

## Inhaltsverzeichnis

1. Abwehr und Begründung von Ansprüchen
  - 1.1 Grundregel
  - 1.2 E-Banking
  - 1.3 Retrozessionen
  - 1.4 Einhaltung Compliance
  - 1.5 Pfand-, Verrechnungs- und Retentionsrecht
2. Bankgeheimnis und Datenschutz
3. Änderungen der Konditionen
4. Schranken
5. Fazit



# 1. Abwehr und Begründung von Ansprüchen (1/5)

## 1.1 Grundregel

- Haftung der Bank für Schäden des Kunden infolge Verletzung der (geschäftsblichen) Sorgfalt
- teilweise Übernahme einer Haftung ohne Pflichtverletzung, Aufteilung nach Einflussbereich
- Ausführung von Aufträgen: verbreitete Beschränkung der Haftung auf Zinsausfall, unter Vorbehalt einer besonderen «Warnung» durch den Kunden

*«Die Bank haftet nur für Schäden, die von ihr durch eine Verletzung der geschäftsblichen Sorgfalt verursacht wurden.»*

*«Tritt ein Schaden ein, ohne dass die Bank oder der Kunde ihre Sorgfalt verletzt haben, so trägt ihn diejenige Partei, deren Einflussbereich er zuzurechnen ist.»*

*«Werden Aufträge (ausgenommen Börsenaufträge) mangelhaft oder nicht ausgeführt, haftet die Bank für den Zinsausfall. Droht ein darüber hinausgehender Schaden, muss der Kunde die Bank vorgängig auf diese Gefahr hinweisen.»*

# 1. Abwehr und Begründung von Ansprüchen (2/5)

## 1.2 E-Banking



- traditionell einseitige Haftungsausschlüsse verbreitet
  - Nachweis einer Pflichtwidrigkeit schwierig
  - Aufteilung nach Einflussbereich
- 
- Interesse der Banken an Förderung der eingesetzten Technologien → Kulanz im Einzelfall

*«Bei der elektronischen Zustellung von Dokumenten können Risiken auftreten, welche sich aus gezielten Manipulationen am PC des Kunden ergeben. Da diese Risiken ausserhalb des Einflussbereichs der Bank liegen, kann die Bank nicht dafür einstehen.»*

# 1. Abwehr und Begründung von Ansprüchen (3/5)

## 1.3 Retrozessionen

- Verzicht erfordert Kenntnis der Höhe (zumindest Grössenordnung/prozentuale Bandbreiten der erwarteten Entschädigungen)
- Behalt von Retrozessionen schliesst Qualifikation als «unabhängig» aus (Art. 9 VE-FIDLEG)

BGE 138 III 755; FINMA-Mitteilung 41 (2012)

*«Der Kunde ist damit einverstanden, dass alle Entschädigungen vollumfänglich der Bank verbleiben, und verzichtet auf jedes Herausgaberecht.»*

*«Der Kunde ist sich bewusst, dass Entschädigungen zu potentiellen Interessenkonflikten führen können [...]»*

# 1. Abwehr und Begründung von Ansprüchen (4/5)

## 1.4 Einhaltung Compliance

- Haftung des Kunden für pflichtwidrig verursachte Schäden der Bank
- Pflicht gegenüber Bank, deren Verletzung Schadenersatzanspruch nach Art. 402 Abs. 2 OR begründet?
- qualifizierte Steuervergehen gemäss Art. 305<sup>bis</sup> Ziff. 1<sup>bis</sup> StGB; vgl. auch Sorgfaltspflicht gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. b GwG; ferner Art. 53 ff. VSB 16

*«Der Kunde ist für die Einhaltung der auf ihn anwendbaren gesetzlichen und regulatorischen Vorschriften (einschliesslich Steuergesetze) verantwortlich und hält diese jederzeit ein.»*

# 1. Abwehr und Begründung von Ansprüchen (5/5)

## 1.5 Pfand-, Verrechnungs- und Retentionsrecht

- *Clawbacks* oder Bussen für Steuerhinterziehung: Besteht Forderung der Bank?
- Anspruchsbegründung:
  - vertraglicher Befreiungsanspruch (vgl. BGer. 4A\_429/2014 vom 20. Juli 2015)
  - Art. 402 Abs. 1 (Auslagenersatz) und Abs. 2 OR (Schadenersatz)
  - Geschäftsführung ohne Auftrag
  - Bereicherungsrecht
- Exkurs: Verwendung von Kundenguthaben bei Aufhebung der Geschäftsbeziehung

vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 23. Februar 2015, in: ZR 114 (2015) Nr. 35 S. 133 ff. (nicht rechtskräftig)

*«Unterlässt der Kunde auch nach einer von der Bank angesetzten angemessenen Nachfrist, ihr mitzuteilen, wohin die hinterlegten Vermögenswerte zu transferieren sind, kann die Bank diese physisch ausliefern oder liquidieren. Den Erlös kann die Bank mit befreiender Wirkung am vom Gericht bezeichneten Ort hinterlegen oder als Check an den Kunden senden.»*

## 2. Bankgeheimnis und Datenschutz

- Bankgeheimnis im Konzern
- Übertragbarkeit von Hypotheken
- Datenschutz und Marketing
- Bankgeheimnis und Datenschutz als Hindernis bei Abwehr von Kundenansprüchen oder Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber Kunden
- beachtenswert:
  - zwingende Datenschutzbestimmungen
  - Informationen betreffend Mitarbeiter

*«Der Kunde entbindet hiermit die Bank von ihrer Geheimhaltungspflicht und verzichtet auf das Bankkundengeheimnis, soweit dies zur Wahrung berechtigter Interessen der Bank notwendig ist [...]»*  
(z.B. wenn der Kunde gegen die Bank gerichtliche Schritte einleitet, zur Durchsetzung der Ansprüche der Bank gegenüber dem Kunden, beim Forderungsinkasso, bei Vorwürfen des Kunden gegen die Bank in der Öffentlichkeit, gegenüber Medien oder gegenüber Behörden und gestützt auf ausländische Offenlegungs-vorschriften).

### 3. Änderungen der Konditionen

- Vorbehalt einseitiger Änderungen üblich
- Information des Kunden «auf geeignete Weise»; Zustimmungsfiktion?
- fragwürdig: rückwirkende oder kurzfristige Anpassungen, ebenso «erschwerende Umstände» (z.B. Gebührenanstieg und Titelauslieferungs- oder Saldierungskosten)
- aktuell etwa:
  - Zinssenkungen, Negativzinsen
  - neue oder höhere Gebühren
  - Beschränkungen des Bargeldbezugs (ohne Nachweis der Steuerkonformität)
  - banklagernd (Zustellung Auszüge etc.)

*«Die Bank kann die Allgemeinen Geschäftsbedingungen jederzeit ändern. Der Kunde wird vorgängig schriftlich oder auf andere geeignete Weise informiert.»*

*«Ohne schriftlichen Widerspruch innert Monatsfrist seit Bekanntgabe gelten die Änderungen als genehmigt. Im Widerspruchsfall steht es dem Kunden frei, die Geschäftsbeziehung mit sofortiger Wirkung zu kündigen.»*

## 4. Schranken

- Konsens (Ungewöhnlichkeitsregel), Auslegung (Unklarheitsregel), Inhalt
- Art. 100 f. OR etc.; Art. 8 UWG; DSG
- Art. 33 BEG; Art. 11 BEHG; weitere (zwingende) Bestimmungen des Aufsichtsrechts (vgl. Verhaltensregeln FIDLEG)
- zwingendes ausländisches Recht
- Strafrecht:
  - Art. 271 StGB
  - Retrozessionen: Betrug, ungetreue Geschäftsbesorgung, Privatbestechung
  - Nötigung bei ungerechtfertigter Retention von Vermögenswerten?

BGE 140 III 404 E. 4.5 S. 408 f. (Fitnessstudio)

zu Art. 11 BEHG  
vgl. BGE 133 III 97



Beschluss des Obergerichts Zürich, III. Strafkammer, vom 2. Februar 2015, in: ZR 114 (2015) Nr. 11 S. 49 ff.

## 5. Fazit

- Ungleichgewicht Bank – Kunde vs. Kunde – Bank
- Abwehr von Kundenansprüchen
- Schaffung von Ansprüchen gegen Kunden
- Gestaltungsspielraum
- gewisse Schranken aus zwingenden Vorschriften des öffentlichen Rechts (insbesondere Aufsichts- und Strafrecht)

