrale Funktion im Rahmen des Automatischen Informationsaustauschs einnehmen und die Wahrheit der darin festgehaltenen Sachverhalte gewährleisten soll. Am daraus folgenden Urkundencharakter ändert auch nichts, dass Finanzinstitute die Plausibilität der Selbstauskunft prüfen müssen,⁴² obliegt diese Sorgfalt den Instituten doch auch hinsichtlich des Formulars A, auf dessen Wahrheitsgehalt sie ebenfalls nicht blind vertrauen dürfen.

c) Verweigerung

Verweigert schliesslich ein Kunde eine Selbstdeklaration, kann dies namentlich im Zusammenspiel mit weiteren Indizien bei der Bank den begründeten Verdacht auf ein Steuerdelikt hervorrufen.⁴³ Dies jedenfalls mit Blick auf Staaten, mit denen ein Doppelbesteuerungsabkommen in Kraft steht, das die Möglichkeit von Gruppenanfragen vorsieht, die auf das Kriterium der unterlassenen Selbstdeklaration abstützen⁴⁴ oder mit denen ein Abkommen solchen Inhalts in naher Zukunft zu erwarten ist.

⁴¹ Zit. Bundesrat, Erläuternder Bericht zur multilateralen Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten und zu einem Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen vom 14. Januar 2015, 1 ff., 39; <<http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=55889>> (30. Juni 2016).

⁴² Botschaft MCCA und AIAG (Fn. 39) 5476: «Dabei ist vorgesehen, dass sich das Finanzinstitut auf die bei der Kontoeröffnung beschafften Informationen stützt, einschliesslich der aufgrund von Verfahren zur Bekämpfung der Geldwäscherei erfassten Unterlagen.» Vgl. auch Abschnitt VII.A MCCA.

⁴³ Vgl. auch Ziff. 2.2 Anhang GwV-FINMA: «ist grundsätzlich [...] jeder Kunde verdächtig, [...] der dem Finanzintermediär [...] ohne plausiblen Grund für die Geschäftsbeziehung notwendige und für die betreffende Tätigkeit übliche Auskünfte und Unterlagen verweigert».

⁴⁴ So etwa zwischen Italien und der Schweiz am 23. Februar 2015 unterzeichnete Protokoll zur Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens; EMMENEGGER/GOOD (Fn. 1), 33 ff., 38. Zur Zulässigkeit von Steueramtshilfe bei Gruppenanfragen, die auf das Kriterium der unterlassenen Selbstdeklaration abstützen jüngst BGER 2C_276/2016 vom 12. September 2016.

4. Barauszahlung

a) Hiesiges Recht

Zeigt die MROS der Bank an, dass sie eine *Meldung an die Strafverfolgungsbehörden* abgesetzt hat oder steht eine Meldung im Zusammenhang mit *Listenbeziehungen*,⁴⁵ verletzt der zuständige Bankmitarbeiter Art. 305^{bis} StGB i.V.m. Art. 10 Abs. 1 u. 1^{bis} GwG, wenn er die Kundenbeziehung im EDV-System nicht so programmiert, dass dem Kunden Vermögensdispositionen wie namentlich Barabzüge – auch am Bankomaten – verunmöglicht werden.

Liegt die *Meldung hingegen erst bei der MROS*, muss künftig namentlich die soeben angesprochene Barauszahlung möglich bleiben. Im Gegenteil riskiert die Bank sogar, selbst Geldwäsche zu begehen, wenn sie die physische Zahlung verweigert: Denn neu Art. 9a GwG statuiert ausdrücklich und ohne Einschränkung, dass in dieser Phase Kundenaufträge betreffend gemeldete Vermögenswerte auszuführen sind.

Demgegenüber verlangt Art. 33 revGwV-FINMA, dass in diesem Fall und sofern «bedeutende Vermögenswerte» betroffen sind, Dispositionen höchstens in einer Form getätigt werden, welche die Dokumentationsspur (*paper trail*) nicht unterbrechen. Die Barauszahlung bleibt damit verwehrt – selbst wenn der Kunde seine Vertragsbeziehung zur Bank auflöst. Indes würde so ein essentieller Leistungsanspruch des Kunden aus dem Kontovertrag⁴⁶ suspendiert und es würden entsprechend die Eigentumsfreiheit des Kunden (Art. 26 BV) wie auch die Wirtschaftsfreiheit der Bank beschnitten (Art. 27 BV). Durch die Beschränkung auf dokumentierte Vermögensdispositionen wäre zudem auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Kunden (Art. 13 BV) massgeblich betroffen.

Keiner dieser Eingriffe findet eine ausdrückliche formell-gesetzliche Grundlage im GwG. Soweit nicht von einem besonders empfindlichen Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Individualrechte auszugehen ist (insb. weil er auf maximal 25 Werktage befristet ist),⁴⁷ wäre auch eine Stütze in einer kompetenzkonform erlassenen Verordnung oder ein Rückgriff auf polizeiliche oder strafprozessuale Generalklauseln ausreichend, wobei das Erfordernis des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit vorbehalten bleiben (Art. 36 BV). Eine solche materiell-gesetzliche Norm ist freilich ebenso wenig ersichtlich: Art. 7 Abs. 1 lit. a FinmaG i.V.m. Art. 17 und 18 Abs. 1 lit. a GwG erlauben nur die Konkretisierung der Pflichten i.S.v. Art. 9-11a GwG.

⁴⁵ Art. 6 Abs. 2 lit. d i.V.m. 9 Abs. 1 lit. c GwG.

⁴⁶ Art. 475 i.V.m. 481 Abs. 1 OR; vgl. etwa BGer 4A_168/2015 vom 28. Oktober 2015, E. 3.

⁴⁷ Art. 23 Abs. 5 i.V.m. 10 Abs. 2 GwG. Zum zeitlichen Element BGE 131 I 425, E. 6.4.

Indes hintertreibt das Barauszahlungsverbot nachgerade das mit den neuArt. 9a (Disposition über gemeldete Vermögenswerte) und 10a GwG (Informationsverbot) angestrebte Ziel, ein *tipping off*⁴⁸ möglichst wirksam zu verhindern: Die Verweigerung einer Barauszahlung wird jedenfalls vom «geneigten» Kunden unschwer als Hinweis darauf verstanden werden, dass eine Verdachtsmeldung erstattet worden ist.

Zudem verbot noch Art. 9a des Entwurfs⁴⁹ während längstens fünf Werktagen jede Ausführung von Kundenaufträgen, die dazu dienen können, die Einziehung der gemeldeten Vermögenswerte zu vereiteln oder Terrorismus zu finanzieren. Im weiteren Legislativprozess überwog indes die Befürchtung, dass dieses System nicht griffig genug und für die Finanzintermediäre mit zu grossem Aufwand und Straf- und Haftungsrisiko verbunden wäre.⁵⁰ Aus diesem Grund fiel die Differenzierung – und mit ihr jede Einschränkung der Ausführung von Kundenweisungen betreffend gemeldete Vermögenswerte – letztlich ersatzlos weg. Eine solche durch die Hintertür einer Vollzugsverordnung der FINMA wieder einzuführen, erweist sich als rechtlich nicht haltbar.⁵¹

In den maximal 25 Arbeitstagen seit einer Meldung an die MROS muss eine Bank einem Auszahlungsbegehren damit nachkommen, wenn sie nicht den Vorwurf der Geldwäsche durch *tipping off* riskieren will. Etwas anderes gilt nur, wenn der Kunde von der Meldung an die MROS ohnehin bereits Kenntnis hat.

b) Ausländisches Recht

Nicht ausgeschlossen ist damit freilich, dass die Bank durch eine Barauszahlung *Geldwäsche* im Sinne einer ausländischen Strafnorm begeht oder allenfalls gar an einer *Vortat* teilnimmt.⁵² Je nach dem, welchen Vollzugsanspruch die betreffende Rechtsordnung auch ausserhalb ihres staatlichen Territoriums für sich reklamiert und durchzusetzen weiss, kann es für eine Bank ratsam scheinen, die entsprechende Kundenweisung nicht auszuführen. In solch einem Fall handelt sie zwar Sinn und Zweck von Art. 9a und 10a GwG zuwider und gefährdet damit i.S.v. Art. 305^{bis} StGB die Einziehung. Zudem wird sie je nach Lesart von Art. 3 Abs. 2 BankG nicht behaupten können, sie handle in gesetzlich erlaubtem Sinne.⁵³ Indes ist denkbar, dass ihre von ausländischen

⁴⁸ Botschaft GAFI (Fn. 7), 648. Das *tipping off* Verbot ist explizit statuiert in der GAFI-Empfehlung (2012) 21 Bst. b.

⁴⁹ Botschaft GAFI (Fn. 7), 648 und Entwurf: www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=51377 (30. Juni 2016).

⁵⁰ DANIEL VISCHER, 19. Juni 2014, Amtl. Bull. NR 2014 1264 und eingehend CHRISTIAN LÜSCHER, a.a.O., 1262 sowie 27. November 2014, Amtl. Bull. NR 1986.

⁵¹ Kritik klingt auch an bei ROMERIO/IVELL (Fn. 1), 152; EMMENEGGER/GOOD (Fn. 1), 58.

⁵² In BGer 4A_168/2015 vom 28. Oktober 2015, E. 5 hatte die Bank genau diesen Umstand zwar angerufen, indes nicht ausreichend begründet.

⁵³ Art. 14 StGB. Zu Art. 3 Abs. 2 BankG sogleich.

Sanktionen bedrohten Rechtsgüter im Einzelfall höher zu gewichten sind als das Rechtsverfolgungsinteresse der Schweiz, so dass sie sich auf rechtfertigenden Notstand berufen könnte, sofern die Gefahr nicht anders abwendbar wäre.⁵⁴ Jedenfalls aber wird es ihr unter Verschuldensgesichtspunkten regelmässig nicht zuzumuten sein, sich durch die Auszahlung der ausländischen Strafverfolgung auszusetzen, so dass die Weigerung, dem Kunden sein Guthaben in bar auszuhändigen, nach Schweizer Recht letztlich doch straflos bleibt.⁵⁵

Dieser Aspekt ist m.E. auch entscheidend, wo ein Kunde die Bank der *Nötigung* i.S.v. Art. 181 StGB bezichtigt, wenn er sein Guthaben nicht physisch abheben kann. Demgegenüber argumentierte ein mit solch einem Fall befasstes Kantonsgericht stattdessen mit dem bankgesetzlichen Gewährsartikel:⁵⁶ Vermöge die Bank ein effektives Risiko einer strafrechtlichen Verfolgung im Ausland wegen Verletzung dortiger Normen darzutun, so dass dies die Gewähr der einwandfreien Geschäftsführung gemäss Art. 3 Abs. 2 BankG in Frage stelle, verfolge sie ein legitimes und rechtskonformes Ziel, wenn sie dieses Risiko zu eliminieren versuche.⁵⁷

Diese Argumentationslinie ist mit einer gewissen Vorsicht zu geniessen. Zwar hat die FINMA tatsächlich in ihrem «Positionspapier Rechtsrisiken» vom 22. Oktober 2010 (später präzisiert in der Mitteilung «Grenzüberschreitendes Finanzdienstleistungsgeschäft» vom 19. Juni 2012) vertreten, die Verletzung ausländischen Rechts könne zu aufsichtsrechtlich relevanten operationellen Risiken oder gar zu Rechtsrisiken gemäss Art. 9 Abs. 2 aBankV (heute Art. 12 Abs. 2 BankKV) führen, deren Nichtbeachtung wiederum das – zugegeben offen formulierte – schweizerische aufsichtsrechtliche Erfordernis der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit in Frage stellen könnte.⁵⁸ BÜHLER sieht darin allerdings eine Verletzung der Grenze zwischen (zulässiger)

⁵⁴ Art. 17 StGB.

⁵⁵ Art. 18 Abs. 2 StGB.

⁵⁶ Cour de Justice du Canton de Genève, Chambre pénale de recours, Geschäfts-Nr. ACPR/294/2014, Urteil vom 30. Mai 2014 E. 3.2 (rechtskräftig). Zwar ging es dort nicht um einen physischen Abzug von Geldern, sondern um eine grenzüberschreitende Überweisung an Banken in einem anderen als dem Staat, in dem der Kunde steuerpflichtig war. Da bei der Barabhebung die Gefahr einer Einziehungsverweigerung mindestens so hoch ist, dürfte *a majore ad minus* das Gesagte gleichermaßen gelten.

⁵⁷ A.a.O.: «[...] une violation de ce droit pouvait conduire, si des conséquences sérieuses en résultaient pour la banque, à une mise en cause de la garantie d'une activité irréprochable prescrite par l'art. 3 al. 2 LB. [...] il s'agit bien pour l'établissement en question d'honorer ses engagements au regard du droit suisse et non pas du droit étranger.» Zudem stelle die fiskalische Regularisierung gar keine Drohung dar, da es sich um eine gesetzliche Pflicht des Kunden und folglich nicht um strafrechtlich relevante ernstliche Nachteile handle.

⁵⁸ Vgl. inzwischen auch FINMA-Entwurf zum Rundschreiben Operationelle Risiken Banken 2008/21, Rz 136.4-136.6.

Rechtsanwendung und (unzulässiger) Rechtssetzung.⁵⁹ Denn Fragen nach der Bindung hiesiger Banken an ausländisches Recht seien «nicht in erster Linie Fragen des Risikomanagements oder der internen Kontrolle eines Instituts, sondern [...] tangieren geradezu die Zielsetzung der schweizerischen Finanz- und Aussenpolitik und sind daher im Grunde vom Gesetzgeber zu entscheiden».⁶⁰ Demgegenüber fragt KILGUS, «warum die FINMA «nur» zum Mittel eines Positionspapiers greift, um [...] vor den Folgen von Rechtsrisiken zu warnen und nicht zu einer etablierten «höheren» Erlassform, bspw. einer Mitteilung oder gar eines Rundschreibens»⁶¹, was impliziert, dass sie die Regelungskompetenz der FINMA in der Sache nicht in Frage stellt. Für diese Sicht spricht jedenfalls der Paradigmenwechsels, dem das grenzüberschreitende Finanzgeschäft in der letzten Dekade ausgesetzt war und auch in einer Vielzahl von Gesetzesreformen und -projekten seinen Niederschlag gefunden hat. Fliesst er in eine geltungszeitlich-objektive Auslegung von Art. 3 Abs. 2 BankG ein, würde damit den gewandelten Gewährskomponenten Rechnung getragen. Wer hingegen der Ansicht BÜHLERS folgt, muss dem Nötigungsvorwurf über den vorne dargelegten Weg via Art. 17 f. StGB begegnen.

II. Zivilrecht

1. Kondiktionsausschluss

Nach Art. 20 OR ist ein Vertrag dann widerrechtlich, wenn sein Gegenstand, der Abschluss mit dem vereinbarten Inhalt oder sein Zweck gegen objektives Recht verstösst,⁶² wobei es im letzteren Fall ausreicht, wenn beidseitig gewollt auch nur eine Partei gegen eine zwingende Norm handelt.⁶³

Nehmen beide Parteien zumindest eventualvorsätzlich in Kauf, mit einem Bankvertrag Geld zu waschen⁶⁴, so beschlägt die Widerrechtlichkeit jedenfalls den angestrebten Zweck. Zugleich ist aber schon der Gegenstand selbst ganz regelmässig ein widerrechtlicher: Sei es, weil sich die Hauptleistung in einer *Verschleierungshandlung* erschöpft⁶⁵ oder weil eine an sich bankübliche Leistung den Transfer oder die Strukturierung von *Vortatenerlös* i.S.v. Art. 305^{bis} StGB beinhaltet. Hier ist das staatliche Streben nach

⁵⁹ CHRISTOPH B. BÜHLER, Gewährsartikel: Regulierung der FINMA, SJZ 110 (2014), 1 ff., 7 f.

⁶⁰ Zit. a.a.O.

⁶¹ Zit. SABINE KILGUS, Expertengutachten an die Schweizerische Eidgenossenschaft, Eidg. Finanzdepartement, Regulierungs- und Kommunikationstätigkeit der FINMA vom 4. August 2014, Rz. 140.

⁶² Vgl. statt aller EUGEN BUCHER, Obligationenrecht AT, Bern 1988, 250 ff.

⁶³ EMMENEGGER/DÖBELI/FRITSCHI (Fn. 1), Rz. 9 (m.w.H.).

⁶⁴ Zu einzelnen Tatvarianten bzgl. Steuerdeliktsvermögen EMMENEGGER/DÖBELI/FRITSCHI (Fn. 1), Rz. 14.

⁶⁵ EMMENEGGER/DÖBELI/FRITSCHI (Fn. 1), Rz. 20.

Einziehung (Art. 70 StGB) sogar strafbewehrt, was m.E. deutlich zeigt, dass der Gesetzgeber solche Vermögenswerte zwingend aus dem Verkehrskreislauf entfernen und ihren Umschlag konsequenterweise auch zivilrechtlich unterbinden will. Dieses Primat des Einziehungsinteresses⁶⁶ impliziert zugleich seinem Sinn und Zweck nach die Rechtsfolge der Nichtigkeit⁶⁷, ohne dass es hierfür erst eines Rückgriffs auf den (Art. 305^{bis} StGB m.E. nur mittelbar inhärenten) Rufschutz bedarf.⁶⁸

Dieser *Einziehungsimperativ* ist gleichfalls bei der Anschlussfrage zu beachten, ob Art. 66 OR eine Rückabwicklung versagt oder nicht. Zwar hat das Bundesgericht den sachlichen Anwendungsbereich der Norm vor wenigen Jahren auf den sog. Gaunerlohn eingeschränkt, mithin auf Leistungen, die zur Anstiftung oder Belohnung eines rechts- oder sittenwidrigen Verhaltens erfolgten.⁶⁹ Freilich schloss es darüber hinaus auch die Rückerstattung bereits erbrachter Leistungen aus, sofern es «der Zweck der verletzen Norm [...] eindeutig [...] erfordert»⁷⁰. Gerade eine Rückabwicklung im Falle der Vertragsnichtigkeit kann nun aber die Einziehung von Vortatenerlösen durchaus erschweren oder verunmöglichen – insbesondere wenn sie die Sphäre der Bank wieder verlassen. Entsprechend darf eine Bank gestützt auf Art. 66 OR i.V.m. Art. 70 und Art. 305^{bis} StGB namentlich eine Barauszahlung verweigern, wenn es sich um Vermögenswerte aus einem Vertragsverhältnis handelt, das wegen Geldwäsche nichtig ist.

Zu differenzieren ist hingegen, wenn ein Vertrag nachträglich wegen *Willensmangels angefochten* wird, weil die Bank über die Fiskalsituation des Kunden im Abschlusszeitpunkt im Irrtum war oder durch den Kunden insb. mit Hilfe von Selbstauskünften darüber getäuscht⁷¹ wurde. Entscheidend ist hier, ob sich der Willensmangel auf ein Steuerdelikt bezieht, das den Behörden *sichernde Zwangsmassnahmen* in die Hände gibt, mit denen mutmassliches Steuersubstrat oder illegale Steuerersparnis für anschliessende Fiskalstrafverfahren bzw. Hinterziehungs- und Nachsteuerverfahren erhalten werden soll.⁷² In diesem Fall gilt das zu Art. 66 OR Ausgeführte *mutatis mutandis*, selbst wenn die Sicherung im konkreten Fall nicht auf eine Einziehung hinausläuft.

⁶⁶ Dazu schon Bundesrat, Botschaft vom 12. Juni 1989 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Gesetzgebung über Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften), Geschäfts-Nr. 89.043, BBl 1989 II 1061, 1081.

⁶⁷ Vgl. auch Botschaft GafG (Fn. 7) 681: «[...] das Gericht den Vertrag gestützt auf Artikel 20 OR [...] nichtig erklären [...], wenn [...] es sich [...] tatsächlich um Geldwäscherei handelt».

⁶⁸ Anders EMMENEGGER/GOOD (Fn. 1), 48 und EMMENEGGER/DÖBELI/FRITSCHI (Fn. 1), Rz. 48, die stattdessen auf das Ansehen des Finanzplatzes abstellen, das erst die Nichtigkeit gebiete bzw. zivilrechtlich gültiges Zirkulieren von Vortatenerlösen verbiete.

⁶⁹ BGE 134 III 438, E. 3.2

⁷⁰ Zit. a.a.O.

⁷¹ Dazu THÉVENOZ (Fn. 1), 116 f.

⁷² Vgl. zu solchen Zwangsmassnahmen BGer 1B_419/2010 vom 1. April 2011, E. 6.

2. Überwälzung

Separate Beachtung verdient schliesslich ein letzter Aspekt: Vermehrt halten Banken Kundenvermögen zurück, um die spätere Ausübung eines behaupteten vertraglichen Pfand- oder Verrechnungsrechts zu sichern. Die Sicherheit dient der Abwälzung von strafenden Vermögenslasten, die den Banken von Behörden im Zusammenhang mit ihrer Geschäftsbeziehung zum Kunden auferlegt worden sind.⁷³ Dieses Vorgehen ist indes von vornherein nur zulässig, wo die fragliche Vermögenseinbusse nach keinen Strafcharakter aufweist oder bei der das pönale Element jedenfalls nicht überwiegt.⁷⁴ Andernfalls ist die Überwälzung wegen Verstosses gegen Sinn und Zweck der zugrundeliegenden Sanktionsordnung widerrechtlich und nichtig.⁷⁵

Gerade strafrechtliche Bussen, bzw. nach modernem Terminus Geldstrafen, sollen zunächst ganz allgemein den Gebüssten durch eine Vermögensverminderung bestrafen. Sind sie als echte Strafen zu qualifizieren, überwiegt also (unabhängig von ihrer Bezeichnung) ihr pönaler Charakter, sind sie im Grundsatz höchstpersönlicher Natur.⁷⁶ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind auch Steuerbussen als echte Strafen zu qualifizieren: Das lasse sich namentlich daraus ablesen, dass die Strafzumessung dem Verschuldensprinzip folge und auch das etwa für Steuerhinterziehung nach DBG massgebliche Regelstrafmass nicht schematisch anzuwenden, sondern nur als Ausgangspunkt der Strafzumessung zu betrachten sei.⁷⁷ Entsprechend wolle das Steuerstrafrecht abschliessend bestimmen, dass der Täter den Vermögensnachteil aus einer Strafe tragen soll.⁷⁸ Die Lehre hält dem entgegen, dass das Steuerstrafrecht entgegen dem skizzierten theoretischen Konzept in der Praxis weniger verschuldens- als viel-

⁷³ Exemplarisch Obergerichts des Kantons Zürich, III. Strafkammer, Geschäfts-Nr. UE140091, Beschluss vom 2. Februar 2015.

⁷⁴ Vgl. v.a. THOMAS KOLLER, Bemerkungen zu BGE 134 III 59, AJP 17 (2008), 1295 ff.; SABINE BURKHALTER, Das US-Programm und die Bussenzahlungen – besteht ein Regressrecht der Banken?, AJP 23 (2014), 1601 ff.

⁷⁵ BGE 86 II 71, E. 4.

⁷⁶ BGE 134 III 59, E. 2.3.2: «[...] woraus folgt, dass eine vertragliche Vereinbarung, welche einen Dritten verpflichtet, die Busse ganz oder teilweise zu bezahlen, widerrechtlich im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR ist (BGE 86 II 71 E. 4 S. 76 ff.). [...] Mit der höchstpersönlichen Natur der Busse ist auch nicht vereinbar, dass der Gebüsste bezüglich der durch sie erlittenen Vermögensverminderung von einem Dritten wegen einer Vertragsverletzung Schadenersatz zugesprochen erhält (BGE 115 II 72 E. 3b S. 75)».

⁷⁷ BGE 134 III 59, E. 2.3.1.

⁷⁸ KOLLER (Fn. 74), 1300 und 1301, m.H.a. die gegenteilige Rsp. des BGH, der einen Regress des Gebüssten auf seinen Berater zulässt, wenn er lediglich grobfahrlässig auf dessen falschen Rat vertraut, das Steuerdelikt aber nicht vorsätzlich begangen hat und diese Lösung mit der (für Laien zu hohen) Komplexität des deutschen Fiskalrechts rechtfertigt: Urteil des BGH vom 14. November 1996, NJW 1997, 518 ff., spez. 519.

mehr erfolgsorientiert sei.⁷⁹ Im Ergebnis darf damit indes nicht die Überwältzbarkeit im Zivilrecht erweitert werden.⁸⁰ Vielmehr ist es Sache der Bestraften, sich «im Rahmen der zuständigen Teilrechtsordnung Steuerstrafrecht für die praktische Verwirklichung des subjektiven Verschuldensprinzips einzusetzen»⁸¹.

Beruhet eine Strafe auf ausländischem Recht, gilt der Vorbehalt der Nichtabwältzbarkeit von individuell verschuldensabhängigen Strafen im Grundsatz gleichermassen. Einen Vorbehalt bringt das Bundesgericht an, wenn eine Busse diskriminierend oder konfiskatorisch ist, oder gegen das Gerechtigkeitsgefühl in unserem Land verstossen würde.⁸²

Ob die im sog. US-Steuerstreit inzwischen gesprochenen Finanzsanktionen diesen Tatbestand im Einzelfall erfüllen könnten – insbesondere in der Kategorie 2, in der für die Betroffenen der Grundsatz *nemo tenetur* (keine Selbstbezeichnung) bedeutungslos blieb – sei hier dahingestellt. Sah es zunächst so aus, als würden jedenfalls für die in Kategorie 2 eingereihten Banken die Strafen unabhängig vom Verschulden der Bank und schematisch gestützt auf vordefinierte Parameter festgelegt⁸³, so wurde zum Abschluss des Verfahrens hin erkennbar, dass «die US-Behörden jeden Fall individuell angeschaut und bewertet haben. In der Retrospektive scheint der Zeitpunkt, an dem eine Bank aktiv begann, das Thema nach den Vorstellungen der US-Behörden anzupacken, bei der Bemessung der Bussen eine grosse Rolle gespielt zu haben. [...] Bei der Höhe der Bussen spielt zudem die Zahl der Kunden mit US-Bezug, die Höhe der maximal verwalteten Vermögen und die Bereitschaft der Banken, Vermögensverwaltungs-Konstrukte zu erstellen, eine wichtige Rolle.»⁸⁴ Ob das skizzierte Vorgehen indes dem Erfordernis der verschuldensbasierten Strafe tatsächlich Genüge tut, ist zumindest fraglich und lässt sich letztlich nur im Einzelfall beantworten.⁸⁵ Fehlt das höchstpersönliche Element, ist eine Abwälzung nicht gänzlich ausgeschlossen. Das Risiko, das Schweizer Banken bei Geschäften mit un versteuerten Vermögenswerten inzwischen auf sich nehmen, reduziert sich dadurch freilich kaum.

⁷⁹ KOLLER (Fn. 74), 1302 ff., m.w.H. und dem zutreffenden Hinweis, dass jedenfalls in BGE 134 III 59 die unterschiedlichen Umstände der betroffenen Personen nicht berücksichtigt wurden.

⁸⁰ Vgl. KOLLER (Fn. 74), 1305 ff., zu Fällen, in denen Strafen dennoch überwältzt werden sollen.

⁸¹ Zit. KOLLER (Fn. 74), 1305.

⁸² BGE 115 II 72 (= Pra 78 (1989), Nr. 207, 719), E. 3.c; KOLLER (Fn. 74), 1305, auch zur politisch heiklen Situation der hiesigen Zivilgerichte.

⁸³ BURKHALTER (Fn. 74), 1602 f.

⁸⁴ NZZ, 7. August 2015, Geschäftspraktiken sind offen wie ein Buch.

⁸⁵ Der Bericht des Bundesrates vom 12. September 2014, Steuerliche Abziehbarkeit von Bussen und finanziellen Verwaltungssanktionen, 14, bleibt in dieser Frage sehr vage, schliesst eine höchstpersönliche Strafe aber nicht aus, wenn «zu erkennen [ist], dass eine konkrete Vereinbarung zwischen einer bestimmten Bank und dem DoJ eine Busse für strafrechtlich relevantes Verhalten dieser Bank [...] enthält».