

# **Banken im Spannungsfeld zwischen Informationen sammeln, vermitteln und weitergeben**

DISSERTATION  
der Universität St. Gallen,  
Hochschule für Wirtschafts-,  
Rechts- und Sozialwissenschaften  
sowie Internationale Beziehungen (HSG)  
zur Erlangung der Würde einer  
Doktorin der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

**Tamara Maria Hitz**

von

Untersiggenthal (Aargau)

Genehmigt auf Antrag der Herren

**Prof. Dr. Vito Roberto**

und

**Prof. Dr. Beat Brändli**

Dissertation Nr. 4777

Dike Verlag AG Zürich/St. Gallen 2018

Die Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften sowie Internationale Beziehungen (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St. Gallen, den 22. Mai 2018

Der Rektor:

Prof. Dr. Thomas Bieger

Die gleiche Arbeit ist erschienen als Band 342 der Schriftenreihe  
«Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht»,  
herausgegeben von Prof. Dr. Peter Forstmoser.  
ISBN 978-3-03891-043-5

*Meinen Eltern und Colin*



---

# Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im März 2018 abgeschlossen und am 22. Mai 2018 von der Programmkommission der Universität St. Gallen (HSG) als Dissertation Nr. 4777 angenommen. Die Entwicklungen in der Rechtsprechung und im Schrifttum konnten grösstenteils bis Mai 2018 berücksichtigt werden.

Ein Vorhaben wie eine Dissertation kann nicht ohne Freiheit und Vertrauen entstehen. An dieser Stelle danke ich daher all jenen, die durch ihr Vertrauen und die mir überlassene Freiheit zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben.

Mein besonderer Dank gilt dabei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. VITO ROBERTO, für die Übernahme des Referats und Herrn Prof. Dr. BEAT BRÄNDLI für die Übernahme des Korreferats, das damit einhergehende Vertrauen, das sie mir entgegenbrachten, sowie die Freiheit, die sie mir bei der Ausgestaltung und beim Abfassen der Dissertation einräumten. Herrn Prof. Dr. PETER FORSTMOSER danke ich für die ehrenvolle Aufnahme dieser Dissertation in die Schriftenreihe «Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht».

Genauso bedanken möchte ich mich bei meinen ehemaligen Arbeitskollegen für ihre Unterstützung in mannigfaltiger Art und Weise. Besondere Erwähnung verdient dabei Herr RA MICHAEL HALLER, der sich – trotz seiner Arbeitsbelastung – die Zeit nahm für eine kritische Durchsicht des Manuskripts. Ebenso herzlich danke ich Frau RA PATRICIA KÜNZLE für die Begutachtung der geldwäschereirechtlichen Kapitel sowie Herrn RA ISY SAKKAL, LL.M. für die Unterstützung bei der französischen Übersetzung.

Schliesslich hat auch meine Familie in erheblichem Masse zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Ohne einen intakten familiären Kontext, das Verständnis und den Beistand meiner Familie wäre diese Dissertation nicht möglich gewesen. Mein grösster Dank gilt COLIN, für das grosse Verständnis in Bezug auf meine zweite Leidenschaft, die Geduld in schwierigen Arbeitsphasen und das Vertrauen in den gemeinsamen Weg.

St. Gallen, März 2018

Tamara Hitz



---

# Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis.....	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	XV
Literaturverzeichnis.....	XXI
Materialienverzeichnis.....	XXXIX
Tabellenverzeichnis.....	XLV
Zusammenfassung.....	XLVII
Résumé.....	XLVIII
Summary.....	XLIX
<b>Einleitung</b> .....	<b>1</b>
§ 1 Ausgangslage.....	1
§ 2 Problemstellung und Zielsetzung.....	3
§ 3 Aufbau der Arbeit.....	4
<b>Erster Teil: Grundlagen</b> .....	<b>5</b>
§ 4 Finanzdienstleistungen.....	7
§ 5 Informationspflichten.....	20
<b>Zweiter Teil: Sammlung von Bankkundeninformationen</b> .....	<b>39</b>
§ 6 Erkundigungspflichten.....	41
§ 7 Identifizierungs- und Feststellungspflichten.....	59
§ 8 Risikoorientierte Abklärungspflichten.....	65
§ 9 Dokumentationspflichten.....	70
<b>Dritter Teil: Vermittlung von Informationen</b> .....	<b>81</b>
§ 10 Rechenschaftsablegungspflichten.....	83
§ 11 Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten.....	91
<b>Vierter Teil: Weitergabe von Bankkundeninformationen</b> .....	<b>113</b>
§ 12 Voraussetzungen der Meldepflichten.....	115
§ 13 Umfang der Meldepflichten.....	131

<b>Fünfter Teil: Banken im Spannungsfeld der Informationspflichten</b> .....	143
§ 14 Kollisionen der gesetzlichen Meldepflichten mit Wesensmerkmalen des Auftragsrechtes .....	145
§ 15 Vertragliche Ausgestaltung der Datenweitergabe .....	172
<b>Sechster Teil: Schlussbetrachtung</b> .....	183
§ 16 Wichtigste Erkenntnisse .....	185
§ 17 Ausblick .....	193

---

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	XV
Literaturverzeichnis.....	XXI
Materialienverzeichnis .....	XXXIX
Tabellenverzeichnis.....	XLV
Zusammenfassung.....	XLVII
Résumé.....	XLVIII
Summary .....	XLIX
<b>Einleitung</b> .....	<b>1</b>
§ 1 Ausgangslage .....	1
§ 2 Problemstellung und Zielsetzung .....	3
§ 3 Aufbau der Arbeit.....	4
<b>Erster Teil: Grundlagen</b> .....	<b>5</b>
§ 4 Finanzdienstleistungen .....	7
1. Vermögensverwaltung und Anlageberatung .....	7
2. Rechtliche Qualifikation der Finanzdienstleistungsverträge .....	11
2.1 Vermögensverwaltungs- und Anlageberatungsvertrag.....	11
2.2 Wesensmerkmale des Auftragsrechts.....	13
a. Vertrauensverhältnis zwischen Bank und Kunde .....	13
(1) «Vertrauensbegriff» .....	13
(2) Vertrauen als Vertragsgrundlage.....	14
b. Fremde Interessen und Treuepflicht .....	17
3. Zwischenfazit .....	19
§ 5 Informationspflichten .....	20
1. Begriff und Funktionen .....	20
2. Rechtsgrundlagen .....	22
2.1 Privatrecht .....	22
2.2 Weitere relevante Rechtsgrundlagen .....	22
a. Aufsichtsrecht .....	23
(1) Banken- und Börsengesetz.....	23
(2) Finanzdienstleistungsgesetz .....	25
b. Geldwäschereiprävention .....	28

	c. <i>Foreign Account Tax Compliance Act</i> .....	32
	d. Automatischer Informationsaustausch .....	34
	3. Zwischenfazit .....	37
	<b>Zweiter Teil: Sammlung von Bankkundeninformationen</b> .....	<b>39</b>
§ 6	Erkundigungspflichten .....	41
	1. Einleitung .....	41
	2. Kundenprofil .....	42
	2.1 Persönliche Situation.....	42
	2.2 Finanzielle Verhältnisse .....	43
	2.3 Kenntnisse und Erfahrungen .....	45
	3. Risikoprofil .....	47
	4. <i>Suitability</i> -Prüfung .....	49
	5. Grenzen der Erkundigungspflicht.....	51
	6. Zwischenfazit .....	57
§ 7	Identifizierungs- und Feststellungspflichten.....	59
	1. Einleitung .....	59
	2. Identifizierung der Vertragspartei .....	59
	2.1 Identifizierung bei persönlicher Vorsprache .....	59
	2.2 Identifizierung auf dem Korrespondenzweg .....	62
	3. Feststellung der wirtschaftlich Berechtigten an den Vermögenswerten.....	63
	4. Zwischenfazit .....	64
§ 8	Risikoorientierte Abklärungspflichten .....	65
	1. Einleitung .....	65
	2. Abklärung von Art und Zweck der Geschäftsbeziehung.....	65
	3. Weitergehende Abklärung von Hintergrund und Zweck einer Transaktion oder einer Geschäftsbeziehung.....	66
	4. Zur Risikoeinteilung beigezogene Informationen .....	66
	5. Zusätzliche Abklärungen bei erhöhten Risiken .....	67
	6. Zwischenfazit .....	68
§ 9	Dokumentationspflichten .....	70
	1. Einleitung .....	70
	2. Zivilrechtliche Dokumentationspflicht.....	70
	3. Aufsichtsrechtliche Dokumentation .....	72

---

4. Geldwäschereirechtliche Dokumentation .....	74
5. Zwischenfazit .....	77
<b>Dritter Teil: Vermittlung von Informationen .....</b>	<b>81</b>
§ 10 Rechenschaftsablegungspflichten.....	83
1. Einleitung .....	83
2. Inhalt der Rechenschaftsablegung .....	84
2.1 Pflicht zur Auskunft und Abrechnung.....	84
2.2 Umfang von Auskunft und Abrechnung .....	85
3. Grenzen der Rechenschaftsablegung .....	88
4. Zwischenfazit .....	89
§ 11 Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten .....	91
1. Bestand und Voraussetzungen.....	92
1.1 «Unbillige» Informationsasymmetrie.....	93
1.2 <i>Topoi</i> zur Begründung einer Aufklärungspflicht.....	94
a. Wesentliche Umstände .....	94
b. Besonderes Vertrauensverhältnis .....	95
c. Persönliche Verhältnisse .....	96
d. Nähere Umstände des Vertragsabschlusses.....	97
2. Inhalt der Aufklärung, Beratung und Warnung .....	97
2.1 Aufklärung und Beratung über unbekannte Tatsachen .....	98
a. Fähigkeiten und Eigenschaften der Bank .....	98
b. Einzelne Anlagemöglichkeiten.....	99
c. Mit Finanzdienstleistung verbundene Kosten und Risiken .....	100
2.2 Aufklärung über Interessen- und Pflichtenkollisionen .....	102
a. Drittvergütungen und Retrozessionen .....	104
b. Pflichtenkollisionen.....	105
2.3 Warnung vor Gefahren.....	106
a. Unzweckmässige Einzelweisungen des Kunden .....	106
b. Gefahr von erheblichen Verlusten .....	109
3. Zwischenfazit .....	110
<b>Vierter Teil: Weitergabe von Bankkundeninformationen.....</b>	<b>113</b>
§ 12 Voraussetzungen der Meldepflichten .....	115
1. Meldepflicht nach GwG .....	115
2. Meldepflichtige Konten nach FATCAG .....	119

2.1	Identifikation von <i>US</i> -Konten unter den vorbestehenden Individualkonten .....	120
a.	Konten mit geringem Wert.....	120
b.	Konten mit hohem Wert.....	121
2.2	Identifikation von <i>US</i> -Konten unter den neuen Individualkonten .....	122
3.	Meldepflichtige Konten nach AIAG .....	123
3.1	Identifikation von meldepflichtigen Konten unter den bestehenden Konten natürlicher Personen.....	124
a.	Konten mit geringem Wert.....	124
b.	Konten mit hohem Wert.....	126
3.2	Identifikation von meldepflichtigen Konten unter den Neukonten natürlicher Personen .....	127
4.	Zwischenfazit .....	129
§ 13	Umfang der Meldepflichten .....	131
1.	Meldepflicht bei begründetem Verdacht nach GwG .....	131
1.1	Kundenaufträge und Vermögenssperre .....	131
1.2	Herausgabepflicht von zusätzlichen Informationen .....	132
1.3	Internationaler Informationsaustausch .....	133
2.	Meldepflicht über identifizierte <i>US</i> -Kunden nach FATCAG .....	133
3.	Meldepflicht über identifizierte Konten nach AIAG .....	135
4.	Zwischenfazit .....	137
<b>Fünfter Teil: Banken im Spannungsfeld der Informationspflichten .....</b>		<b>143</b>
§ 14	Kollisionen der gesetzlichen Meldepflichten mit Wesensmerkmalen des Auftragsrechtes .....	145
1.	Vertrauensverhältnis.....	145
1.1	Kundenvertrauen in die Bank.....	145
a.	Vertrauen in die Integrität der Bank.....	146
b.	Vertrauen in die Wahrung der eigenen Interessen.....	146
1.2	Vertrauen bei Weitergabe von Bankkundeninformationen .....	147
a.	Weitergabe von Kundeninformationen im Rahmen des GwG.....	148
b.	Weitergabe von Kundeninformationen im Rahmen des FATCAG und des AIAG .....	150
2.	Treueverpflichtung und Interessenwahrung .....	152
2.1	Bedeutung .....	152
2.2	Diskretion und Geheimhaltung .....	153
a.	Allgemeine Voraussetzungen.....	153

b.	Diskretion und Geheimhaltung bei gesetzlichen Meldepflichten .....	155
2.3	Aufklärungspflichten.....	158
a.	Allgemeine Voraussetzungen.....	158
b.	Aufklärung im Rahmen der Meldepflicht nach GwG .....	160
(1)	Informationsverbot nach GwG.....	160
(2)	Informationsdefizit des Kunden .....	161
c.	Aufklärung im Rahmen der Meldepflicht nach FATCAG .....	163
(1)	Zustimmungserklärung nach FATCAG .....	163
(2)	Informationsdefizit des Kunden .....	164
d.	Aufklärung im Rahmen der Meldepflicht nach AIAG .....	166
(1)	Informationspflicht nach AIAG .....	166
(2)	Informationsdefizit des Kunden .....	167
3.	Zwischenfazit .....	169
§ 15	Vertragliche Ausgestaltung der Datenweitergabe .....	172
1.	Banktypische Vertragsklauseln und ihre Schranken.....	172
1.1	Einzelne banktypische Vertragsklauseln.....	172
a.	Klausel zur Mitwirkungsobliegenheit des Kunden.....	172
b.	Klausel zum Umgang mit Kundendaten.....	173
1.2	Schranken der vertraglichen Ausgestaltung .....	175
a.	Allgemeine vertragsrechtliche Gültigkeitsvoraussetzungen....	175
b.	AGB-Kontrolle.....	176
1.3	Zwischenfazit.....	178
2.	Massnahmen zum Schutz des Kundenvertrauens in die Bank.....	178
2.1	Offenlegung Eckwerte und Grössenordnung der Datenweitergabe .....	179
a.	Auflistung sämtlicher relevanter Meldepflichten .....	179
b.	Angaben zum Umfang der Bankkundeninformationen .....	180
2.2	Zwischenfazit.....	181
	<b>Sechster Teil: Schlussbetrachtung</b> .....	183
§ 16	Wichtigste Erkenntnisse .....	185
§ 17	Ausblick .....	193



---

# Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
aGwG	Geldwäschereigesetz vor Inkrafttreten der Änderungen des Geldwäschereigesetzes am 1. Januar 2010
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (AHV-Gesetz; SR 831.10)
AIA	automatischer Informationsaustausch
AIAG	Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen vom 18. Dezember 2015 (AIA-Gesetz; SR 653.1)
AIAV	Verordnung über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen vom 23. November 2016 (AIA-Verordnung; SR 653.11)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AML	Anti-Money Laundering
AmtlBull	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
Art.	Artikel
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz; SR 952.0)
BankV	Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 30. April 2014 (Bankenverordnung; SR 952.02)
BEHG	Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (Börsengesetz; SR 954.1)
BEHV	Verordnung über die Börsen und den Effektenhandel vom 2. Dezember 1996 (Börsenverordnung; SR 954.11)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtes (Lausanne)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (München)

BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BSK	Basler Kommentar
BStGer	Bundesstrafgericht
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Bundesverfassung; SR 101)
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
d. h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (Datenschutzgesetz; SR 235.1)
E	Entwurf
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
E-FIDLEG	Entwurf zum Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz; FIDLEG), BBl 2015, S. 8901 ff.
E-FINIG	Entwurf zum Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz; FINIG), BBl 2015, S. 8901 ff.
E-GwG	Entwurf zum Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG), BBl 2015, S. 4247 ff.
E.	Erwägung
EBK	Eidgenössische Bankenkommission
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
EFJD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
engl.	englisch
ESMA	European Securities and Markets Authority
ESTV	Eidgenössische Steuerverwaltung
et al.	et alii
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EU-DSGVO	Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung)

---

f.	folgende Seite, Randnote usw.
ff.	und folgende Seiten, Randnoten usw.
FATCA	Foreign Account Tax Compliance Act
FATCAG	Bundesgesetz über die Umsetzung des FATCA-Abkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten vom 27. September 2013 (FATCA-Gesetz; SR 672.933.6).
FATF	Financial Action Task Force (franz. <i>GAFI</i> )
FFI	Foreign Financial Institutions
FIDLEG	Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz)
FinfraG	Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 19. Juni 2015 (Finanzmarktinfrastukturgesetz; SR 958.1)
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMAG	Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (Finanzmarktaufsichtsgesetz; SR 956.1)
FINIG	Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz)
FN	Fussnote
franz.	französisch
GAFI	Groupe d'action financière (engl. <i>FATF</i> )
GesKR	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
GMS	Gemeinsamer Melde- und Sorgfaltsstandard der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) für Informationen über Finanzkonten
GwG	Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor vom 10. Oktober 1997 (Geldwäschereigesetz; SR 955.0)
GwV-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung vom 8. Dezember 2010 (Geldwäschereiverordnung-FINMA; SR 955.033.0)
Habil.	Habilitation
Hrsg.	Herausgeber
HSG	Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften sowie Internationale Beziehungen
insb.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit

IRS	Internal Revenue Service
KAG	Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (Kollektivanlagengesetz; SR 951.31)
KYC	Know your customer
lit.	litera (Buchstabe)
MGwV	Verordnung über die Meldestelle für Geldwäscherei vom 25. August 2004 (SR 955.23)
MiFID	Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Märkte für Finanzinstrumente vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABl. L 145 vom 30. April 2004, S. 1; zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/65/EU, ABl. L 173 vom 12. Juni 2014, S. 349 (Markets in Financial Instruments Directive)
MiFID II	Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU, ABl. L 173 vom 12. Juni 2014, S. 349; zuletzt geändert durch Verordnung (EU) Nr. 909/2014, ABl. L 257 vom 28. August 2014, S. 1 (Markets in Financial Instruments Directive II)
Mio.	Million
Mrd.	Milliarde
MROS	Meldestelle für Geldwäscherei (Money Laundering Reporting Office Switzerland)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Frankfurt am Main)
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer(n)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OFK	Orell Füssli-Kommentar
OR	Bundesgesetz über die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (Obligationenrecht; SR 220)
PEP	politisch exponierte Person(en)
QI-System	Qualified Intermediary System
RS	Rundschreiben
RL	Richtlinie(n)

---

Rz	Randziffer
s.	siehe
S.	Seite
SBT	Schweizerische Bankrechtstagung
SBVg	Schweizerische Bankiervereinigung
SDA	Schweizerische Depeschenagentur AG
SIF	Staatssekretariat für internationale Finanzfragen
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
ST	Schweizer Treuhänder / Treuhand-Kammer
SRF	Schweizer Radio und Fernsehen
SRO	Selbstregulierungsorganisation
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Strafgesetzbuch; SR 311.0)
StR	Ständerat
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarkt- recht
u.a.	unter anderem
UIDG	Bundesgesetz über die Unternehmens-Identifikationsnummer vom 18. Juni 2010 (UIDG; SR 431.03)
Unterabschn.	Unterabschnitt
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VR	Verhaltensregeln
VSB	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken vom 1. Juni 2015 (VSB 16)
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Frankfurt am Main)
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel vom 9. September 1998 (Wertpapierhandelsgesetz)
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (Köln)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBstG	Bundesgesetz zum Zinsbesteuerungsabkommen mit der Euro- päischen Gemeinschaft, vom 17. Dezember 2004 (Zinsbeste- uerungsgesetz; SR 641.91)

ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Zivilgesetzbuch; SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

---

# Literaturverzeichnis

## A

- ABEGG PHILIPP, Bankgeheimnis, in: Abegg Philipp/Geissbühler Alex/Haefeli Kurt/Hugenberg Eric, Schweizerisches Bankenrecht, Handbuch für Finanzfachleute, Zürich/Bern 2011, S. 368 ff. (zit. ABEGG, Bankenrecht).
- ABEGGLEN SANDRO, Schadenersatzansprüche des Kunden gegen den Vermögensverwalter – Beurteilung typischer Argumente, in: Isler Peter/Cerutti Romeo (Hrsg.), Vermögensverwaltung III, Zürich 2010, S. 33 ff. (zit. ABEGGLEN, Vermögensverwaltung III).
- «Point of Sale» – Aufklärung und Produkttransparenz – die Informationspflichten beim Anlagegeschäft der Banken, in: Isler Peter/Cerutti Romeo (Hrsg.), Vermögensverwaltung II, Zürich 2009, S. 61 ff. (zit. ABEGGLEN, Vermögensverwaltung II).
  - Der Verzicht auf Ablieferung von Retrozessionen – Einordnung und Anforderungen – Eine dogmatische Nachlese zu BGE 132 III 460 ff., in: recht 2007, S. 190 ff. (zit. ABEGGLEN, Retrozessionen).
  - Vermögensverwaltung durch die Bank – Konfliktrträgliche Bereiche und ihre Bewältigung, unter besonderer Berücksichtigung von Kunden-Direktorders, in: SZW 2001, S. 179 ff. (zit. ABEGGLEN, Konfliktrträgliche Bereiche).
  - Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft, Diss. Bern 1995 (zit. ABEGGLEN, Aufklärungspflichten).
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Die Dokumentationspflicht des Arztes, in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2016 – Dokumentations- und Aufklärungspflichten im Arzt Haftungsrecht, Beweiserleichterungen, Produkthaftung, Verjährung und gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Haftpflichtrecht, Zürich 2016, S. 13 ff. (zit. AEBI-MÜLLER, Arzt Haftungsrecht).
- ALTHAUS STÄMPFLI ANETTE, Kundendaten von Banken und Finanzdienstleistern, Datenschutz und Bankgeheimnis versus Offenlegungspflichten und Outsourcing, Zweite vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Bern 2009.
- ASSMANN HEINZ-DIETER/SETHE ROLF, Warn- und Hinweispflichten von Kreditinstituten gegenüber Kunden am Beispiel kundenschädigender Wertpapier- und Depotgeschäfte bankexterner Vermögensverwalter, in: Aderhold Lutz/Grundewald Barbara/Klingberg Dietgard/Paefgen Walter G. (Hrsg.), Festschrift Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, Köln 2008, S. 67 ff. (zit. ASSMANN/SETHE, Festschrift Westermann).
- AUBERT MAURICE/BÉGUIN PIERRE-ANDRÉ/BERNASCONI PAOLO/GRAZIANO-VON BURG JOHANNA/SCHWOB RENATE/TREUILLAUD RAPHAËL, Le secret bancaire suisse, Droit privé, pénal, administratif, fiscal, procédure, Entraide et conventions internationales, 3. Auflage, Bern 1995.
- AUBERT MAURICE/KERNEN JEAN-PHILIPPE/SCHÖNLE HERBERT, Das schweizerische Bankgeheimnis, Tragweite und Grenzen im schweizerischen Privat-, Straf-, Verwaltungs-

Steuer- und Prozessrecht, im Rahmen der internationalen Vereinbarungen und nach der Rechtsprechung der Vereinigten Staaten, Bern 1978.

*B*

BACHMANN GREGOR, § 241, in: Säcker Franz Jürgen/Rixecker Roland/Oetker Hartmut/Limberg Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil, §§ 241–432, 7. Auflage, München 2016 (zit. MünchKomm-BACHMANN).

BAISCH RAINER, Nudging: Information, Choice Architecture and Beyond, Theory and Applications in Financial Markets Law, in: Mathis Klaus/Tor Avshalom (Hrsg.), Nudging – Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics, Cham 2016, S. 217 ff. (zit. BAISCH, Nudging).

BAISCH RAINER/WEBER ROLF H., Product Governance, Analyse der MiFID-Vorgaben zur Zielmarktbestimmung, in: GesKR 2017, S. 404 ff. (zit. BAISCH/WEBER R., Product Governance).

- Investment Suitability Requirements in the Light of Behavioural Findings – Challenges for a Legal Framework Coping with Ambiguous Risk Perceptions, in: Mathis Klaus (Hrsg.), European Perspectives on Behavioural Law and Economics, Cham 2015, S. 159 ff. (zit. BAISCH/WEBER R., Behavioural Law).

BAHAR RASHID/STUPP ERIC, Art. 11 BEHG, in: Watter Rolf/Vogt Nedim Peter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Auflage, Basel 2011 (zit. BSK-BAHAR/STUPP, Art. 11 BEHG).

BALZER PETER, Umsetzung von MiFID – ein neuer Rechtsrahmen für die Anlageberatung, in: ZBB 2007, S. 333 ff.

BÄRTSCHI HARALD/HISCHI YANNICK, Vertrauen im Kapitalmarkt, in: SZW 2017, S. 771 ff.

BEAN BRUCE W./WRIGHT ABBEY L., The U.S. Foreign Account Tax Compliance Act: American Legal Imperialism?, in: Faculty Publications, Michigan State University College of Law 2015, S. 334 ff.

BERGER BERNHARD, Outsourcing vs. Geheimnisschutz im Bankgeschäft, in: recht 2000, S. 182 ff.

BERTSCHINGER URS, Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung und Verwaltungsaufträgen, Diss. St. Gallen 1991.

BOHRER ANDREAS, Finanzmarkt-Enforcement 3.0, Ansätze für ein gesamtheitliches System der Normdurchsetzung, in: GesKR 2014, S. 318 ff.

BRÄNDLI BEAT, § 2 Internationale Standards, § 29 Regulierung von Financial Benchmarks, in: Sester Peter/Brändli Beat/Bartholet Oliver/Schiltknecht Reto (Hrsg.), St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, Zürich/St. Gallen 2017, S. 27 ff. und S. 1221 ff. (zit. BRÄNDLI, SGHB Finanzmarktrecht).

- BREIDENBACH STEPHAN, Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsabschluss, Diss. München 1984.
- BRETTON-CHEVALLIER CLAUDE, Haftung der Bank gegenüber ihrem Kunden und externe Vermögensverwaltung, in: SZW 2003, S. 254 ff. (zit. BRETTON-CHEVALLIER, Haftung).
- Le gérant de fortune indépendant, Rapports avec le client, la banque dépositaire, obligations et responsabilités, Zürich/Genf/Basel 2002 (zit. BRETTON-CHEVALLIER, Gérant).
- BRUNETTI Aymo, Volkswirtschaftslehre, Eine Einführung für die Schweiz, 4. Auflage, Bern 2017.
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR AT).
- Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR BT).
- BÜHLER CHRISTOPH B., «Suitability & Appropriateness»: Was ist wirklich neu?, in: GesKR 2016, S. 1 ff. (zit. BÜHLER, Suitability).
- Gewährsartikel: Regulierung der FINMA an der Grenze von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, in: SJZ 2014, S. 25 ff. (zit. BÜHLER, Gewährsartikel).
- BÜHLER ROLAND, Art. 400 OR, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Marc Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli-Kommentar, 3. Auflage 2016, S. 1104 ff. (zit. OFK-BÜHLER R., Art. 400 OR)
- BURG BENEDICT, Kundenschutz bei externer Vermögensverwaltung: Geltendes Recht, Schwachstellen und Handlungsbedarf, Diss. Zürich 2013.
- C*
- CANARIS CLAUS-WILHELM, Bankvertragsrecht, 3. Auflage, Berlin 1988.
- CERUTTI ROMEO, Rechtliche Aspekte der Vermögensverwaltung im Schweizer Universalbankensystem – Ein Überblick, in: ZSR 2008, S. 69 ff.
- CONTI CHRISTIAN, Die Pflichten des Patienten im Behandlungsvertrag, Diss. Bern 2000.
- D*
- DE BOTH JEAN-YVES, La saga des rétrocessions, in: Foëx Bénédict/Hirsch Laurent (Hrsg.), Transparence et secret dans l'ordre juridique, Liber Amicorum pour Me Vincent Jeanneret, Genf 2010, S. 119 ff. (zit. DE BOTH, Transparence et secret).
- DE CAPITANI WERNER, § 8 Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 10. Oktober 1997, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, Zürich 2002, S. 519 ff. (zit. DE CAPITANI, Kommentar Geldwäscherei).
- DERENDINGER PETER, Die Nicht- und die nicht richtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 2. Auflage, Diss. Freiburg 1990.

DONATSCH ANDREAS/HEIMGARTNER STEFAN/MEYER FRANK/SIMONEK MADELEINE, *Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht*, 2. Auflage, Zürich 2015.

DRUEY JEAN NICOLAS, *Information als Gegenstand des Rechts: Entwurf einer Grundlegung*, Zürich 1995.

DUARTE LUDOVIC, § 31 Sorgfaltspflichten für Finanzintermediäre und Händler, in: Sester Peter/Brändli Beat/Bartholet Oliver/Schiltknecht Reto (Hrsg.), *St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen*, Zürich/St. Gallen 2017, S. 1267 ff. (zit. DUARTE, SGHB Finanzmarktrecht).

## *E*

EDELMAN TRUST BAROMETER, *Financial Services Results 2017*, Q45-429, publiziert am 21. März 2017, gefunden am 12. März unter <https://www.slideshare.net/EdelmanInsights/2017-edelman-trust-barometer-financial-services-results> (zit. EDELMAN TRUST BAROMETER, *Financial Services Results 2017*).

EGGEN MIRJAM, § 29 Interessenwahrungspflicht und Vermeidung von Interessenkonflikten, in: Schäfer Frank A./Sethe Rolf/Lang Volker et al. (Hrsg.), *Handbuch der Vermögensverwaltung, in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Liechtenstein*, 2. Auflage, München/Wien/Basel 2016, S. 663 ff. (zit. EGGEN, *Vermögensverwaltungshandbuch*).

– Finanzprodukte – Auftrag oder Kauf, in: SZW 2011, S. 625 ff. (zit. EGGEN, *Finanzprodukte*).

EGGEN MIRJAM/DÖBELI THIRZA, *Zivilrechtliche Anforderungen an die Self-Certification*, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), *Automatischer Informationsaustausch*, Schweizerische Bankrechtstagung, Basel 2016, S. 67 ff. (zit. EGGEN/DÖBELI, SBT 2016).

EGGER AUGUST, Art. 1–89 ZGB, *Personenrecht*, in: Egger August/Escher Arnold/Haab Robert/Oser Hugo (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I: Einleitung und Personenrecht*, 2. Auflage, Zürich 1930 (zit. ZK-EGGER A., Art. 1–89 ZGB).

EGGER TANNER CHRISTINE, *Die strafrechtliche Erfassung der Geldwäscherei, Ein Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland*, Diss. Zürich 1999.

ELLENBERGER JÜRGEN, §13 Mitteilungs- und Rechnungslegungspflichten, in: Schäfer Frank A./Sethe Rolf/Lang Volker et al. (Hrsg.), *Handbuch der Vermögensverwaltung, in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Liechtenstein*, 2. Auflage, München/Wien/Basel 2016, S. 346 ff. (zit. ELLENBERGER, *Vermögensverwaltungshandbuch*).

EMCH URS/RENZ HUGO/ARPAGAUS RETO (Hrsg.), *Das Schweizerische Bankgeschäft*, 7. Auflage, Zürich 2011 (zit. EMCH/RENZ/ARPAGAUS, *Bankgeschäft VII*).

EMCH URS/RENZ HUGO/ARPAGAUS RETO (Hrsg.), *Das Schweizerische Bankgeschäft*, 6. Auflage, Zürich 2004 (zit. EMCH/RENZ/ARPAGAUS, *Bankgeschäft VI*).

- EMMENEGGER SUSAN, Fidleg als Carte blanche für spekulative Anlageberatung, in: NZZ Online, vom 7. September 2017 (zit. EMMENEGGER, NZZ).
- Die Informationspflichten der Bank bei Anlagegeschäften: Tout devient du droit public?, in: Kunz Peter V./Herren Dorothea/Cottier Thomas/Matteotti René (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, S. 643 ff. (zit. EMMENEGGER, Festschrift von Büren).
- EMMENEGGER SUSAN/DÖBELI THIRZA, Kundenvertrauen in Banken, in: SZW 2017, S. 752 ff.
- EMMENEGGER SUSAN/GOOD RAHEL, Aktuelle Fragen des Bankrechts, in: Furrer Andreas, Aktuelle Anwaltspraxis 2013, Bern 2013, S. 943 ff. (zit. EMMENEGGER/GOOD, Anwaltspraxis).
- EMMENEGGER SUSAN/ZBINDEN ANDREA, Die Standards zur Aufhebung des Bankgeheimnisses, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Cross-Border Banking, Schweizerische Bankrechtstagung, Basel 2009, S. 193 ff. (zit. EMMENEGGER/ZBINDEN, SBT 2009).
- ERNST & YOUNG, Customer trust: without it, you're just another bank, Part of a series of articles exploring key themes from EY's Global Consumer Banking Survey, 2016, gefunden am 21. Dezember 2017 unter <http://www.ey.com/gl/en/industries/financial-services/banking---capital-markets/ey-trust-without-it-youre-just-another-bank> (zit. EY, Customer trust).
- ERNST & YOUNG, EY Global Consumer Banking Survey 2016, Welche Bedeutung und Relevanz haben Banken für ihre Kunden noch? Oktober 2016, gefunden am 21. Dezember 2017 unter [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-global-consumer-banking-survey-2016-presentation-in-german/\\$FILE/ey-global-consumer-banking-survey-2016-presentation-in-german.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-global-consumer-banking-survey-2016-presentation-in-german/$FILE/ey-global-consumer-banking-survey-2016-presentation-in-german.pdf) (zit. EY, Banking Survey Schweiz).
- ERNST & YOUNG, EY Global Consumer Banking Survey 2016, Welche Bedeutung und Relevanz haben Banken für ihre Kunden noch? Pressegespräch, Frankfurt, 17. Oktober 2016, gefunden am 21. Dezember 2017 unter [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-global-consumer-banking-survey-2016-pressegesprach/\\$FILE/ey-global-consumer-banking-survey-2016-pressegesprach.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-global-consumer-banking-survey-2016-pressegesprach/$FILE/ey-global-consumer-banking-survey-2016-pressegesprach.pdf) (zit. EY, Banking Survey Deutschland).
- F*
- FELLMANN WALTER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Band VI, Obligationenrecht, 2. Abteilung, die einzelnen Vertragsverhältnisse, Teilband IV, Bern 1992 (zit. BK-FELLMANN, Art. 394–406 OR).
- FISCHBACH OSKAR, Treuhänder und Treuhandgeschäfte: nebst Beiträgen zur Lehre vom Eigentum von der Stellvertretung und vom Auftrag, Mannheim/Leipzig 1912.
- FORSTMOSER PETER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Schweiz – eine Standortbestimmung, in: Bühler Theodor, Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Beiträge zur aktuellen Situation, Zürich 1982, S. 25 ff. (zit. FORSTMOSER, Allgemeine Geschäftsbedingungen).

FUCHS ANDREAS, Kommentar zum Wertpapierhandelsgesetz (WpHG), München 2009 (FUCHS A., WpHG).

FUCHS STEFAN, Die Steuergeldwäscherei im Schweizer Recht, Darstellung und Würdigung des Bundesgesetzes zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der GAFI/FATF im Steuerbereich, Diss. St. Gallen 2017 (zit. FUCHS S., Steuergeldwäscherei).

FURRER ANDREAS/WEY RAINER, Art. 97–109 OR, in: Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen (Art. 1–183 OR), 3. Auflage, Zürich 2015 (zit. CHK-FURRER/WEY, Art. 97–109 OR).

## G

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, bearbeitet von Jörg Schmid, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID).

GAUTSCHI GEORG, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, in: Meier-Hayoz Arthur, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Teilband IV, Bern 1971 (zit. BK-GAUTSCHI, Art. 394–406 OR).

GEHRER CORDEY CAROLE/GIGER GION, Art. 400 OR, in: Huguenin Claire/Müller-Chen Markus (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft (Art. 319–529 OR), 3. Auflage, Zürich 2016 (zit. CHK-GEHRER/GIGER, Art. 400 OR).

GERVAIS ARTHUR, Vorteile und Probleme von Blockchains, in: *digma* 2017, S. 128 ff.

GIGER HANS, Grundsätzliches zum Einbezug Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag, in: Bühler Theodor, Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Beiträge zur aktuellen Situation, Zürich 1982, S. 59 ff. (zit. GIGER, Allgemeine Geschäftsbedingungen).

GIOVANNOPOULOS RIGAS, Die Harmonisierung des privatrechtlichen Bankgeheimnisses im europäischen Wirtschaftsverkehr: Eine rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, englischen, französischen und griechischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Europäischen Datenschutzrichtlinie, der EG-Grundfreiheiten und der Gemeinschaftsgrundrechte, Diss. Frankfurt 1999.

GÖTZ KLAUS (Hrsg.), Vertrauen in Organisationen, Managementkonzepte, Band 30, München und Mering 2006.

GRABER CHRISTOPH K., in: Graber Christoph K./Oberholzer Dominik, Das neue GwG, Gesetzesausgabe mit englischer Übersetzung, Ausführungserlassen und Anmerkungen, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. GRABER, Das neue GwG).

GRATWOHL NATALIE, «Das Kapitel nach dem Bankgeheimnis», in: *NZZ Online* vom 27. Dezember 2017.

GRUNDMANN STEFAN, §§ 244–248, in: Säcker Franz Jürgen/Rixecker Roland/Oetker Hartmut/Limberg Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II: Schuldrecht – Allgemeiner Teil, §§ 241–432, 7. Auflage, München 2016 (zit. MünchKomm-GRUNDMANN).

GUGGENHEIM DANIEL, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, 3. neu bearbeitete und erweiterte Auflage des 1980 und 1982 in französischer Sprache erschienenen Werkes «Les contrats de la pratique bancaire suisse», Zürich 1986.

GUTZWILLER P. CHRISTOPH, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zürich 2008 (zit. GUTZWILLER, Rechtsfragen).

- Der Beweis der Verletzung von Sorgfaltspflichten, insbesondere der Aufklärungspflicht, im Anlagegeschäft der Banken, in: AJP 2004, S. 411 ff. (zit. GUTZWILLER, Beweis).
- Unsorgfältige Vermögensverwaltung, Beweislast, Haftungsausschluss und Schadensberechnung, in: AJP 2000, S. 57 ff. (zit. GUTZWILLER, Beweislast).
- Der Vermögensverwaltungsvertrag, Diss. Zürich 1989 (zit. GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag).

## H

HACKER PHILIPP, Verhaltensökonomik und Normativität – Die Grenzen des Informationsmodells im Privatrecht und seine Alternativen, Diss. Tübingen 2017

HEESE MICHAEL, Beratungspflichten, Eine rechtswissenschaftliche Abhandlung zur Dogmatik der Beratungspflichten und zur Haftung des Ratgebers im Zivil- und Wirtschaftsrecht, Habil. Freiburg 2015.

HEIDEN MICHAEL, Banken als Erfüllungsgehilfen staatlicher Politik: Auswirkungen und Reaktionen, Wiesbaden 2013.

HEIM KATHRIN, VSB 2016, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 3. Auflage, Zürich 2016.

HEIM KATHRIN/PFIFNER ANDREA, Gesetzliche und regulatorische Übersicht, in: Heim Kathrin (Hrsg.), Suitability & Appropriateness – Gesetzliche und regulatorische Übersicht für Bankfachleute und Juristen, Zürich 2012, S. 61 ff. (zit. HEIM/PFIFNER, Suitability & Appropriateness).

HEINE GÜNTER, E-Banking und Strafrecht, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), E-Banking, Die einzelnen Rechtsgeschäfte, Berner Bankrechtstag, Bern 2003, S. 109 ff. (zit. HEINE, E-Banking).

HERRLER HANS, Mitwirkung der Banken bei der Besteuerung von Bankkunden, Diss. Erlangen-Nürnberg 1983.

HETTICH PETER, Kapitel 20 Handlungsformen, in: Biaggini Giovanni/Häner Isabelle/Saxer Urs/Schott Markus (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 823 ff. (zit. HETTICH, Fachhandbuch Verwaltungsrecht).

HITZ TAMARA, Banken im Spannungsfeld zwischen Informationen sammeln und herausgeben, Masterarbeit St. Gallen 2015.

HOFSTETTER JOSEF, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, Band VII, Teilband VI, Basel 2000, S. 1 ff. (zit. HOFSTETTER, SPR VII/6).

- Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Vischer Frank (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, Band VII, Teilband II, Basel und Stuttgart 1979, S. 1 ff. (zit. HOFSTETTER, SPR VII/2).

HOPT KLAUS J., Rechtsprobleme der Vermögensverwaltung und der Anlageberatung der Schweizer Banken, in: von Graffenried Rudolf (Hrsg.), Beiträge zum schweizerischen Bankrecht, Bern 1987, S. 135 ff. (zit. HOPT, Bankrecht).

- Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken: gesellschafts-, bank- und börsenrechtliche Anforderungen an das Beratungs- und Verwaltungsverhalten der Kreditinstitute, Habil. München 1973 (zit. HOPT, Kapitalanlegerschutz).

HORN NORBERT, Die Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken, in: ZBB 1997, S. 139 ff.

HSU PETER CH./STUPP ERIC, Retrozessionen sind grundsätzlich dem Kunden abzuliefern – Besprechung des Urteils des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.432/2005 vom 22. März 2006, in: GesKR 2006, S. 202 ff.

HUGGENBERGER ERIC, Die typischen Verträge der Banken, in: Abegg Philipp/Geissbühler Alex/Haefeli Kurt/Huggenberger Eric, Schweizerisches Bankenrecht, Handbuch für Finanzfachleute, Zürich/Bern 2011, S. 368 ff. (zit. HUGGENBERGER, Bankenrecht).

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich 2014 (zit. HUGUENIN, OR AT/BT II).

HUGUENIN CLAIRE/MAISSEN EVA, Bedingungsänderungsklauseln, in: Fuhrer Stephan/Weber Stephan (Hrsg.), Allgemeine Versicherungsbedingungen, Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts? Beiträge zur Tagung vom 28. Oktober 2010, Zürich 2011, S. 97 ff. (zit. HUGUENIN/MAISSEN, Versicherungsbedingungen).

HUNZIKER SILVIA, Das Principal-Agent-Problem im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Zürich 2006.

## *J*

JANSSEN MARTIN, Finanzmarkt-Theorie nach dem Börsen-Crash, in: Zürcher Kantonalbank, Strategie und Zufall an der Börse, September 1988, S. 111 ff. (zit. JANSSEN, Börse).

JENTSCH VALENTIN/VON DER CRONE HANS CASPAR, Informationspflichten der Bank bei der Vermögensverwaltung: Kundenprofil und Risikoaufklärung, Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts 4A\_140/2011 vom 27. Juni 2011, in: SZW 2011, S. 639 ff.

JÖRG FLORIAN S./ARTER OLIVER, Herausgabe- und Rechenschaftspflicht des unabhängigen Vermögensverwalters, in: ST 4/2004, S. 297 ff.

## K

KILGUS SABINE, § 30 Konzept, Aufsicht und internationale Entwicklungen, in: Sester Peter/Brändli Beat/Bartholet Oliver/Schiltknecht Reto (Hrsg.), St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, Zürich/St. Gallen 2017, S. 1244 ff. (zit. KILGUS, SGHB Finanzmarktrecht).

KILLIAS MARTIN, Warum bekämpft man Geldwäscherei? Elf Gedankensplitter, in: Jusletter, vom 23. Februar 2015.

KOBLER EVELINE, «Adieu Bankgeheimnis – 5 Fragen und 5 Antworten zum automatischen Informationsaustausch», in: SRF Online vom 28. Dezember 2016.

KOLLER MARTIN, Bankgeheimnis und Datenschutz im Bankkonzern, Publikation der Swiss Banking School, Bern 1997 (zit. KOLLER M., Bankgeheimnis).

KOLLER THOMAS, Strafsteuern, Bussen und Geldstrafen als privatrechtlich nicht ersatzfähiger Schaden – ein weiteres Beispiel für die enge Verzahnung zweier rechtlicher Subsysteme (Besprechung von BGE 134 III 59), in: AJP 2008, S. 1295 ff. (zit. KOLLER T., Strafsteuern).

– Steuern und Steuerbussen als privatrechtlich relevanter Schaden, in: ZSR 1994, S. 183 ff. (zit. KOLLER T., Steuerbussen).

KOOT CHRISTIAN, Kundenloyalität, Kundenbindung und Kundenbindungspotential: Modellgenese und empirische Überprüfung im Retail-Banking, Diss. München 2005.

KRAMER ERNST A., Allgemeine Bestimmungen, Inhalt des Vertrages, Art. 19–22 OR, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband Ia, in: Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht, Bern 1991 (zit. BK-KRAMER, Art. 19–22 OR).

KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, in: Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Teilband I, Bern 1986, (zit. BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Allgemeine Einleitung OR).

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Art. 380–529, in: Gauch Peter/Aeppli Viktor/Stöckli Hubert (Hrsg.), Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875–2015), 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. Präjudizienbuch OR-KRAUSKOPF, Art. 400 OR).

KÜNZI PEDITTO EVA, § 26 Exploration, in: Schäfer Frank A./Sethe Rolf/Lang Volker et al. (Hrsg.), Handbuch der Vermögensverwaltung, in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Liechtenstein, 2. Auflage, München/Wien/Basel 2016, S. 615 ff. (zit. KÜNZI PEDITTO, Vermögensverwaltungshandbuch).

KÜNZLE PATRICIA, Die aktuelle Frage: «Werden der Meldestelle für Geldwäscherei bei der Teilrevision des Geldwäschereigesetzes zu weitgehende Kompetenzen eingeräumt?», in: ST 8/2013, S. 529 ff.

*L*

- LANG VOLKER, § 7 Exploration, in: Schäfer Frank A./Sethe Rolf/Lang Volker et al. (Hrsg.), Handbuch der Vermögensverwaltung, in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Liechtenstein, 2. Auflage, Düsseldorf/Zürich/Bonn 2016, S. 249 ff. (zit. LANG, Vermögensverwaltungshandbuch).
- LÄNZLINGER ANDREAS/HUBER ROMAN, Finanzkriminalität, Wie intern sind interne Untersuchungsberichte?, in: Handelszeitung Nr. 16, vom 20. April 2017, S. 21 (zit. LÄNZLINGER/HUBER, Handelszeitung).
- LOMBARDINI CARLO, Droit et pratique de la gestion de fortune, 3. Auflage, Basel 2003.
- LOMBARDINI CARLO/MACALUSO ALAIN, Rétrocessions et rétributions dans le domaine bancaire: une nécessaire mise en perspective, in: AJP 2008, S. 180 ff.
- LEHMANN MATTHIAS, Grundriss des Bank- und Kapitalmarkrechts, Heidelberg 2016.
- LUCHSINGER ROLAND J., Art. 9 GwG, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar (SHK), Geldwäschereigesetz (GwG), Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, Bern 2017 (zit. SHK-LUCHSINGER).
- LUHMANN NIKLAS, Vertrauen: ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 4. Auflage, Stuttgart 2000.

*M*

- MARGIOTTA ADRIANO, Das Bankgeheimnis – Rechtliche Schranke eines bankkonzerninternen Informationsflusses?, Diss. St. Gallen 2002.
- MARTINEK MICHAEL/OMLOR SEBASTIAN, Recht der Schuldverhältnisse, § 662–675b, Auftrag und Geschäftsbesorgung, in: von Staudinger Julius, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Neubearbeitung 2017, Berlin 2017 (zit. Staudinger BGB-MARTINEK/OMLOR).
- MATTEOTTI RENÉ, Verfassungskonformität des automatischen Informationsaustauschs, Kurzgutachten im Auftrag des Staatssekretariats für Internationale Finanzfragen vom 13. August 2015, Redaktionell überarbeitete Fassung vom 2. September 2015, Zürich, gefunden am 5. September 2015 unter <https://biblio.parlament.ch/e-docs/383331.pdf>.
- MAYER ROGER C./DAVIS JAMES H. /SCHOORMAN F. DAVID, An Integrative Model of Organizational Trust, in: Academy of Management Review 3/1995, S. 709 ff.
- MERZ HANS, Einleitung §§ 1–3, (Entstehung, allgemeine Charakterisierung), Die Obligation §§ 4–20, in: von Greyerz Christoph/Gutzwiller Max/Hinderling Hans/Meier-Hayoz Arthur/Merz Hans/Piotet Paul/Secrétan Roger/von Steiger Werner/Vischer Frank (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band VI, Teilband I, Basel und Frankfurt 1984, S. 1 ff. und S. 47 ff. (zit. MERZ, SPR VI/I).
- Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Universitätsverlag Freiburg Schweiz (Hrsg.), Festgabe für Wilhelm Schönenberger, zum 70. Ge-

burtstag am 21. September 1968, Freiburg 1968, S. 137 ff. (zit. MERZ, Festgabe Schönenberger).

- Art. 2 ZGB, in: Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Band I, Einleitung, Artikel 1–10 ZGB, Bern 1962 (zit. BK-MERZ, Art. 2 ZGB).

MONSCH MARTIN/VON DER CRONE HANS CASPAR, Verfassungsrechtliche Erwägungen zu Informationsverboten der Finanzmarktaufsicht – Bemerkungen zum Bundesgerichts-urteil 2C\_1058/2014 vom 28. August 2015, in: SZW 2015, S. 651 ff.

MOSER MARTIN/BERGER BERNHARD, Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft – zur Haftungsgrundlage und zu den Grenzen von Aufklärungspflichten, Zugleich eine Besprechung des BGE 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998, in: AJP 1999, S. 541 ff.

MÜLLER SEBASTIAN, Wahrung berechtigter Interessen in Banken-AGB, in: AJP 2015, S. 1538 ff.

## N

NOBEL PETER, Entwicklungen im Bank- und Kapitalmarktrecht, in: SJZ 2015, S. 11 ff. (zit. NOBEL, Entwicklungen 2015).

- Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Auflage, Bern 2010 (zit. NOBEL, Finanzmarktrecht III).
- Schweizerisches Finanzmarktrecht: Einführung und Überblick, 2. Auflage, Bern 2004 (zit. NOBEL, Finanzmarktrecht II).

NOBEL PETER/BRÄNDLI BEAT, Bank Secrecy in Financial Centres Around the World, Switzerland, in: Booyesen Sandra/Neo Dora (Hrsg.), Can Banks Still Keep a Secret?, Bank Secrecy in Financial Centres Around the World, Cambridge 2017, S. 308 ff. (zit. NOBEL/BRÄNDLI, Bank Secrecy).

## O

OLZEN DIRK, § 241 und § 241a, Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zum Schuldrecht, in: von Staudinger Julius, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse (§§ 241–243), Neubearbeitung 2015, Berlin 2015 (zit. Staudinger BGB-OLZEN).

ORDOLLI STILIANO, Le Bureau de communication en matière de blanchiment d’argent: évolution récente et perspectives, in: Augsburger-Bucheli Isabelle, Blanchiment d’argent: actualité et perspectives suisses et internationales, Zürich 2014, S. 45 ff. (zit. ORDOLLI, Blanchiment d’argent).

## P

PACHMANN THILO/VON DER CRONE HANS CASPAR, Unabhängige Vermögensverwaltung, Aufklärung, Sorgfalt und Schadenersatzberechnung, Unveröffentlichtes Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.18/2004 vom 3. Dezember 2004, in: SZW 2005, S. 146 ff.

POLYNOMICS AG, Banken und Versicherungen in der Schweiz Analyse der volkswirtschaftlichen Bedeutung des Finanzsektors, Studie im Auftrag der Schweizerischen

Bankiervereinigung SBVg und des Schweizerischen Versicherungsverbands SVV, 29. November 2017, gefunden am 28. Dezember 2018 unter [https://bankenbasel.ch/wp-content/uploads/2018/01/bbv\\_analyse\\_finanzsektor\\_d.pdf](https://bankenbasel.ch/wp-content/uploads/2018/01/bbv_analyse_finanzsektor_d.pdf) (zit. POLYNOMICS, Banken und Versicherungen in der Schweiz).

PROJER KASPAR/CASPAR VON DER CRONE HANS, Kundensegmentierung in der Anlageberatung, in: SZW 2015, S. 156 ff.

## Q

QUELOZ NICOLAS/BOLLER BORIS/HAAG FABRICE, Dispositifs de contrôle du blanchiment d'argent, Analyse compréhensive et évaluative du dispositif suisse et premiers éléments de comparaison avec le dispositif canadien, Résumé de la thématique et des principaux résultats de la recherche, Université de Fribourg, Juli 2006, gefunden am 11. November 2017 unter <http://www.unifr.ch/sdp/Chaire2/recherche/Rapport%20de%20recherche%20resume.pdf>.

## R

RAPPO AURÉLIA JOYCE, Le secret bancaire: sa portée dans le temps, dans l'espace et dans les groupes de sociétés, Diss. Lausanne 2000.

REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Der Arbeitsvertrag, Art. 331–355 OR, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Bern 2014 (zit. BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 340 OR).

REICHART PETER/MEYER RICHARD, Klagen gegen Finanzdienstleister im FIDLEG-Entwurf – eine kritische Würdigung, in: SZW 2016, S. 390 ff.

REINLE MICHAEL, Die Meldepflicht im Geldwäschereigesetz, Die Banken im Spannungsfeld zwischen Geldwäschereibekämpfung und Vertrauensverhältnis zum Bankkunden, Diss. St. Gallen 2007.

RIPPERGER TANJA, Ökonomik des Vertrauens, Diss. München 1997.

RITZMANN FRANZ, Die Schweizer Banken, Geschichte, Theorie, Statistik, Habil. Zürich 1973.

ROBERTO VITO, Informationspflichten der Bank bei «Datenleaks», in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Schweizerische Bankrechtstagung, Basel 2017, S. 105 ff. (zit. ROBERTO, SBT 2017).

- Entschädigungsmodelle überdenken, in: NZZ Online, vom 29. Oktober 2013 (zit. ROBERTO, NZZ).
- Die Haftung des Vermögensverwalters und Anlageberaters, in: Bernasconi Paolo/Chopard René (Hrsg.), Rechtliche Verantwortlichkeiten bei der Vermögensverwaltung, Bellinzona 2001, S. 37 ff. (zit. ROBERTO, Verantwortlichkeiten).
- Die auftragsrechtliche Herausgabepflicht des «Erlangten», in: ZSR 2009, S. 15 ff. (zit. ROBERTO, Herausgabepflicht).

ROHNER TOBIAS F./KELLER REBEKKA, Rückwirkung bei der internationalen Amtshilfe in Steuersachen, in: ST 9/2014, S. 808 ff.

- ROTH DANIEL, Gesetzgebungsprojekte: FIDLEG, FINIG und Finfrag, in: SZW 2014, S. 609 ff. (zit. ROTH D., Gesetzgebungsprojekte).
- ROTH HERMANN M., Der Trust in seinem Entwicklungsgang vom Feoffee to Uses zur amerikanischen Trust Company: ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte des Treuhänder-Instituts im englisch-amerikanischen Recht mit vergleichenden Hinweisen auf deutsches und römisches Recht, Marburg 1928 (zit. ROTH H., Trust).
- ROTH MONIKA, Die Spielregeln des Private Banking in der Schweiz, Rechtliche Regelungen, Standes- und Verhaltensregeln für Banken bei Anlageberatung und Vermögensverwaltung, 4. Auflage, Zürich 2016 (zit. ROTH M., Spielregeln).
- Das Dreiecksverhältnis Kunde – Bank – Vermögensverwalter: Treue- und Sorgfaltspflichten unter besonderer Berücksichtigung von Retrozessionen, Finder's Fees und andern Vorteilen, auch im Verhältnis Kunde-Bank, 2. Auflage, Zürich 2013. (zit. ROTH M., Dreiecksverhältnis).
- ROTH URS P., Aufklärungspflichten im Vermögensanlagegeschäft der Banken, in: Gehrig Bruno/Schwander Ivo (Hrsg.), Banken und Bankrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner, 1993, S. 1 ff. (zit. ROTH U., Festschrift Kleiner).
- RÜMKER DIETRICH, Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute aus der Sicht der Praxis, in: Hadding Walter/Hopt Klaus J./Schimansky Herbert (Hrsg.), Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute – Der moderne Schuldturn, Berlin 1993, S. 29 ff. (zit. RÜMKER, Aufklärungs- und Beratungspflichten).
- Haftung bei dem Erwerb und der Finanzierung von Vermögensanlagen, in: Köndgen Johannes (Hrsg.), Neue Entwicklungen im Bankhaftungsrecht, Köln 1987, S. 71 ff. (zit. RÜMKER, Bankhaftungsrecht).
- S
- SCHALLER JEAN-MARC, Bank-AGB, in: Jusletter, vom 30. Mai 2016 (zit. SCHALLER, Bank-AGB).
- Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts, Grundlagen – Haftung – Zivilprozess – Aufsicht – Strafrecht, Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. SCHALLER, Handbuch).
  - Der perfekte Vermögensverwaltungsvertrag, in: AJP 2012, S. 56 ff. (zit. SCHALLER, Vermögensverwaltungsvertrag).
  - Pflichten des Vermögensverwalters nach Beendigung des Mandats, in: SZW 2010, S. 285 ff. (zit. SCHALLER, Beendigung).
- SCHÄFER FRANK A., § 10 Interessenwahrungspflicht und Vermeidung von Interessenkonflikten, in: Schäfer Frank A./Sethe Rolf/Lang Volker et al. (Hrsg.), Handbuch der Vermögensverwaltung, in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Liechtenstein, 2. Auflage, Düsseldorf/Zürich/Bonn 2016, S. 308 ff. (zit. SCHÄFER, Vermögensverwaltungshandbuch).
- SCHÄFER FRANK A./LANG VOLKER, Wider die Kriminalisierung der Banken, in: BKR 2011, S. 279 ff.
- SCHÄR JÜRIG, § 18 Aufsichtsrechtliche Herausforderungen im Zusammenhang mit Fin-Tech, in: Sester Peter/Brändli Beat/Bartholet Oliver/Schiltknecht Reto (Hrsg.),

- St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, Zürich/St. Gallen 2017, S. 690 ff. (zit. SCHÄR, SGHB Finanzmarktrecht).
- SCHENKER URS, Die rechtliche Position des Kunden, in: Heim Kathrin (Hrsg.), Suitability & Appropriateness – Gesetzliche und regulatorische Übersicht für Bankfachleute und Juristen, Zürich 2012, S. 3 ff. (zit. SCHENKER, Suitability & Appropriateness).
- SCHILLER BETTINA, Full Financial Services – Erweiterung des Leistungsangebotes der Kreditinstitute mit risikopolitischen und rechtlichen Konsequenzen?, in: Gerke Wolfgang (Hrsg.), Bankkrisen und Bankrecht: Fritz Philipp zum 60. Geburtstag, Wiesbaden 1988, S. 127 ff. (zit. SCHILLER, Bankkrisen).
- SCHMID DOMINIK, Rechtliche Grundlagen der Vermögensverwaltung, Eine Untersuchung zur Bedeutung der Begriffe «Verwaltung» und «Vermögen» im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 2011.
- SCHÖCHLI HANSUELI, «Die Angst der Steuersünder», in: NZZ Online vom 10. Januar 2018 (zit. SCHÖCHLI, NZZ).
- SCHÖNENBERGER WILHELM/JÄGGI PETER (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Allgemeine Einleitung, einschl. Internationales Privatrecht, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1–17 OR, 3. Auflage, Zürich 1973 (zit. ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI).
- SCHWOB RENATE/COSANDEY PETER, Erläuterungen zu den Massnahmen gegen die Geldwäscherei, Ausgabe März 2013, in: Zobl Dieter/Schwob Renate/Winzeler Christoph/Weber Rolf H./Kaufmann Christine/Kramer Stefan (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 23. Auflage, Zürich 2015 (zit. SCHWOB/COSANDEY, Kommentar BankG).
- SETHE ROLF, § 25 Vermögensverwaltungsvertrag, § 31 Dokumentationspflichten, in: Schäfer Frank A./Sethe Rolf/Lang Volker et al. (Hrsg.), Handbuch der Vermögensverwaltung, in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Liechtenstein, 2. Auflage, München/Wien/Basel 2016, S. 589 ff. und S. 680 ff. (zit. SETHE, Vermögensverwaltungshandbuch).
- Treuepflichten der Banken bei der Vermögensanlage, in: AcP 212/2012, S. 81 ff. (zit. SETHE, Treuepflichten).
  - Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwalter, Habil. Tübingen 2001 (zit. SETHE, Anlegerschutz).
- SETHE ROLF/HÄRTNER STEFAN, § 27 Informations- und Beratungspflichten, in: Schäfer Frank A./Sethe Rolf/Lang Volker et al. (Hrsg.), Handbuch der Vermögensverwaltung, in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Liechtenstein, 2. Auflage, München/Wien/Basel 2016, S. 635 ff. (zit. SETHE/HÄRTNER, Vermögensverwaltungshandbuch).
- SIBBERN ERIC/VON DER CRONE HANS CASPAR, Informationspflichten im Anlagegeschäft – Bemerkungen zum Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.270/2006 (BGE 133 III 97) vom 4. Januar 2007, in: SZW 2007, S. 173 ff.

- SIOL JOACHIM, § 43–45, Beratungs-, Warn- und Aufklärungspflichten der Bank, Anlagevermittlung und Prospekthaftung, in: Schimansky Herbert/Bunte Hermann-Josef/Lwowski Hans-Jürgen (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 5. Auflage, München 2017, S. 1231 ff. (zit. Bankrechts-Handbuch-SIOL).
- SPÄLTI DIETER, Die rechtliche Stellung der Bank als Vermögensverwalterin: unter Berücksichtigung der Anlageberatung, Diss. Zürich 1989.
- SPROCKHOFF TILMAN, Die Bankenhaftung bei Abschluss und Umsetzung eines Vermögensverwaltungsvertrages in der richterlichen Praxis, in: WM 2005, S. 1739 ff.
- STEINER-KOGRINA ANASTASIA, Eine empirische Untersuchung der Wirkung des Kultursponsorings auf die Bindung von Bankkunden, Diss. München 2004.
- STEININGER THOMAS/VON DER CRONE HANS CASPAR, Beratungsauftrag und Aufklärungspflichten, Bemerkungen zum Entscheid des BGer 4C.68/2007 vom 13. Juni 2008, in: SZW 2009, S. 140 ff.
- STÖCKLI BEAT, Steuern erheben und Privatsphäre wahren – Das eine tun und das andere nicht lassen, in: Private 2/2009, S. 57 (zit. STÖCKLI, Steuern).
- Die Organisation von Banken, aus privat-, aufsichts-, straf- und standesrechtlicher Perspektive, Diss. St. Gallen 2008 (zit. STÖCKLI, Organisation).
- STRATENWERTH GÜNTER, Art. 46–49 BankG, in: Watter Rolf/Vogt Nedim Peter/Bauer Thomas/Winzeler Christoph (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Auflage, Basel 2013 (zit. BSK-STRATENWERTH, Art. 46–49 BankG).
- Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 4. Auflage, Bern 2011 (zit. STRATENWERTH, Strafrecht AT).
  - Geldwäscherei – ein Lehrstück der Gesetzgebung, in: Pieth Mark (Hrsg.), Bekämpfung der Geldwäscherei: Modellfall Schweiz?, Basel/Frankfurt am Main 1992, S. 97 ff. (zit. STRATENWERTH, Modellfall Schweiz).

## T

- TAUBE TAMARA, Entstehung, Bedeutung und Umfang der Sorgfaltspflichten der Schweizer Banken bei der Geldwäschereiprävention im Bankenalltag, Diss. St. Gallen 2013.
- TAUPITZ JOCHEN, Die zivilrechtliche Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens, Vortrag im Rahmen des Habil.-Verfahrens vom 5. Dez. 1988, Tübingen 1989.
- TEUBER HANNO, Finanzmarkt-Richtlinie (MiFID) – Auswirkungen auf Anlageberatung und Vermögensverwaltung im Überblick, in: BKR 2006, S. 429 ff.
- TERCIER PIERRE, Les contrats spéciaux, 2. Auflage, Zürich 1995 (zit. TERCIER, contrats spéciaux II).
- La partie spéciale du Code des obligations, Zürich 1988 (zit. TERCIER, partie).
- TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL G., Les contrats spéciaux, 4. Auflage, Genf/Zürich/Basel 2009 (zit. TERCIER/FAVRE, contrats spéciaux IV).

TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL G./CONUS DAMIEN, § 61 Les obligations du mandataire, in: Tercier Pierre/Favre Pascal G., Les contrats spéciaux, 4. Auflage, Genf/Zürich/Basel 2009, S. 760 ff. (zit. TERCIER/FAVRE/CONUS, contrats spéciaux IV).

THALMANN CHRISTIAN, Die Sorgfaltspflicht der Bank im Privatrecht, insbesondere im Anlagegeschäft, in: ZSR 1994, S. 115 ff. (zit. THALMANN, Privatrecht).

- Die Bedeutung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im schweizerischen Bankverkehr, in: Bühler Theodor, Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Beiträge zur aktuellen Situation, Zürich 1982, S. 125 ff. (zit. THALMANN, Allgemeine Geschäftsbedingungen).

THELESKLAF DANIEL, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/Zollinger Dave/van Thiel Mark, Kommentar Geldwäschereigesetz, Kommentar zu GwG, StGB (Auszug), GwV-FINMA 1 und VSB 08 sowie die einschlägigen Verordnungen und Texte von UNO, Europarat, EU, FATF, Basler Ausschuss und Wolfsberg-Gruppe, 2. Auflage, Zürich 2009 (zit. THELESKLAF, Kommentar GwG).

TRAUTMANN MATTHIAS/VON DER CRONE HANS CASPAR, Die Know-Your-Customer-Rule im Vermögensverwaltungsauftrag, in: Sethe Rolf/Hens Thorsten/von der Crone Hans Caspar/Weber Rolf. H. (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich 2013, S. 133 ff. (zit. TRAUTMANN/VON DER CRONE, Anlegerschutz kontrovers diskutiert).

#### V

VORTMANN JÜRGEN, Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken, 11. Auflage, Köln 2016.

#### W

WALTON STEVE V./MARUCHECK ANN S., The relationship between EDI and supplier reliability, in: Journal of Supply Chain Management, 1997, S. 30 ff.

WEBER ROLF H., Art. 394–406 OR, Der einfache Auftrag, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529, 6. Auflage, Basel 2015 (zit. BSK-WEBER, Art. 394–406 OR).

- Zur Haftung des Anlageberaters, Bemerkungen zu BGE 124 III 155, in: SZW 1998, S. 254 ff. (zit. WEBER, Haftung).
- Praxis zum Auftragsrecht und zu den besonderen Auftragsarten, Bern 1990 (zit. WEBER, Praxis).

WEBER-DÜRLER BEATRICE, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Habil. Zürich 1983.

WERRO FRANZ, Art. 41–61, 394–406 CO, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1–520 CO, 2. Auflage, Basel 2012 (zit. CR-WERRO, 394–406 CO).

WIDMER ESTHER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG: Unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken, Diss. Bern 2014.

WIEGAND WOLFGANG, 97–109 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Auflage, Basel 2015 (zit. BSK-WIEGAND, Einleitung zu Art. 97–109 OR).

- Die Finanzmarktkrise und die Informations- und Beratungspflicht im Bankgeschäft, in: Kunz Peter V./Herren Dorothea/Cottier Thomas/Matteotti René (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, S. 627 ff. (zit. WIEGAND, Festschrift von Büren).
- Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 119 ff. (zit. WIEGAND, Arztrecht).
- Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung, Eine Standortbestimmung anlässlich der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: recht 1993, S. 149 ff. (zit. WIEGAND, Aufklärung).

WINZELER CHRISTOPH, Rechtsentwicklungen um das Bankkundengeheimnis, Standortbestimmung 2009, in: AJP 2010, S. 158 ff.

WÜNSCH OLIVER, Paradox der Geldwäschereibekämpfung, Eine ökonomische Analyse, Diss. Zürich 2008.

## Z

ZOBL DIETER, Der Vermögensverwaltungsauftrag der Banken unter besonderer Berücksichtigung von Interessenkonflikten, in: Forstmoser Peter/Tercier Pierre/Zäch Roger (Hrsg.), Innominatverträge – Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zürich 1988, S. 319 ff. (zit. ZOBL, Festgabe Schluep).

ZOLLINGER DAVE, § 32 A Meldepflichten: Pflichten bei Geldwäschereiverdacht, in: Sester Peter/Brändli Beat/Bartholet Oliver/Schiltknecht Reto (Hrsg.), St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrakturen, Zürich/St. Gallen 2017, S. 1296 ff. (zit. ZOLLINGER, SGHB Finanzmarktrecht).

ZULAUF URS, Gewähr im Gericht – Die von den Schweizer Finanzmarktgesetzen geforderte «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» und das «Berufsverbot» im Lichte der jüngeren Rechtsprechung, in: FINMA Sonderbulletin – Bulletin Spécial 2/2013, S. 8 ff.

ZÜRCHER CHRISTIAN, «Gerechtigkeit mal anders», Überraschend viele Zürcher haben sich selbst angezeigt, in: Tagesanzeiger Online vom 10. Januar 2018.



---

# Materialienverzeichnis

- Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Förderung der Steuerehrlichkeit bei internationalen Sachverhalten und hinsichtlich der als Gesetz über die Steuerehrlichkeit bezüglich Auslandskonten bekannten US-amerikanischen Informations- und Meldebestimmungen, vom 31. Mai 2013.
- Abkommen zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Zusammenarbeit für eine erleichterte Umsetzung von *FATCA*, vom 14. Februar 2013, Ratifizierungsaustausch vom 29. Mai 2014, in Kraft getreten am 2. Juni 2014, Stand 29. Februar 2016 (zit. *FATCA*-Abkommen).
- Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Österreich über die Zusammenarbeit in den Bereichen Steuern und Finanzmarkt vom 13. April 2012, von der Bundesversammlung genehmigt am 15. Juni 2012, in Kraft getreten durch Notenaustausch am 1. Januar 2013, ausser Kraft getreten am 1. Januar 2017.
- Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland über die Zusammenarbeit im Steuerbereich, vom 6. Oktober 2011, Änderungsprotokoll vom 20. März 2012, von der Bundesversammlung genehmigt am 15. Juni 2012, in Kraft getreten durch Notenaustausch am 1. Januar 2013, ausser Kraft getreten am 1. Januar 2017.
- Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über die Zusammenarbeit in den Bereichen der Steuern und Finanzmarkt (Entwurf) vom 21. September 2011, nicht in Kraft getreten.
- Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über Regelungen, die den in der Richtlinie 2003/48/EG des Rates im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen festgelegten Regelungen gleichwertig sind, vom 26. Oktober 2004, in Kraft getreten durch Notenaustausch am 1. Juli 2005, (SR 0.641.926.81), aufgehoben am 1. Januar 2017 (zit. Zinsbesteuerungsabkommen).
- Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern von Einkommen, vom 2. Oktober 1996, von der Bundesversammlung genehmigt am 10. Oktober 1997, Ratifikationsurkunden ausgetauscht am 19. Dezember 1997, in Kraft getreten am 19. Dezember 1997, Stand am 19. Dezember 1997.
- Amtliches Bulletin, Beratung des Nationalrates zum Finanzdienstleistungsgesetz und Finanzinstitutsgesetz, Sommersession 2018, S. 147 ff. (zit. AmtlBull 2018 NR).
- Amtliches Bulletin, Beratung des Ständerates zum Finanzdienstleistungsgesetz und Finanzinstitutsgesetz, Frühjahrsession 2018, S. 131 ff. (zit. AmtlBull 2018 StR).
- Amtliches Bulletin, Beratung des Nationalrates zum Finanzdienstleistungsgesetz und Finanzinstitutsgesetz, Herbstsession 2017, S. 1294 ff. (zit. AmtlBull 2017 NR).

- Amtliches Bulletin, Beratung des Ständerates zum Finanzdienstleistungsgesetz und Finanzinstitutsgesetz, Wintersession 2016, S. 1152 ff. (zit. AmtlBull 2016 StR).
- Amtliches Bulletin, Beratung des Ständerates zur Änderung des Geldwäschereigesetzes, Wintersession 2015, S. 1150 ff. (zit. AmtlBull 2015 StR).
- Amtliches Bulletin, Beratung des Nationalrates zur Änderung des Geldwäschereigesetzes, Herbstsession 2015, S. 1714 ff. (zit. AmtlBull 2015 NR).
- Amtliches Bulletin, Beratung des Nationalrates zur Änderung des Geldwäschereigesetzes, Herbstsession 2015, S. 1673 ff. (zit. AmtlBull 2015 NR).
- Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG), vom 4. November 2015, Geschäftsnummer 15.073, publiziert in BBl 2015, S. 8901–9198.
- Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes, Erweiterte Sorgfaltspflichten zur Verhinderung der Annahme nicht versteuerter Vermögenswerte, vom 5. Juni 2015, Geschäftsnummer 15.048, publiziert in BBl 2015, S. 4233–4246.
- 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, Geschäftsnummer 15.046, publiziert in BBl 2015, S. 5437–5524.
- Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens des Europarates und der OECD über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen und zu seiner Umsetzung (Änderung Steueramtshilfegesetz), vom 5. Juni 2015, Geschäftsnummer 15.047, publiziert in BBl 2015, S. 5585–5633.
- Botschaft zum Finanzmarktinfrastukturgesetz (FinfraG), vom 3. September 2014, Geschäftsnummer 14.061, publiziert in BBl 2014, S. 7483–7646.
- Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI), vom 13. Dezember 2013, Geschäftsnummer 13.106, publiziert in BBl 2013, S. 605–704.
- Botschaft zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Zusammenarbeit für eine erleichterte Umsetzung von FATCA und zum Entwurf für ein Bundesgesetz über die Umsetzung des Abkommens, vom 10. April 2013, Geschäftsnummer 13.032, publiziert in BBl 2013, S. 3181–3232.
- Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes, vom 27. Juni 2012, Geschäftsnummer 12.065, publiziert in BBl 2012, S. 6941–6988.
- Botschaft zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI), vom 15. Juni 2007, Geschäftsnummer 07.064, publiziert in BBl 2007, S. 6269–6310.
- Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG), vom 17. Juni 1996, Geschäftsnummer 96.055, publiziert in BBl 1996 Band III, S. 1101–1177.

- Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG), vom 24. Februar 1993, Geschäftsnummer 93.025, publiziert in BBl 1993 Band I, S. 1369–1462.
- Botschaft zum revidierten Bundesgesetz über die Anlagefonds (Anlagefondsgesetz, AFG), vom 14. Dezember 1992, Geschäftsnummer 92.082, publiziert in BBl 1993 I, S. 217–319.
- Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Gesetzgebung über Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften), vom 12. Juni 1989, Geschäftsnummer 89.043, publiziert in BBl 1989 Band II, S. 1061–1100.
- Botschaft über die Volksinitiative «gegen den Missbrauch des Bankgeheimnisses und der Bankenmacht», vom 18. August 1982, Geschäftsnummer 10.570, publiziert in BBl 1982 Band II, S. 1201–1242.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision des Bankengesetzes, vom 13. Mai 1970, Geschäftsnummer 10.570, publiziert in BBl I 1970, S. 1144–1203.
- BUNDESAMT FÜR POLIZEI (FEDPOL), Die Praxis der MROS, Eine Zusammenfassung der Praxis seit 2004, März 2016 (zit. FEDPOL, Praxis *MROS*).
- BUNDESRAT, Diskussionspapier des Bundesrates, Strategie für einen steuerlich konformen und wettbewerbsfähigen Finanzplatz, vom 22. Februar 2012 (zit. BUNDESRAT, Diskussionspapier).
- 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 (zit. BUNDESRAT, Erläuternder Bericht AIA).
  - Erläuternder Bericht zum Abkommen zwischen der Schweiz und den USA zur erleichterten Umsetzung von FATCA und zum Entwurf für ein Bundesgesetz über die Umsetzung dieses Abkommens, vom 13. Februar 2013 (zit. BUNDESRAT, Erläuternder Bericht *FATCA*).
  - Medienmitteilung vom 5. Juli 2017, «Bundesrat setzt neue Fintech-Regeln in Kraft» (zit. BUNDESRAT, Medienmitteilung vom 5. Juli 2017).
  - Medienmitteilung vom 4. November 2015, «Bundesrat verabschiedet Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz und zum Finanzinstitutsgesetz» (zit. BUNDESRAT, Medienmitteilung vom 4. November 2015).
  - Medienmitteilung vom 8. Oktober 2014, «Automatischer Informationsaustausch in Steuersachen: Bundesrat beschliesst Verhandlungsmandate mit Partnerstaaten» (zit. BUNDESRAT, Medienmitteilung vom 8. Oktober 2014).
- EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT (EFD), Bericht über internationale Finanz- und Steuerfragen 2017, Februar 2017 (zit. EFD, Bericht Finanz- und Steuerfragen 2017).
- Erläuterungen Änderung der Bankenverordnung (Fintech), vom 5. Juli 2017 (zit. EFD, Erläuterungsbericht FinTech).

- Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG), Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FIDIG), vom 25. Juni 2014 (zit. EFD, erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG).
- Hearingbericht zum Projekt Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG), Stossrichtungen möglicher Regulierung vom 18. Februar 2013 (zit. EFD, Hearingbericht FIDLEG).
- Medienmitteilung vom 13. März 2009, «Die Schweiz will den OECD-Standard bei der Amtshilfe in Steuersachen übernehmen» (zit. EFD, Medienmitteilung vom 13. März 2009).
- Medienmitteilung vom 1. November 2000, «Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz-USA: Verordnungsänderung (zit. EFD, Medienmitteilung vom 1. November 2000).
- Quellensteuerabkommen, Faktenblatt, Stand Januar 2013 (zit. EFD, Quellensteuer 2013).
- Regulierungsabschätzung zum Finanzdienstleistungsgesetz FIDLEG und zum Finanzinstitutsgesetz FINIG, 26. Juni 2014 (zit. EFD, RFA FIDLEG/FINIG).
- So funktionieren die Steuerabkommen mit Grossbritannien und Österreich, vom Dezember 2012 (zit. EFD, Steuerabkommen 2012).

EIDGENÖSSISCHE FINANZMARKTAUFSICHT (FINMA), Medienmitteilung vom 16. Februar 2018, «FINMA publiziert Wegleitung zu ICOs» (zit. FINMA, Medienmitteilung vom 16. Februar 2018).

- Medienmitteilung vom 4. September 2017, «FINMA eröffnet Anhörung zur Teilrevision der Geldwäschereiverordnung-FINMA» (zit. FINMA, Medienmitteilung vom 4. September 2017).
- Mitteilung Nr. 59 vom 28. Februar 2014, «Aufsichtsrechtliche Konsequenzen des Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)» (zit. FINMA, Mitteilung Nr. 59).
- Positionspapier Vertriebsregeln vom 24. Februar 2012, «Regulierung der Produktion und des Vertriebs von Finanzprodukten» (zit. FINMA, Positionspapier 2012).
- Rundschreiben 2016/7 vom 3. März 2016, «Video- und Online-Identifizierung», Sorgfaltspflichten bei der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen über digitale Kanäle (zit. FINMA, RS 2016/7)
- Rundschreiben 2009/1 vom 18. Dezember 2008, «Eckwerte der Vermögensverwaltung», letzte Änderung vom 10. Juni 2016 (zit. FINMA, RS 2009/1).
- Vertriebsbericht von Oktober 2010, «Regulierung von Produktion und Vertrieb von Finanzprodukten an Privatkunden – Stand, Mängel und Handlungsoptionen» (zit. FINMA, Vertriebsbericht 2010).
- Wegleitung für Unterstellungsanfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs), Ausgabe vom 16. Februar 2018 (zit. FINMA, Wegleitung ICO).

EIDGENÖSSISCHE STEUERVERWALTUNG (ESTV), Orientierungsschreiben als Beilage zur Aufforderung der Banken betreffend Zustimmungserklärung hinsichtlich der Umsetzung des Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), vom 20. März 2015.

- Wegleitung, Standard für den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten, Gemeinsamer Meldestandard vom 17. Januar 2017 (zit. ESTV, Wegleitung AIA).
- EXPERTENGRUPPE BRUNETTI, Bericht «Weiterentwicklung der Finanzmarktstrategie», Regulatorische Herausforderungen für die grenzüberschreitende Schweizer Vermögensverwaltung und strategische Optionen vom 26. Juni 2013, gefunden am 6. April 2016 unter <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/31569.pdf>.
- FATCA-QUALIFIKATIONSGREMIUM, Beurteilungen, publiziert am 20. Dezember 2016, ersetzt Version vom 11. Juli 2016.
- FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF), Anti-Money laundering and counter-terrorist financing measures – Switzerland – Mutual Evaluation Report December 2016, Fourth Round Mutual Evaluation Report (zit. *FATF*, Länderbericht Schweiz 2016).
- Third Mutual Evaluation Report on Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, Summary, Switzerland, 14 October 2005 (zit. *FATF*-Länderexamen 2005).
  - International Standards on Combating Money Laundering and Financing of Terrorism & Proliferation, The FATF Recommendations, adopted by the FATF Plenary in February 2012, updated November 2017, gefunden am 29. November 2017 unter <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf> (zit. *FATF*, Recommendations 2012–2017).
- INTERDEPARTEMENTALE KOORDINATIONSGRUPPE ZUR BEKÄMPFUNG DER GELDWÄSCHEREI UND DER TERRORISMUSFINANZIERUNG (KGGT), Bericht über die nationale Beurteilung der Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierungsrisiken in der Schweiz, vom Juni 2015, gefunden am 15. Mai 2017 unter <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/42572.pdf> (zit. KGGT, Bericht 2015).
- KOMMISSION FÜR WIRTSCHAFT UND ABGABEN DES STÄNDERATES (WAK-S), Medienmitteilung vom 24. Januar 2018 (zit. WAK-S, Medienmitteilung vom 24. Januar 2018)
- Medienmitteilung vom 3. November 2017 (zit. WAK-S, Medienmitteilung vom 3. November 2017).
  - Medienmitteilung vom 18. Oktober 2017 «Erste Differenzen beim FIDLEG bereinigt» (zit. WAK-S, Medienmitteilung vom 18. Oktober 2017).
- Multilaterale Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten (*Multilateral Competent Authority Agreement*), vom 29. Oktober 2014, in Kraft getreten am 1. Januar 2017, Stand am 4. Mai 2017 (zit. AIA-Vereinbarung).
- SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG (SBVG), «Der Schweizer Finanzsektor», gefunden am 12. März 2018 unter <http://www.swissbanking.org/de/finanzplatz/finanzplatz-in-zahlen/der-schweizer-finanzsektor> (zit. SBVG, Schweizer Finanzsektor).
- Aktuelle Bankenfragen 2017, Meinungen und Einstellungen der Schweizer Bürgerinnen und Bürger, Studie durchgeführt für die Schweizerische Bankiervereinigung durch das Institut M.I.S. Trend SA, Lausanne/Bern, Februar 2017, (zit. SBVG, Aktuelle Bankenfragen).

- Jahresbericht 2009/2010 (zit. SBVG, Jahresbericht 2009/2010).
- Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 16), 2. Auflage, 2016 (zit. SBVG-Kommentar zur VSB 16).
- Medienmitteilung vom 15. Juni 2018 «FIDLEG/FINIG schafft modernen Kundenschutz», Neue Architektur des Finanzmarktrechts steht (zit. SBVG, Medienmitteilung vom 15. Juni 2018).
- Verhaltensregeln für Effekthändler bei der Durchführung des Effektenhandelsgeschäfts, 2008 (zit. SBVG, VR Effekthändler).

SCHWEIZERISCHE DEPESCHENAGENTUR AG (SDA), SDA-Meldung vom 13. September 2017 über die Debatte im Nationalrat «Parlament schwächt Regeln zum Anlegerschutz ab» (zit. SDA, Meldung vom 13. September 2017).

- SDA-Meldung vom 14. Dezember 2016 über die Debatte im Ständerat, «Ständerat beschliesst neue Regeln zum Anlegerschutz» (zit. SDA, Meldung vom 14. Dezember 2016).

SCHWEIZERISCHE NATIONALBANK (SNB), Medienmitteilung vom 28. Juni 2018 «Die Banken in der Schweiz 2017», Ergebnisse der Erhebungen der Schweizerischen Nationalbank (zit. SNB, Medienmitteilung vom 28. Juni 2018).

- Die Banken in der Schweiz 2016, gefunden am 15. September 2017 unter [https://www.snb.ch/de/mmr/reference/banks\\_2016/source/banks\\_2016.de.pdf](https://www.snb.ch/de/mmr/reference/banks_2016/source/banks_2016.de.pdf) (zit. SNB, Banken 2016).

STAATSSSEKRETARIAT FÜR INTERNATIONALE FINANZFRAGEN (SIF), Finanzstandort Schweiz, Kennzahlen April 2018, gefunden am 13. Mai 2018 unter <https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/dokumentation/publikationen/kennzahlen-finanzstandort-schweiz.html> (zit. SIF, Finanzstandort Schweiz).

Übereinkommen über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen, abgeschlossen am 25. Januar 1988, geändert durch das Protokoll vom 27. Mai 2010, von der Bundesversammlung genehmigt am 18. Dezember 2015, Schweizerische Ratifikationsurkunde hinterlegt am 26. September 2016, für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Januar 2017, Stand am 27. Juni 2017 (zit. Amtshilfeübereinkommen).

---

# Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Übersicht Sammlung Bankkundeninformationen.....	80
Tabelle 2: Übersicht Vermittlung von Informationen auf Verlangen.....	90
Tabelle 3: Übersicht unaufgeforderte Vermittlung von Informationen .....	112
Tabelle 4: Übersicht Weitergabe von Bankkundeninformationen.....	141



---

# Zusammenfassung

Diese Arbeit leistet einen Beitrag zur Klärung der Frage, welche Informationen Banken im Rahmen der Erbringung von Vermögensverwaltungs- und Anlageberatungsdienstleistungen über ihre Kunden sammeln und an Behörden weitergeben sowie wann sie zur Vermittlung von Informationen gegenüber Kunden verpflichtet sind. Im Vordergrund stehen die einzelnen Informationspflichten nach privatrechtlichen, aufsichtsrechtlichen und geldwäschererechtlichen Bestimmungen sowie aufgrund der Umsetzung von globalen Standards ins nationale Recht und das daraus resultierende Spannungsfeld.

Nachdem der erste Teil der Arbeit die rechtliche Qualifikation der Verträge über Finanzdienstleistungen sowie den Begriff «Informationspflicht» und die entsprechenden Rechtsgrundlagen analysiert, befassen sich die darauffolgenden Teile mit den einzelnen Informationspflichten.

Dementsprechend stehen im Fokus des zweiten, dritten und vierten Teils die einzelnen Informationspflichten gegenüber Kunden und Behörden in Form von Erkundigungs-, Identifikations- und Feststellungs-, Abklärungs-, Dokumentations-, Rechenschaftsablegungs-, Aufklärungs-, Warn- und Beratungspflichten sowie in Form von Meldepflichten.

Im fünften Teil liegt der Schwerpunkt in der Betrachtung des Spannungsfeldes, das sich aus den verschiedenen Regelwerken und den entsprechenden Informationspflichten für die Bank ergibt. Eine besondere Berücksichtigung erfahren dabei die Pflichtenkollisionen und deren Wirkung auf das Verhältnis zwischen Bank und Kunde.

Die Schlussbetrachtung fasst die wichtigsten Erkenntnisse dieser Arbeit zusammen und schliesst mit einem Ausblick ab.

---

## Résumé

Cette thèse vise à déterminer quelles informations sont collectées par les banques sur leurs clients en lien avec la fourniture de prestations de gestion de fortune et de conseil en placements, ainsi qu'à déterminer dans quelle mesure ces informations sont transmises aux autorités et sont divulguées par les banques à leurs clients. L'objectif premier de cette thèse est d'identifier et d'examiner les obligations d'une banque conformément aux dispositions de droit privé, de droit réglementaire, de la lutte contre le blanchiment d'argent, et de l'implémentation de standards internationaux en droit national, ainsi que d'examiner les conflits résultant de ces réglementations divergentes.

Après avoir examiné, dans une première partie, la qualification légale des contrats de services financiers, la signification de la notion d'une «obligation d'informations» et les bases légales y afférentes, les obligations d'informations individuelles seront examinées dans les parties suivantes.

En conséquence, les deuxième, troisième et quatrième parties examineront différentes obligations de la banque de fournir des informations aux clients et aux autorités sous la forme des devoirs de renseignement, d'identification, de constatation, de clarification, de documentation, d'évaluation, d'information, d'avertissement et de conseil, mais également sous la forme de devoirs d'annonce.

Dans la cinquième partie, l'accent sera mis sur le conflit causé par les différents corps de règles et les obligations d'informations pour la banque. Une attention particulière sera accordée aux conflits d'obligations et à l'impact de tels conflits sur la relation entre la banque et le client.

La conclusion résumera les principales constatations de cette thèse et les mettra en perspective.

---

## Summary

This paper aims to clarify the amount of information banks collect on their asset management and investment advice customers, and how this information is distributed to authorities and their obligations to disclose this information to their clients. The primary objective lies in identifying and discussing the information obligations of a bank under private law, regulatory and anti-money laundering regulations, as well as through the implementation of global standards into national law, and the pursuant areas of conflict that arise from these various competing regulations.

The first part of this paper is concerned with classifying the legal qualification of financial services contracts and analysing the concept of «information obligation» and its corresponding legal basis. The latter part will attempt to analyse the individual information requirements.

Accordingly, the focus of the latter part lies on the different obligations a bank has of issuing information to customers and authorities in the form of duties to enquire, of due diligence and identification, as well as the requirements to ascertain the nature and purpose of the business relationship and to keep documentation. The bank is further obliged to give an account of its activities and has certain duties to inform, warn and advise, as well as reporting obligations.

In the fifth part, the focus lies on the analysis of the area of conflict resulting from the various regulations and their information requirements for the bank. Particular attention is given to the collision of duties and their effect on the relationship between bank and customer.

The final summary elaborates the most important findings of this work and concludes them with an outlook.



---

# Einleitung

## § 1 Ausgangslage

Banken tragen einen wesentlichen Teil zum ökonomischen und sozialen Wohlergehen der Schweiz bei, denn sie erbringen zusammen mit dem Versicherungssektor eine direkte jährliche Wertschöpfung von rund CHF 60 Mrd., was einem Anteil am Bruttoinlandprodukt von rund 10 % entspricht.<sup>1</sup>

Eine wesentliche Funktion von Schweizer Banken ist das Dienstleistungsgeschäft<sup>2</sup>, worunter insbesondere das Wertpapiergeschäft für Kunden<sup>3</sup> in Form der Vermögensverwaltung, der Anlageberatung oder der blossen Konto/Depot-Beziehung fällt.<sup>4</sup> Die Wertschriftenbestände in den Kundendepots bei Banken in der Schweiz betragen im Jahr 2017 rund CHF 6'256 Mrd.<sup>5</sup> Das Vermögensverwaltungs- und Anlagegeschäft ist für schweizerische Banken seit jeher ein Aushängeschild.<sup>6</sup>

Der Finanzmarkt ist ein stark regulierter Bereich der Schweizer Wirtschaft. Im Nachgang der Finanz- und Wirtschaftskrise hat die Regulierung zugenommen und dadurch haben sich auch die Rahmenbedingungen für die Erbringung von Finanzdienstleistungen in den letzten Jahren nochmals grundlegend und nachhaltig geändert. So forcieren etwa internationale Organisationen sowie tonangebende Jurisdiktionen das Steuerinkasso. Der hochkomplexe US-amerikanische *Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)* vom 18. März 2010 verlangt von ausländischen Banken, dass sie den US-Steuerbehörden Informationen über US-Konten weitergeben. Der automatische Informationsaustausch (AIA), welchem die Schweiz am 6. Mai 2014 beigetreten ist und zu deren Anwendung sich bereits die Mitgliedsländer der G20 und

---

<sup>1</sup> SIF, Finanzstandort Schweiz, Tabelle 1; vgl. für Vorjahreszahlen POLYNOMICS, Banken und Versicherungen in der Schweiz, S. 4; SBVG, Schweizer Finanzsektor, 1. Abschnitt.

<sup>2</sup> EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Bankgeschäft VII, Rz 9.

<sup>3</sup> Vorliegende Arbeit fokussiert auf Privatkunden (natürliche Personen).

<sup>4</sup> NOBEL, Finanzmarktrecht III, § 2, Rz 23; die von Banken angebotenen Finanzdienstleistungen lassen sich grundsätzlich in diese drei Konstellationen unterteilen. Vgl. etwa BGE 133 III 97, E. 7.1, S. 102; siehe zu den einzelnen Finanzdienstleistungen § 4 1.

<sup>5</sup> SNB, Medienmitteilung vom 28. Juni 2018, S. 1. Die Wertschriftenbestände stiegen 2017 im Vergleich zu 2016 um 10.6 % an und erreichten damit einen neuen Höchststand. Vgl. für Vorjahreszahlen SNB, Banken 2016, S. 5.

<sup>6</sup> HOPT, Bankrecht, S. 135; siehe zur Geschichte, Theorie und Statistik der Schweizer Banken RITZMANN, S. 1 ff.

der OECD sowie weitere insgesamt über 100 Jurisdiktionen verpflichtet haben, geht in dieselbe Richtung.

Eine weitere Entwicklung betrifft den Schutz der Anleger. Um sie vor Verlusten zu bewahren, wie sie während vergangener Krisen aufgetreten sind, wird ihrem Schutz im Zweckartikel der neuen Finanzmarktgesetze wie dem Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) grösseres Gewicht beigemessen.

Als Folge zeichnet sich einerseits die Verstaatlichung des Rechts der Vermögensverwaltung durch die Vereinnahmung der traditionell privatrechtlichen Regeln durch Aufsichtsrecht ab. Andererseits weist der Trend in Richtung automatische Informationsübermittlung an Behörden und allgemein Verstärkung der Missbrauchsbekämpfung. Gemeinsames «Objekt der Begierde» sind Bankkundeninformationen. Diese müssen von Banken in zunehmendem Umfang bei ihren Kunden eingeholt und auch an Behörden weitergegeben werden. Durch diese Entwicklungen werden die Rechte und Pflichten im Vermögensverwaltungs- und Anlageberatungsgeschäft neu definiert. Dies stellt Banken vor die Herausforderung, sowohl ihren Pflichten gegenüber ihren Kunden als auch gegenüber dem Staat gleichzeitig gerecht zu werden.<sup>7</sup>

Die vorliegende Arbeit untersucht die Pflichten der Bank zur Informationssammlung, Informationsvermittlung und Informationsweitergabe im Gesamtkontext aktueller Regulierungen und versucht, das Spannungsfeld zwischen den verschiedenen Pflichten aufzuzeigen.

Teil dieser Arbeit ist die kritische Auseinandersetzung mit informationspflichtrelevanten Normen. Dabei ist die Notwendigkeit der Bekämpfung von Steuerhinterziehung, Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierung unbestritten. Trotz vollkommener Übereinstimmung mit den Zweckbestimmungen der Gesetze und Abkommen muss es erlaubt sein, diese kritisch zu analysieren, um aufzuzeigen, dass sich daraus ein Spannungsfeld entwickelt und die Interessen des Kunden in den Hintergrund zu rücken scheinen.

Es ist einleuchtend, dass eine Bank, bei der die Befriedigung der Kundenbedürfnisse nicht oberste Priorität hat, nicht im Stande sein wird, diese zufriedenstellend zu erfüllen. Einer solchen Entwicklung kommt angesichts der eingangs erwähnten Bedeutung des Finanzsektors für die schweizerische Wirtschaft ein entsprechendes Gewicht zu.

---

<sup>7</sup> Vgl. dazu bereits HITZ, «Banken im Spannungsfeld zwischen Informationen sammeln und herausgeben», welche als Masterarbeit an der Universität St. Gallen 2015 angenommen wurde.

## § 2 Problemstellung und Zielsetzung

Forschungsgegenstand bildet das Spannungsfeld, in welchem sich die Banken befinden, weil ihnen Informationspflichten gegenüber Kunden sowie gegenüber Behörden auferlegt werden, sei dies in Form von Erkundigungs-, Identifizierungs-, Feststellungs-, Abklärungs-, Dokumentations-, Rechenschaftsablegungs-, Aufklärungs-, Warn-, Beratungs- oder Meldepflichten. Ziel ist es, einen Überblick darüber zu schaffen, welche Informationen Banken über ihre Kunden sammeln, wann sie den Kunden gegenüber Informationen vermitteln müssen und welche der gesammelten Bankkundeninformationen sie unter welchen Umständen an Behörden weiterzugeben haben – sei dies aufgrund ausgewählter, seit längerem geltender, erst kürzlich in Kraft getretener oder geplanter Vorgaben.

Die vorliegende Schrift will auf einen in dieser Diskussion bislang vernachlässigten Aspekt aufmerksam machen. Sie will zeigen, dass Banken durch Verpflichtungen zur gleichzeitigen Wahrung von Kundeninteressen, ihren eigenen Interessen sowie insbesondere von Staatsinteressen einem Spannungsfeld ausgesetzt werden. Vor diesem Hintergrund stehen die folgenden erkenntnisleitenden Forschungsfragen im Zentrum dieser Arbeit:

- 1 Welche Bankkundeninformationen sammelt und dokumentiert die Bank aufgrund von zivil-, aufsichts- und geldwäschereirechtlichen Bestimmungen?
- 2 Unter welchen Umständen ist die Bank gegenüber dem Kunden zur Vermittlung von Informationen verpflichtet?
- 3 Inwieweit gibt die Bank bestimmte Bankkundeninformationen aufgrund der geldwäschereigesetzlichen sowie aufgrund der *FATCA*- und *AIA*-gesetzlichen Meldepflicht an Behörden weiter?
- 4 Welchen Pflichtenkollisionen wird die Bank ausgesetzt und welche Interessen sind dabei abzuwägen?

### **§ 3 Aufbau der Arbeit**

Um die aufgrund der neuen Regulierungswelle resultierenden Spannungsfelder für Banken zu verdeutlichen, wird im ersten Teil der Arbeit, nach der Eingrenzung der untersuchten Finanzdienstleistungen, insbesondere auf die verschiedensten Rechtsgrundlagen der Informationspflichten eingegangen, die die Erbringung der relevanten Finanzdienstleistungen durchdringen.

Im Fokus des zweiten und dritten Teils steht das Verhältnis Bank und Kunde und der auf diesem Verhältnis basierende Informationsfluss. Einerseits holt die Bank beim Kunden Informationen ein, andererseits vermittelt sie ihm solche. Im vierten Teil wird das Verhältnis Bank und Staat und der sich daraus ergebende Informationsfluss anhand ausgewählter, aktueller Rechtsgrundlagen analysiert, wobei es um die Weitergabe von Bankkundeninformationen an Behörden geht.

Im fünften Teil erfolgt eine Betrachtung von ausgewählten Kollisionen. Insbesondere wird auf das Spannungsfeld durch die im zweiten, dritten und vierten Teil der Arbeit behandelten Informationspflichten eingegangen. Der sechste Teil umfasst eine Schlussbetrachtung; dabei werden die wichtigsten Erkenntnisse der vorliegenden Arbeit zusammengefasst und gewürdigt.

---

## **Erster Teil: Grundlagen**

Die folgenden Ausführungen gewähren einen Überblick über die Finanzdienstleistungen «Vermögensverwaltung» und «Anlageberatung» und klären die rechtliche Qualifikation des Vermögensverwaltungs- und Beratungsvertrags. Dabei wird insbesondere auch auf die kennzeichnenden Elemente dieser Vertragsverhältnisse, das Vertrauensverhältnis und die Wahrung des Kundeninteresses eingegangen.

Die exakte Abgrenzung der vorliegenden Thematik ist für das weitere Verständnis der Arbeit wichtig. Es werden folglich die Rechtsgrundlagen der einzelnen «Informationspflichten» der Banken vorgestellt.



---

## § 4 Finanzdienstleistungen

### 1. Vermögensverwaltung und Anlageberatung

Vermögensverwaltung bedeutet die Betreuung von Anlagen durch einen mit der Wahrnehmung dieser Aufgabe betrauten Verwalter, welcher gegen Entgelt selbständig und ohne besondere Weisungen im Einzelfall, jedoch im Rahmen von Richtlinien, für den Kunden Anlageentscheidungen trifft, um ein mit dem Kunden vereinbartes Anlageziel zu erreichen.<sup>8</sup> Die Betreuung umfasst in der Regel ein Teilvermögen des Kunden.<sup>9</sup> Der Vermögensverwalter erfüllt seinen Auftrag indem er das Kundenvermögen nach eigenem Ermessen und unter Beachtung gewisser mit dem Kunden vertraglich vereinbarter Parameter, Ziele und Leitlinien verwaltet.<sup>10</sup> Zu diesem Zweck erhält der Vermögensverwalter eine Vollmacht, um im Namen und auf Rechnung des Kunden Wertschriften oder andere Finanzinstrumente auszuwählen, zu kaufen und zu verkaufen, wobei der Kunde weder bei den Anlageentscheidungen noch bei deren Umsetzung involviert ist.<sup>11</sup>

In der vorliegenden Arbeit steht die Vermögensverwaltung durch eine Gesellschaft, d. h. durch eine Bank, im Vordergrund.<sup>12</sup> Dabei erbringt die Bank die wirtschaftliche sowie auch die technische Vermögensverwaltung.<sup>13</sup> Für die rechtliche Einordnung

---

<sup>8</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung etwa BGer 4A\_364/2013 vom 5. März 2014, E. 5.1; aus der Lehre BERTSCHINGER, S. 4 f.; GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 23 f.; EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Bankgeschäft VII, Rz 1678; ABEGGLEN, Vermögensverwaltung II, S. 78.

<sup>9</sup> EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Bankgeschäft VII, Rz 1677.

<sup>10</sup> BERTSCHINGER, S. 16 f.

<sup>11</sup> FINMA, Häufig gestellte Fragen (FAQ), Vermögensverwaltung, vom 1. Dezember 2009, Frage 1; vgl. ebenso GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 23 ff.; EGGEN, Finanzprodukte, S. 626.

<sup>12</sup> Der überwiegende Teil der Vermögensverwaltungskunden wird in der Schweiz von Banken betreut. 2016 betrachteten 80 % der Kunden in der Schweiz ihre Filialbank als ihren primären Finanzdienstleister. Lediglich 14 % der befragten Schweizer betrachten einen Nichtbank-Finanzdienstleister als ihren primären Finanzdienstleister. Siehe EY, Banking Survey Schweiz, S. 8. Die elektronischen Befragungen fanden zwischen Januar und April 2016 statt und es wurden rund 52'000 volljährige Personen, die selbst Finanzentscheidungen treffen, in 32 Ländern befragt. In der Schweiz wurden 1'533 Bankkunden befragt. Vgl. zum «Design der Studie» EY, Banking Survey Schweiz, S. 2.

<sup>13</sup> Dies im Gegenteil zur Erbringung der Vermögensverwaltung durch einen unabhängigen Vermögensverwalter. Dieser trifft die Anlageentscheidungen für einen Kunden und überwacht die Zusammensetzung des Kundenportfolios (sog. wirtschaftliche Vermögensverwaltung). Er bewahrt jedoch mangels aufsichtsrechtlicher Bewilligung keine Kundenvermögen auf und wickelt keine Effekten für den Kunden ab.

des Vermögensverwaltungsvertrages wird teilweise zwischen diesen zwei Konstellationen unterschieden, nämlich zwischen der Erbringung durch einen unabhängigen Vermögensverwalter und der Erbringung durch eine vermögensverwaltende Bank.<sup>14</sup>

Teilweise wird Anlageberatung ebenso unter dem Oberbegriff «Vermögensverwaltung» zusammengefasst; sie stellt jedoch jene Konstellation dar, bei der sich der Kunde vorgängig zu seinem eigenen Anlageentscheid beraten lässt.<sup>15</sup> Sie wird verstanden als die sorgfältige und adressatengerechte Beratung für Geld- und Kapitalanlagen durch die Abgabe von Anlageempfehlungen.<sup>16</sup> Es steht dem Kunden dabei frei, ob er der Beratung folgt und die empfohlenen Anlagen effektiv tätigt. Der Ausführungsentscheid ist von seiner Einwilligung abhängig.<sup>17</sup>

Als Kriterium für die Abgrenzung zwischen Vermögensverwaltung und Anlageberatung kann demnach der Anlageentscheid gelten.<sup>18</sup> Im Unterschied zur Vermögensverwaltung erteilt nämlich der Anlageberater dem Kunden einen auf dessen persönliche und finanzielle Situation abgestimmten Rat über die Anlage von Vermögen, d. h. die eigentliche Anlageentscheidung wird vom Kunden getroffen.<sup>19</sup> Bei der Vermögensverwaltung hingegen trifft der Vermögensverwalter ohne vorherige Rücksprache die Anlageentscheidungen.<sup>20</sup>

Traditionell galt – neben dem Anlageentscheid – die Pflicht zur dauerhaften Überwachung des Kundenportfolios im Sinne einer Warnpflicht als weiteres Unterscheidungskriterium. So hat auch das Bundesgericht festgestellt, dass bei einer Anlagebe-

---

<sup>14</sup> Vgl. zur Diskussion etwa BGE 94 II 167, E. 2, S. 169; BGE 101 II 121, E. 1, S. 123; ZOBL, Festgabe Schlupe, S. 323 f.; HOPT, Bankrecht, S. 142; BERTSCHINGER, S. 16 f.; THALMANN, Privatrecht, S. 191 f., FN 248; ABEGGLEN, Konfliktträchtige Bereiche, S. 180 f., der darauf hinweist, dass die Diskussion rein akademischer Natur sei. So sei es unbestritten «dass sich die von der Bank bei der Verwaltung einzuhaltenden Sorgfalts- und Treuepflichten nach Auftragsrecht bestimmen»; siehe zur rechtlichen Qualifikation des Vermögensverwaltungsauftrages § 4 2.

<sup>15</sup> TRAUTMANN/VON DER CRONE, Anlegerschutz kontrovers diskutiert, S. 136.

<sup>16</sup> *Statt vieler* EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft VII, Rz 1751.

<sup>17</sup> GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 27.

<sup>18</sup> Vgl. BGer 4A\_436/2016 vom 7. Februar 2017, E. 3.1.

<sup>19</sup> BGer 4A\_90/2011 vom 22. Juni 2011, E. 2.2.1: «Dans un contrat de conseil en placement, [...] , le client décide toujours lui-même des opérations à effectuer [...] et la banque ne peut en entreprendre que sur instructions ou avec l'accord de son client.» Vgl. auch BGer 4A\_168/2008 vom 11. Juni 2008, E. 2.1; BGer 4A\_262/2008 vom 23. September 2008, E. 2.1; BGer 4A\_336/2014 vom 18. Dezember 2014, E. 4.

<sup>20</sup> BGer 4A\_90/2011 vom 22. Juni 2011, E. 2.2.1: «Dans le mandat de gestion, le gérant s'oblige à gérer, dans les termes du contrat, tout ou partie de la fortune du mandant, en déterminant lui-même les opérations boursières à effectuer, dans les limites fixées par le client.» Vgl. auch BGer 4A\_168/2008 vom 11. Juni 2008, E. 2.1.

ratung, die ausserhalb einer eigentlichen Vermögensverwaltung erfolgt, der Kunde ohne anderslautende Vereinbarung grundsätzlich nicht erwarten kann, dass die Bank das Wertschriftendepot dauernd überwacht und ihn gegebenenfalls auf Gefahren hinweist.<sup>21</sup>

In der Praxis hat sich jedoch ein neues Modell der Anlageberatung herausgebildet, wodurch das Unterscheidungskriterium der Überwachungspflicht für seine abgrenzende Funktion an Bedeutung einbüsste.<sup>22</sup> Banken bewerben ihre Dienstleistung «Anlageberatung» damit, dass eine regelmässige Portfolioüberwachung gemäss den vereinbarten Zielen vorgenommen und der Kunde darüber in Kenntnis gesetzt wird.<sup>23</sup> Daneben werden auch im Pflichtenkatalog der Bank gemäss Finanzdienstleistungsgesetz<sup>24</sup> zwei Arten von Anlageberatung unterschieden; namentlich wird differenziert zwischen der transaktionsorientierten und der umfassenden Anlageberatung.

Die umfassende Anlageberatung grenzt sich gegenüber der transaktionsbezogenen Anlageberatung dadurch ab, als sie das gesamte Kundenportfolio in die Beratung miteinbezieht.<sup>25</sup> Dabei erfolgt im Gegensatz zur Abgrenzung *de lege lata* zwischen der punktuellen und der dauernden Anlageberatung die Abgrenzung nicht gemessen

---

<sup>21</sup> BGer 4A\_525/2011 vom 3. Februar 2012, E. 8.1, wobei das Bundesgericht insbesondere darauf hinweist, dass in der ständigen Überwachung des Depots eine aufwendige Dienstleistung liegt, die üblicherweise nicht unentgeltlich erbracht wird; THALMANN, *Privatrecht*, S. 187; *grundsätzlich* auch BERTSCHINGER, S. 224 ff.; ROTH U., *Festschrift Kleiner*, S. 13; *anderer Meinung* GUTZWILLER, *Rechtsfragen*, S. 55, der auch beim Anlageberatungsvertrag naturgemäss eine Verpflichtung zur Überwachung des Wertschriftendepots voraussetzt; *siehe* zur Warnung vor Gefahren § 11 2.3.

<sup>22</sup> *Vgl.* zur theoretischen Möglichkeit dieses Modells bereits früher SPÄLTI, S. 128 ff.; ROTH U., *Festschrift Kleiner*, S. 6 f.

<sup>23</sup> *Siehe* [www.ubs.com](https://www.ubs.com), «UBS Advice™», Vorteile von UBS Advice™, gefunden am 8. November 2016 unter <https://www.ubs.com/ch/de/-swissbank/wealth-management/anlegen/an-lageloesungen/ubs-advice.html>; *siehe* auch [www.notenstein-laroche.ch](http://www.notenstein-laroche.ch), «BERATUNGSMANDAT CLASSIC», gefunden am 8. November 2016 unter <http://www.notenstein-laroche.ch/de/private/beratungsmandat-classic>: «Weicht Ihr Portfolio von Ihrer Strategie ab, informieren wir Sie und unterstützen Sie kompetent hinsichtlich notwendiger Anpassungen.» *Ferner* [www.juliusbaer.com](https://www.juliusbaer.com), «YOUR WEALTH – ADVISORY», gefunden am 8. November 2016 unter <https://www.juliusbaer.com/ch/de/dienstleistungen-loesungen/your-wealth-advisory/your-wealth-advisory/>, wobei die Angebote «Advice Advanced» und «Advice Premium» eine Portfolioüberwachung und Benachrichtigung umfassen.

<sup>24</sup> Entwurf zum Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz; FIDLEG), BBl 2015, S. 8901 ff.

<sup>25</sup> Entsprechend erfolgt bei der «transaktionsorientierten Anlageberatung» die Anlageberatung nicht im Kontext des gesamten Kundenportfolios. Dabei bestehen im Rahmen der Tätigkeit andere Pflichten für die Bank. Die transaktionsorientierte Anlageberatung wird im Rahmen dieser Arbeit nicht behandelt. Wenn immer von Anlageberatung die Rede ist, wird damit die «umfassende Anlageberatung» angesprochen.

an quantitativen Aspekten wie der Häufigkeit oder der Dauer der Beratung, sondern aufgrund qualitativer Kriterien.<sup>26</sup> Gemeint ist damit, dass man eine Anlageberatung durch eine Bank bereits im Rahmen der Erstberatung als umfassende Anlageberatung – und somit nicht als transaktionsorientierte Anlageberatung – qualifizieren kann, sollte sich die Beratung nicht nur auf einzelne isolierte Transaktionen beziehen, sondern das gesamte Kundenportfolio umfassen bzw. berücksichtigen.<sup>27</sup>

Letztlich ist die Entscheidungsgrundlage, welche Dienstleistungsart und als Folge dessen welche Pflichten im konkreten Fall vorliegen oder anzuwenden sind, der Vertrag oder die Vereinbarung zwischen Bank und Kunde und/oder was praktiziert wird und wovon dementsprechend nach guten Treuen ausgegangen werden darf. Auch in einem (transaktionsbasierten) Anlageberatungsverhältnis kann sich ausnahmsweise eine Überwachungs- und Warnpflicht ergeben. In diesem Zusammenhang wird oft BERTSCHINGER zitiert, der bei Vorliegen einer besonderen Vertrauensbasis auch in einem Anlageberatungsverhältnis ohne ausdrückliche Vereinbarung, jedoch gestützt auf Treu und Glauben eine Überwachungs- und Warnpflicht bejaht, sofern «die Bank ohnehin laufend mit dem Kunden in Kontakt steht und dieser wegen anderer Papiere auf sie zukommt»<sup>28,29</sup> In solchen Konstellationen hat die Bank den Kunden nach Treu und Glauben auf offensichtliche Problemsituationen hinzuweisen.<sup>30</sup> In der Lehre wird das Auslösen von Transaktionen für einen Kunden ohne Vorliegen eines Vermögensverwaltungsmandats sowie ohne Vorliegen konkreter Einzelaufträge als «unechtes» oder «verdecktes» Portfolio-Management bezeichnet.<sup>31</sup> Der Übergang von Anlageberatung zu Vermögensverwaltung kann in der Praxis demnach ein fließender sein.<sup>32</sup>

---

<sup>26</sup> ANDERMATT, S. 76.

<sup>27</sup> Vgl. BBl 2015 8957. *E contrario* lässt die vorgeschlagene Regelung des E-FIDLEG den Schluss zu, dass auch eine auf Dauer angelegte Anlageberatung, welche das (Gesamt-) Vermögen bzw. das Depot des Kunden nicht umfasst, stets nur als transaktionsorientierte Anlageberatung mit den entsprechenden eingeschränkten Pflichten der Bank, nämlich der Prüfung der Angemessenheit, zu qualifizieren ist. Vgl. für eine Würdigung der Regelung gemäss E-FIDLEG ANDERMATT, S. 76 f.

<sup>28</sup> HOPT, Kapitalanlegerschutz, S. 436.

<sup>29</sup> Bestätigend BGer 4A\_525/2011 vom 3. Februar 2012, E. 8.1; BERTSCHINGER, S. 225.

<sup>30</sup> BERTSCHINGER, S. 225; ABEGGLEN, Vermögensverwaltung II, S.73 f. und insb. S. 77.

<sup>31</sup> EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Bankgeschäft VII, Rz 1770 und 1771.

<sup>32</sup> Als dritte Kategorie gelten *Execution Only*- und *Reverse Solicitation*-Beziehungen. Im Gegensatz zur Vermögensverwaltung und zur Anlageberatung führt die Bank dabei punktuell Börsengeschäfte für den Kunden aus. Zwischen Bank und Kunde besteht nur eine Konto- und Depotbeziehung. Als *Execution Only*-Aufträge gelten Dienstleistungen, welche ausschliesslich in der Ausführung oder Übermittlung von Kundenaufträgen bestehen; *Reverse Solicitation* bedeutet hingegen, dass die Geschäfte auf Veranlassung des Kunden

## 2. Rechtliche Qualifikation der Finanzdienstleistungsverträge

### 2.1 Vermögensverwaltungs- und Anlageberatungsvertrag

Der Vermögensverwaltungs- bzw. Anlageberatungsvertrag bildet die Grundlage der Rechtsbeziehungen zwischen der Bank und dem Kunden. Nach heute herrschender Lehre und Rechtsprechung wird der mit einer Bank geschlossene Vermögensverwaltungsvertrag als einfacher Auftrag nach Art. 394 ff. OR qualifiziert.<sup>33</sup> Die Bank schuldet dabei keinen Erfolg, sondern die Einhaltung der Sorgfalts- und Treuepflichten. Sie sind der Massstab für die korrekte Erfüllung. Daraus ergeben sich verschiedene Informationspflichten.<sup>34</sup>

Die Finanzdienstleistung der Anlageberatung unterliegt gemäss herrschender Lehre ebenso dem Auftragsrecht.<sup>35</sup> Jedoch sind die im Einzelnen aus einem Beratungsvertrag resultierenden auftragsrechtlichen Pflichten situations- und kundenabhängig<sup>36</sup> und der Umfang der Informationspflichten unterscheidet sich insbesondere danach,

---

erbracht werden. Die zivilrechtlichen Verhaltenspflichten der Bank sind im Vergleich zu Vermögensverwaltungs- oder (umfassenden) Anlageberatungsverträgen stark reduziert und die Eigenverantwortung des Kunden steht im Vordergrund. *Vgl.* dazu EGGEN, Finanzprodukte, S.629.

<sup>33</sup> Aus der Rechtsprechung BGE 115 II 62, E. 1, S. 63; BGE 124 III 155, E. 2b, S. 161; BGE 137 III 393 E. 2.1, S. 395; BGer 4A\_427/2011 vom 29. November 2011, E. 3; aus der Lehre HOPT, Bankrecht, S. 141 f.; SPÄLTI, S. 34 ff., sofern die «Verwaltung» in Form von Anlageentscheiden, deren Vollzug sowie die Überwachung der angelegten Vermögenswerte im Vordergrund steht; THALMANN, Privatrecht, S. 191 ff.; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 5 f.; BERTSCHINGER, S. 18 f.; GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 26; CERUTTI, S. 74; SCHENKER, Suitability & Appropriateness, S. 15; TRAUTMANN/VON DER CRONE, Anlegerschutz kontrovers diskutiert, S. 135; SCHALLER, Handbuch, Rz 94, FN 201.

<sup>34</sup> *Vgl.* zur Diskussion aus der Lehre etwa HOPT, Bankrecht, S. 138 ff. und insb. S. 141; ZOBL, Festgabe Schlupe, S. 323 ff.; THALMANN, Privatrecht, S. 191 f.; GUTZWILLER, Beweislast, S. 58 ff.; BERTSCHINGER, S. 16 f.; BK-FELLMANN, Art. 398 OR, Rz 430 sowie Art. 394 OR, Rz 360 f.; GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 14; SPÄLTI, S. 34.

<sup>35</sup> Aus der Rechtsprechung BGer 4A\_168/2008 vom 11. Juni 2008, E. 2.3: «Le contrat de conseil en placements, en tout cas en ce qui concerne les devoirs et la responsabilité du conseiller en placements, relève du mandat au sens des art. 394 ss CO.» *Vgl.* auch BGer 4C.27/2003 vom 26. Mai 2003, E. 3.2.2; aus der Lehre GUGGENHEIM, S. 72; ROTH U., Festschrift Kleiner, S. 11, sofern ein entgeltlicher und schriftlicher Anlageberatungsvertrag abgeschlossen wird; BRETTON-CHEVALLIER, Gérant, S. 74, FN 176, der darauf hinweist, dass das Bundesgericht in BGE 124 III 155 bezüglich den Informationspflichten nicht zwischen dem Vermögensverwalter und dem Anlageberater differenziert.

<sup>36</sup> TRAUTMANN/VON DER CRONE, Anlegerschutz kontrovers diskutiert, S. 136.

ob die transaktionsbasierte oder die umfassende Anlageberatung erbracht wird.<sup>37</sup> Die Hauptpflicht der Bank besteht bei beiden Arten der Anlageberatung stets in der Information und Beratung des Kunden über eine oder mehrere Anlagen.<sup>38</sup> Dabei benötigt die Bank bei der Erbringung von Beratungs- wie bei Vermögensverwaltungsdienstleistungen Angaben über den Kunden, um ihn angemessen betreuen zu können.<sup>39</sup> Bei der umfassenden Beratung unterliegt die Bank zusätzlich sogar vergleichbaren Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten wie bei der Erbringung der Vermögensverwaltungsdienstleistung.<sup>40</sup> Im Rahmen dieser Pflichten obliegt der Bank auch die *Suitability*-Prüfung, ob eine Investition für den Kunden angesichts der Vermögensverhältnisse, Anlageziele und Erfahrungen geeignet ist.<sup>41</sup> Daraus ergibt sich, dass sich der Pflichtenkanon der Bank bei Erbringung der umfassenden Anlageberatung sowie bei der Vermögensverwaltung vergleichbar gestalten kann. Entscheidend sind die Umstände im Einzelfall.<sup>42</sup>

Ganz allgemein betrachtet ist der Inhalt dieses Auftragsverhältnisses zwischen Bank und Kunde die *lege artis* vorgenommene Investition des anvertrauten Vermögens in Anlageinstrumente auf Rechnung und Gefahr des Kunden.<sup>43</sup> GUTZWILLER definiert den Gegenstand des Vermögensverwaltungsvertrages als «die auf einem besonderen Vertrauensverhältnis beruhende Einräumung von Verfügung über Vermögenswerte an eine als hierfür besonders qualifiziert angesehene Person oder Gesellschaft zum Zwecke der Anlage gemäss den Zielsetzungen des Eigentümers».<sup>44</sup>

---

<sup>37</sup> Vgl. dazu § 4 I.

<sup>38</sup> EGGEN, Finanzprodukte, S. 627.

<sup>39</sup> Vgl. dazu § 6.

<sup>40</sup> Das Bundesgericht erwähnt zwar regelmässig, dass bei der Vermögensverwaltung die umfassendsten Pflichten vorliegen, vgl. BGE 124 III 155, E. 3a, S. 162 f.; BGE 119 II 333, E. 5a; BGE 115 II 62, E. 3a; BGer 4A\_364/2013 vom 5. März 2014, E. 6.3. Dies betrifft in erster Linie jedoch die fortlaufenden Überwachungspflichten, vgl. EMMENEGGER/DÖBELI, S. 763. Entscheidend sind stets die konkrete Vertragsgestaltung und die gelebte Vertragsbeziehung im Einzelfall. Besteht nämlich zwischen den Parteien ein besonderes Vertrauensverhältnis, darf der Auftraggeber unter gewissen Umständen unaufgefordert Auskunft erwarten, *so etwa* BUCHER, OR AT II, § 13 III, S. 220; DERENDINGER, Rz 131; EGGEN, Finanzprodukte, S. 627.

<sup>41</sup> EGGEN, Finanzprodukte, S. 627.

<sup>42</sup> Vgl. dazu § 11.

<sup>43</sup> SCHENKER, Suitability & Appropriateness, S. 15; GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 23.

<sup>44</sup> GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 24; *bereits früher* SPÄLTI, S. 73 «Der Verwaltungsauftrag zeichnet sich durch ein besonderes Vertrauens- und Interessenwahrungsverhältnis aus und bestimmt damit das Mass der gegenseitigen Aufklärungspflicht.»

Damit geht einher, dass die Bank typischerweise einen Einblick in die Verhältnisse des Kunden erlangt, der über das im Rechtsverkehr übliche Mass hinausgeht.<sup>45</sup> In diesem Zusammenhang erlangt die Treuepflicht und das besondere Vertrauensverhältnis als weitere Wesensmerkmale des Auftrages besondere Bedeutung.<sup>46</sup>

## 2.2 Wesensmerkmale des Auftragsrechts

### a. Vertrauensverhältnis zwischen Bank und Kunde

Vertrauen kommt in der Bank/Kunden-Beziehung eine grundlegende Bedeutung zu. Dies zeigt sich einerseits daran, dass Vertrauen ein Wesensmerkmal der auftragsrechtlichen Beziehung zwischen Bank und Kunde darstellt, aber andererseits auch, dass es bereits des Vertrauens als Vertragsgrundlage bedarf.<sup>47</sup>

#### (1) «Vertrauensbegriff»

Als Vertrauensverhältnis gilt ein auf gegenseitiges Vertrauen gegründetes Verhältnis von Personen zueinander.<sup>48</sup> Vertrauen wird definiert als festes Überzeugtsein von der Verlässlichkeit und Zuverlässigkeit einer Person oder einer Sache.<sup>49</sup>

Aus ökonomischer Sicht bedeutet Vertrauen «die freiwillige Erbringung einer riskanten Vorleistung unter Verzicht auf explizite vertragliche Sicherungs- und Kontrollmassnahmen gegen opportunistisches Verhalten in der Erwartung, dass sich der andere, trotz Fehlens solcher Schutzmassnahmen, nicht opportunistisch verhalten wird».<sup>50</sup> Ähnliche Definitionen zeigen Vergleiche in der Vertrauensforschung: «Trust is the willingness of a party to be vulnerable to the actions of another party based on

<sup>45</sup> Aus der deutschen Lehre WECH, S. 79.

<sup>46</sup> Als Wesensmerkmale des Auftragsrechts gelten folgende Elemente: Zielgerichtete Arbeitsleistung, Sorgfaltshaftung, Wahrung fremder Interessen und Treueverpflichtung, organisatorische Selbständigkeit des Beauftragten, Handeln auf fremde Rechnung sowie auf fremde Gefahr und besonderes Vertrauensverhältnis. *Vgl.* zum Ganzen BK-FELLMANN, Art. 394 OR, Rz 91–128; HOFSTETTER, SPR VII/2, S. 32 ff.; BSK-WEBER, Art. 394 OR, Rz 3.

<sup>47</sup> Daraus ergibt sich auch das Bedürfnis bei Störung des Vertrauens jederzeit vom Vertrag zurückzutreten. *Vgl.* Art. 404 OR.

<sup>48</sup> *Siehe* [www.duden.de](https://www.duden.de), «Vertrauensverhältnis», gefunden am 2. Februar 2018 unter <https://www.duden.de/rechtschreibung/Vertrauensverhaeltnis>.

<sup>49</sup> *Siehe* [www.duden.de](https://www.duden.de), «Vertrauen», gefunden am 2. Februar 2018 unter <https://www.duden.de/rechtschreibung/Vertrauen>.

<sup>50</sup> RIPPBERGER, S. 45.

the expectation that the other will perform a particular action important to the trustor, irrespective of the ability to monitor or control that other party.»<sup>51</sup>

## (2) *Vertrauen als Vertragsgrundlage*

Die Erteilung eines Auftrages gründet regelmässig auf dem Vertrauen des Auftraggebers in den Beauftragten.<sup>52</sup> Das Vertrauen des Bankkunden in die Bank bezieht sich auf verschiedene Ebenen, nämlich auf ihre finanzielle Solidität, ihre Integrität, aber auch auf ihre Fähigkeiten und Qualifikationen, sowie letztlich, dass sie die Interessen des Kunden wahrt.<sup>53</sup>

Das Vertrauensverhältnis besteht seit jeher bei der Verwaltung fremden Privatvermögens; so geht es auf das römisch-rechtliche Modell der *fiducia* zurück.<sup>54</sup> Die Übergabe eines Teils des Vermögens vom Vermögensinhaber an einen Dritten setzte bereits damals ein hohes Vertrauen des Vermögensinhabers in die Person des Vermögensverwalters voraus, d. h. in dessen Integrität, Fachkenntnis und Fähigkeiten.<sup>55</sup>

In der heutigen Bank/Kunden-Beziehung spielt das Vertrauen immer noch eine zentrale Rolle.<sup>56</sup> So ist die Tätigkeit der Bank nicht greifbar und sie wird für den Kunden bspw. nur durch den periodischen Erhalt von Konto- und Depotauszügen sichtbar.<sup>57</sup>

---

<sup>51</sup> MAYER/DAVIS/SCHOORMAN, S. 712.

<sup>52</sup> BK-FELLMANN, Art. 394 OR, Rz 124.

<sup>53</sup> EMMENEGGER/DÖBELI, S. 753 f., die das Kundenvertrauen in die Bank in vier Vertrauensebenen unterteilen: Grundvertrauen, Integritätsvertrauen, praktisches Vertrauen und strategisches Vertrauen; *ähnlich* bereits HOFSTETTER, SPR VII/ 2 I, S. 33, der ausführt, weshalb sich das Auftragsverhältnis von anderen Geschäftsbeziehungen durch das Element des besonderen Vertrauensverhältnisses abgrenzen lässt. Dieses besondere Vertrauensverhältnis liegt insofern vor, «als der Auftraggeber sich tatsächlich auf die fachliche Fähigkeiten und charakterlichen Qualifikation des Beauftragten dort verlässt, wo die Auftragsbefriedigung hohe berufliche Anforderungen stellt oder der Beauftragte Einblick in sehr persönliche Angelegenheiten des Auftraggebers oder Dritter erhält und wo Nichterfüllung und Schlechterfüllung irreparable Nachteile bewirken».

<sup>54</sup> *Siehe* zur Entwicklung fiduziarischer Rechtsverhältnisse des römischen Rechts etwa SCHÖNY, S. 3 ff.; FISCHBACH, S. 4 ff.; ROTH H., Trust, S. 54 ff.

<sup>55</sup> SCHALLER, Handbuch, Rz 7 ff.

<sup>56</sup> *Allgemeiner* NOBEL/BRÄNDLI, Bank Secrecy, S. 312, wonach das Vertrauensprinzip *a fortiori* für Bankverträge gilt, «as they are usually characterised by a special relationship of trust between the bank and its client».

<sup>57</sup> Nicht in jeder Hinsicht entspricht die heutige Vermögensverwaltung den römisch-rechtlichen Modellen. In Bezug auf den geschäftlichen Eigenbereich des Beauftragten hat die heutige Vermögensverwaltung bspw. wenig mit dem römischrechtlichen *mandatum* gemein, welches in der unentlichen Übernahme der Geschäftsführung für abwesende Freunde bestand. *Vgl.* ROBERTO, Herausgabepflicht, S. 37; *ausführlicher* zur Frage, inwiefern die auftragsrechtlichen Regeln den Gegebenheiten der heutigen Dienstleistungs-

Die Beurteilung der Qualität durch den Kunden ist aufgrund des Wissensdefizits gegenüber der Bank kaum möglich.<sup>58</sup> «So empfindet der Kunde Unsicherheit, welche sich in einem wahrgenommenen Risiko manifestiert. Um trotzdem in eine Geschäftsbeziehung mit der Bank einzutreten und zur Kompensation des Risikos, benötigt es Vertrauen.»<sup>59</sup>

Neuere Regulierungsvorhaben versuchen nun durch zusätzliche Informationspflichten, die Informationsasymmetrien<sup>60</sup> zwischen der Bank und dem Kunden zu verringern und dadurch den Schutz des Kundenvertrauens in die Bank zu stärken. Doch wird sich ein Kunde nie das Fachwissen einer Bank aneignen können, da er andernfalls wohl nicht mehr die Dienstleistung der Bank in Anspruch nehmen müsste. Auch können Kunden nicht verpflichtet werden, sich detailliertes Wissen anzueignen. Das Vertrauen in die Bank muss deshalb geschützt werden, weil sich Informationsasymmetrien einerseits nie ganz beseitigen lassen<sup>61</sup>, anderseits Vertrauen als Informationssurrogat gilt und durch nichts anderes selber ersetzt werden kann.<sup>62</sup> So ist es nicht verwunderlich, dass das Vertrauensverhältnis von der überwiegenden Mehrheit der Kunden als Grundlage des Bankgeschäfts angesehen wird.<sup>63</sup>

Die Bank hat ihrerseits Vertrauen dem Kunden gegenüber zu erbringen. So hat die Bank gemäss REINLE aufgrund «des Vertrauensverhältnisses davon auszugehen, dass es sich bei ihrem Bankkunden um einen seriösen Kunden handelt. Erst dann, wenn einschlägige Anhaltspunkte an der Seriosität des Bankkunden zweifeln lassen, soll sie deshalb Massnahmen in Zusammenhang mit der Geldwäschereibekämpfung

---

wirtschaft noch entsprechen etwa LOMBARDINI/MACALUSO, S. 188 f.; *allgemein* zu den historischen Aspekten des Auftrags BK-GAUTSCHI, Art. 394 OR, Rz 2; *siehe* zur Rechenschaftsablegung gegenüber dem Kunden § 10.

<sup>58</sup> HEIDEN, S. 90 f.

<sup>59</sup> KOOT, S. 11

<sup>60</sup> Als Asymmetrie gilt eine Ungleichmässigkeit, ein Mangel an Symmetrie. *Siehe* [www.duden.de](http://www.duden.de), «Asymmetrie», gefunden am 1. Februar 2018 unter <https://www.duden.de/rechtschreibung/Asymmetrie>.

<sup>61</sup> Die Aufklärungs- und Beratungspflichten können Konflikte wie die Informationsasymmetrie zwar abmildern, aber nicht ganz beseitigen. *Vgl.* LEHMANN, Rz 537 und 539; *allgemeiner* in Bezug auf die Notwendigkeit des Vertrauens in professionelle Marktauftritte von Finanzintermediären NOBEL, Finanzmarktrecht III, Vorwort, Rz 13.

<sup>62</sup> HAFNER, S. 200: «Diese informationsersetzende Funktion von Vertrauen rechtlich zu negieren bedeutet, dass das Vertrauen gerade in seinem Wesen und in seinen Wirkungen verkannt würde.» *Vgl.* auch LUHMANN, S. 43; DRUEY, S. 227 f.

<sup>63</sup> HEIDEN, S. 92. Befragt wurden im Jahre 2007 150 Personen mit Wohnsitz in Deutschland. *Vgl.* zur Methodik dieser empirischen Untersuchung S. 41 ff.

treffen und allenfalls eine Meldung erstatten, wenn sich der Verdacht erhärtet.»<sup>64</sup> Weiter muss die Bank bei der Erörterung der Kundenbedürfnisse auf die Richtigkeit der Angaben zu den finanziellen, beruflichen und familiären Verhältnissen des Kunden vertrauen.<sup>65</sup>

Das Vertrauen des Kunden ist jedoch weitreichender. So vertraut der Kunde darauf, dass die Bank seinen Bedarf richtig erkennt, dass die Bank die für seine Verhältnisse geeigneten Anlagen anbietet sowie dass die der Bank vom Kunden offenbarten privaten Informationen vertraulich behandelt werden und sein Recht auf Privatsphäre gewahrt bleibt.<sup>66</sup>

Es kann festgehalten werden, dass das Vertrauen des Kunden in die Bank als unabdingbare Voraussetzung für eine Geschäftsbeziehung gilt. Der Kunde wird die Tätigkeit der Bank nie gänzlich kontrollieren können. Durch die vertrauensvolle Beziehung zwischen Bank und Kunde wird aber u.a. der Umgang des Kunden mit dem wahrgenommenen Risiko erleichtert und sein Kontrollaufwand reduziert sich.<sup>67</sup> Er erbringt eine riskante Vorleistung, indem er im Hinblick auf den erwarteten Vertragsabschluss einerseits persönliche Informationen preis- sowie andererseits seine Vermögenswerte übergibt.

Als Funktion von Vertrauen gilt dementsprechend die Reduktion von Komplexität.<sup>68</sup> Durch Vertrauen lässt sich nämlich die in der Umwelt vorhandene Komplexität und Unsicherheit durch eine innere Ordnung kompensieren.<sup>69</sup> Somit beruht Vertrauen auf einer Täuschung, da eigentlich nicht ausreichend viele Informationen verfügbar sind, um erfolgssicher handeln zu können. Über die fehlende Information setzt sich der Vertrauende jedoch bewusst hinweg, damit er handlungsfähig bleibt.<sup>70</sup> Grundsätzlich basiert das ganze Bankensystem im Wesentlichen auf Vertrauen. Dies zeigt sich daran, dass Krisen stets auch Vertrauenskrisen sind. So lösen Vertrauensverluste

---

<sup>64</sup> REINLE, Rz 28; *siehe* zu den aktuellen Anforderungen an die GwG-Verdachtsschwelle § 12 1.

<sup>65</sup> *Ausführlicher* dazu in Zusammenhang mit den Grenzen der Erkundigungspflicht § 6 5.

<sup>66</sup> HEIDEN, S. 91; *siehe* auch FN 53, wonach sich das Kundenvertrauen in vier Ebene unterteilen lässt (Grundvertrauen, Integritätsvertrauen, praktisches Vertrauen und strategisches Vertrauen).

<sup>67</sup> STEINER-KOGRINA, S. 10.

<sup>68</sup> LUHMANN, S. 27.

<sup>69</sup> ROSSMANN, S. 21.

<sup>70</sup> LUHMANN, S. 38.

Krisen aus, die sich verschlimmern können, was letztlich wiederum zu noch breiteren Vertrauensverlusten führt.<sup>71</sup>

In einem Markt, in dem alle Informationen symmetrisch verteilt sind, ist die Bedeutung von Vertrauen hingegen begrenzt<sup>72</sup>; bei ausreichendem Wissen ist Vertrauen sogar überflüssig.<sup>73</sup> In Bezug auf Kundenbeziehungen erhöht Vertrauen die Bereitschaft, gegenseitig Informationen auszutauschen.<sup>74</sup> Schliesslich bestimmt das Ausmass der verfügbaren Informationen massgeblich die spätere Qualität der Leistung.<sup>75</sup> Der Kunde hat in dieser Beziehung *ex ante* keine umfassende Sicherheit über die Leistung des Anbieters.<sup>76</sup> Er hofft und vertraut darauf, dass aus einer gemeinsamen Kooperation Vorteile auf seiner Seite entstehen und seine Erwartungen an die Bank nicht enttäuscht werden.

## b. Fremde Interessen und Treuepflicht

Nach Art. 394 Abs. 1 OR verpflichtet sich der Beauftragte durch die Annahme eines Auftrages die Geschäfte oder die ihm übertragenen Dienste vertragsgemäss zu besorgen. «Damit verschreibt er sich der Wahrung fremder Interessen.»<sup>77</sup> Zur vertragsgemässen Besorgung der übertragenen Geschäfte oder Dienste gehört auch die getreue und sorgfältige Ausführung, welche sich aus Art. 398 Abs. 2 OR ergibt.

Die Treuepflicht des Beauftragten ist eine «besonders intensive Form des Grundsatzes von Treu und Glauben».<sup>78</sup> Sie verpflichtet zur aktiven Wahrung fremder Interes-

<sup>71</sup> Ähnlich BÄRTSCHI/HISCHI, S. 771; vgl. zum Vertrauen nach der Finanz- und Wirtschaftskrise etwa die Regierungserklärung von Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel zur Lage auf den Finanzmärkten vor dem Deutschen Bundestag am 7. Oktober 2008 in Berlin, Bulletin der Bundesregierung, Nr. 104-1 vom 7. Oktober 2008, S. 8: «Das Ziel ist, Vertrauen zurückzugeben, Vertrauen zu stärken; denn Vertrauen, das ist die Währung, in der gezahlt wird»; vgl. auch EDELMAN TRUST BAROMETER, Financial Services Results 2017, S. 22, wonach seit 2012 weltweit wieder ein Anstieg des Vertrauens in den Finanzmarkt im Umfang von 11 % zu beobachten ist; vgl. zur Bedeutung von Vertrauen in der Wirtschaft EDELMAN TRUST BAROMETER, «2017 Trust in Financial Services» vom 21. März 2017, 4. Abschnitt unter Improving Upon the Trust Gap, gefunden am 12. Februar 2018 unter <https://www.edelman.com/post/accelerating-trust-in-financial-services>: «Trust is the single most important currency in the business world.»

<sup>72</sup> BRUNETTI, S. 161 ff. und 183.

<sup>73</sup> Vgl. zum Agent-Principal-Problem etwa HUNZIKER, S. 84 ff.

<sup>74</sup> GÖTZ, S. 67; vgl. zum Vertrauen in Kundenbeziehungen ROSSMANN, S. 1 ff.

<sup>75</sup> WALTON/MARUCHECK, S. 34.

<sup>76</sup> ROSSMANN, S. 21.

<sup>77</sup> BK-FELLMANN, Art. 394 OR, Rz 105.

<sup>78</sup> BK-FELLMANN, Art. 394 OR, Rz 250.

sen.<sup>79</sup> So bilden die Interessen des Kunden stets eine Richtschnur für die Bank, welche sie nach bestem Wissen und Gewissen wahren muss, d. h. insbesondere den eigenen Interessen vorzuziehen hat.<sup>80</sup>

Dass die dem Beauftragten übertragenen Geschäfte oder Dienste einzig im Interesse des Auftraggebers liegen, ist nicht notwendig. Die Ausführung des Auftrages darf gleichzeitig im Interesse des Auftraggebers als auch im Interesse des Beauftragten liegen.<sup>81</sup> Im Falle einer Interessenkollision zwischen den Zielen des Auftraggebers und den Absichten des Beauftragten haben die Interessen des Auftraggebers Vorrangstellung und der Beauftragte hat seine eigenen unterzuordnen.<sup>82</sup> Da der Auftraggeber dem Beauftragten seine eigene Angelegenheit anvertraut, muss sich der Beauftragte das fremde Interesse zu eigen machen. Er ist verpflichtet, alles zu tun, was den Interessen des Auftraggebers förderlich ist, und alles zu unterlassen, was diesem schadet.<sup>83</sup>

Gestützt auf Art. 398 Abs. 2 OR ergeben sich aus der Treuepflicht weitere Haupt- sowie Nebenpflichten und Nebenleistungspflichten. Als wichtigste Verhaltenspflichten der Bank gelten die Diskretions- und Geheimhaltungspflicht sowie die Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten.<sup>84</sup> Die Verhaltenspflichten des Kunden sind

---

<sup>79</sup> In Bezug auf die Aufklärungs- und Beratungs- bzw. Interessenwahrungspflichten im Rahmen der Vermögensverwaltung: «Wenn der Vermögensverwalter die finanziellen Bedürfnisse des Kunden zutreffend einstuft und dessen Risikoneigung und Risikofähigkeit voll erfasst hat, muss er in der Lage sein, die Anlagen sachgerecht und vollumfänglich im Interesse des Kunden liegend festzulegen.» Vgl. BGer 4A\_364/2013, 4A\_394/2013, 4A\_396/2013 vom 5. März 2014, E. 6.6.5; *allgemeiner* zur auftragsrechtlichen Wahrung fremder Interessen BUCHER, OR BT III, § 12 VI, S. 230; DERENDINGER, Rz 35–41 und 154; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 106–122.

<sup>80</sup> ZOBL, S. 329 ff.; *strenger* SCHMID D., FN 663, der sich dafür ausspricht, dass solange keine gleichgerichteten Interessen der Vertragspartner bestehen, die Bank ihre Eigeninteressen immer hinter diejenigen des Kunden zurückzustellen hat; SCHALLER, Handbuch, Rz 296.

<sup>81</sup> *Mandatum mea et tue gratia*, die Interessen sind jedoch allseitig und nicht gleichartig: BK-FELLMANN, Art. 394 OR, Rz 106.

<sup>82</sup> HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 106–108.

<sup>83</sup> BGE 115 II 62, E. 3a, S. 64 f.; DERENDINGER, Rz 152; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 106–108.

<sup>84</sup> Diese ergeben sich aus der Treue- und Sorgfaltspflicht des Beauftragten. Vgl. etwa BSK-WEBER, Art. 398 OR, Rz 8 ff.; vgl. aus der deutschen Lehre Bankvertrags-Handbuch-HOPT/ROTH, § 1, Rz 69; *siehe* zu den einzelnen Informationsvermittlungspflichten § 11.

weniger weitreichend und ergeben sich überwiegend aus dem Vermögensverwaltungsvertrag oder den allgemeinen Geschäftsbedingungen.<sup>85</sup>

### **3. Zwischenfazit**

Als Grundlage der Rechtsbeziehungen zwischen Bank und Kunde gilt der Vermögensverwaltungs- bzw. Anlageberatungsvertrag, auf welchen die Regeln des Auftragsrechts nach Art. 394 ff. OR Anwendung finden. Auf Kundenseite beruht die Übergabe von Vermögenswerten an eine Bank, aber auch die Offenbarung von Informationen gegenüber einer Bank, auf mannigfaltigem Vertrauen sowie auf der Annahme, dass die eigenen Interessen gewahrt bleiben. Aus dem zivilrechtlichen Verhältnis zwischen der Bank und dem Kunden und den daran anknüpfenden, vielschichtigen Normen ergeben sich diverse Informationspflichten.

---

<sup>85</sup> Die auftragsrechtlichen Pflichten des Auftraggebers beschränken sich auf Auslagen- und Verwendungsersatz sowie auf Schadenersatz bei Verschulden. *Vgl.* dazu Art. 402 OR; bei den weiteren Verhaltenspflichten des Kunden handelt es nicht um echte Vertragspflichten, sondern bloss um Obliegenheiten. *Vgl.* zur Unterscheidung etwa BK-FELLMANN, Art. 394 OR, Rz 279 ff.

## § 5 Informationspflichten

Die folgenden Ausführungen gewähren einen Überblick über die informationspflicht-relevanten Rechtsgrundlagen der Bank im Rahmen ihrer Vermögensverwaltungs- und Anlageberatungstätigkeit.

Einleitend wird dazu auf den Oberbegriff «Informationspflicht» und dessen Funktionen eingegangen, um im Anschluss den vielschichtigen Normenkomplex der einzelnen Rechtsgrundlagen zu erläutern. Dabei wird bereits auf das Zusammenspiel der unter den Begriff der «Informationspflichten» fallenden Pflichten eingegangen sowie, sofern relevant, die Entstehungsgeschichte der einzelnen Rechtsgrundlagen kurz dargelegt.

### 1. Begriff und Funktionen

Die Tätigkeit der Bank ist vor, während sowie unter Umständen nach der Geschäftsbeziehung charakterisiert von einem Austausch an Informationen. Diese Informationspflichten sind unterschiedlich ausgeprägt. Eine Kategorisierung kann dahingehend erfolgen, ob die Informationspflichten spontan und nach Bedarf, wie bspw. die Meldepflicht der Bank bei Geldwäschereverdacht oder die zivilrechtliche Aufklärungs- und Warnpflicht der Bank, oder auf Anfrage oder Ersuchen, wie die zivilrechtliche Rechenschaftspflicht oder die Weitergabe einer Kopie der AIA-Meldung, zu erfüllen sind.<sup>86</sup> Hinzugefügt wurde neu die dritte Kategorie, der automatische Informationsaustausch, der den Informationsfluss von der Bank an die Steuerbehörde des Wohnsitzstaates des Bankkunden sicherstellen soll.<sup>87</sup> Darüber hinaus ist eine Unterteilung der Informationspflichten der Bank dahingehend möglich, ob sie verpflichtet wird, Informationen zu sammeln, zu vermitteln oder weiterzugeben.<sup>88</sup>

Der Begriff «Informationspflicht» findet sich als Oberbegriff in unterschiedlichen Begriffen wieder, so beispielsweise in Erkundigungs-, Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten, Anzeige-, Auskunft-, Hinweis-, Mitteilungs-, Offenbarungs-, Unter-

---

<sup>86</sup> Vgl. für die Kategorisierung DRUEY, S. 115; vgl. für die einzelnen Informationspflichten Art. 9 GwG, Art. 398 Abs. 2 und Art. 400 Abs. 1 OR sowie Art. 14 Abs. 4 AIAG.

<sup>87</sup> Vgl. dazu Art. 15 FATCAG und Art. 10 AIAG.

<sup>88</sup> In der vorliegenden Arbeit wird diese Unterteilung vorgenommen. *Siehe* «zweiter Teil: Sammlung von Bankkundeninformationen», «dritter Teil: Vermittlung von Informationen» und «vierter Teil: Weitergabe von Bankkundeninformationen».

richtungs- oder Meldepflichten.<sup>89</sup> Die zugrundeliegende Gemeinsamkeit dieser Pflichten besteht darin, dass Informationen von einem Sender an einen Empfänger übermittelt werden müssen.<sup>90</sup> Diese Pflichten werden von den Gerichten uneinheitlich interpretiert, weshalb von der Begrifflichkeit nicht ohne weiteres auf den Umfang der Pflicht geschlossen werden darf.<sup>91</sup>

Die unter den Obergriff der «Informationspflichten» fallenden Pflichten der Bank sind eng miteinander verknüpft.<sup>92</sup> So ist die notwendige Aufklärung, Beratung und Warnung nur möglich, wenn vorher Erkundigungen eingeholt worden sind.<sup>93</sup> Die Bank kann diesen Informationspflichten gegenüber dem Kunden oft nur gerecht werden, wenn sie ihrerseits vom Kunden die nötigen Informationen erhält.<sup>94</sup> «So bestimmt sich das Mass der notwendigen Risikoinformation durch den Erfahrungsgrad des Kunden», welchen die Bank im Rahmen ihrer Erkundigungspflichten vorab klärt.<sup>95</sup>

Gleichzeitig werden den Banken gesetzlich Melde- oder Auskunftspflichten gegenüber Behörden bezüglich der gesammelten Information auferlegt. Grundsätzlich bedarf es, um eine Auskunft verlangen zu können, eines Informationsrechts einer Behörde, welches dann wiederum eine Auskunftspflicht für die Bank bedeutet.<sup>96</sup>

Für die Bank gilt es, einen vielschichtigen Normenkomplex zu beachten. Aufgrund des Vertrags gelten als Basis die Bestimmungen des Privatrechts.

---

<sup>89</sup> Vgl. dazu ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, S. 3 f., der die «Aufklärungspflichten» je nach zu beurteilendem Sachverhalt «als Anzeige-, Hinweis-, Mitteilungs-, Offenbarungs-, Unterrichtungs-, Informations-, Beratungs- oder Warnpflichten bezeichnet» und darauf hinweist, dass sich weder Lehre noch Praxis an diese Begriffsbildungen halten; in der deutschen Lehre findet sich eine Abgrenzung zwischen Aufklärungs- und Informationspflicht etwa bei BESOLD, S. 29 f.

<sup>90</sup> Nach der deutschen Lehre ASSMANN/SETHE, Festschrift Westermann, S. 77 f., liegt die Gemeinsamkeit der Informationspflichten in der Pflicht zur Weitergabe von Tatsachewissen sowie darin, «dass sie Situationen betreffen, in denen der Schutz der Drittinteressen durch die Schaffung der für den Selbstschutz des Dritten erforderlichen informationellen Basis ausreichend ist».

<sup>91</sup> ABEGGLEN, Vermögensverwaltung II, S. 62 f.

<sup>92</sup> GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 111.

<sup>93</sup> Aus der deutschen Lehre VORTMANN, Rz 16.

<sup>94</sup> Auch nach DRUEY, S. 117, benötigt das Begehren nach Information seinerseits Informationen.

<sup>95</sup> GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 111.

<sup>96</sup> ABEGG, Bankenrecht, S. 373.

## 2. Rechtsgrundlagen

### 2.1 Privatrecht

Die Bank ist in verschiedener Hinsicht in die Privatrechtsordnung eingebunden. Insbesondere wenn zwischen der Bank und dem Kunden ein Vermögensverwaltungs- bzw. Anlageberatungsvertrag zustande kommt, ergeben sich für die Bank Pflichten gegenüber dem Kunden nach Art. 394 ff. OR.

Die auftragsrechtlichen Informationspflichten ergeben sich entweder gestützt auf die Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR oder aufgrund der Pflicht zur Rechenschaftsablegung nach Art. 400 Abs. 1 OR. Dabei muss die Bank Informationen über den Kunden sammeln, indem sie sich über ihn erkundigt, um ihn anschließend sorgfältig und interessen- bzw. anlegergerecht beraten zu können.<sup>97</sup> Die Beratungspflicht ist Bestandteil der sog. unaufgeforderten Informationsvermittlungspflichten. Dazu gehören auch die Aufklärungs- und Warnpflichten, die unter bestimmten Umständen Anwendung finden, wie bspw. bei einer «unbilligen» Informationsasymmetrie über entscheidungsrelevante Umstände oder bei Gefahr, an der Schädigung des Kunden mitzuwirken.<sup>98</sup> Daneben muss die Bank dem Kunden auf Verlangen Rechenschaft ablegen, was letztlich wiederum eine Vermittlung von Informationen darstellt.<sup>99</sup>

### 2.2 Weitere relevante Rechtsgrundlagen

Wie erwähnt, sind im Rahmen der Banktätigkeit neben den zivilrechtlichen Bestimmungen auch öffentlich-rechtliche Bestimmungen zu beachten. Darüber hinaus bestehen zu beachtende Normen der Schweizerischen Bankiervereinigung (nachfolgend SBVg) im Bereich der Selbstregulierung sowie Rundschreiben und Mitteilungen der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (nachfolgend FINMA) im Bereich des indirekten Aufsichtsrechts. Das aufsichtsrechtliche E-FIDLEG, das unter anderem auch die privatrechtlichen Beziehungen zwischen Bank und Kunden betrifft, soll als eines der neuen Dachgesetze das bisherige Säulenmodell des Finanzmarktrechts ablösen. Daneben enthalten zahlreiche finanzmarktrechtliche Spezialgesetze wie das Bankenge-

---

<sup>97</sup> Vgl. dazu § 6.

<sup>98</sup> Vgl. dazu § 11.

<sup>99</sup> Vgl. dazu § 10.

setz<sup>100</sup>, das Börsengesetz<sup>101</sup> und das Geldwäschereigesetz<sup>102</sup> wesentliche Vorschriften. Diese wurden letztlich durch das Inkrafttreten des *FATCA*-Gesetzes<sup>103</sup> und des *AIA*-Gesetzes<sup>104</sup> erweitert.

## **a. Aufsichtsrecht**

Je nach der Tätigkeit oder der Art der angebotenen Leistung erfüllt der Anbieter von individuellen Finanzdienstleistungen die aufsichtsrechtlichen Tatbestände des BankG oder des BEHG. Ferner ergeben sich weitere aufsichtsrechtliche (Informations-) Pflichten aus dem E-FIDLEG. Die Gesetzesvorlage wurde durch das Parlament in der Schlussabstimmung vom 15. Juni 2018 gutgeheissen, tritt jedoch frühestens 2019 in Kraft.<sup>105</sup> Daneben finden sich vorliegend interessierende Pflichten aufgrund der Selbstregulierung sowie des indirekten Aufsichtsrechts, wie die Rundschreiben der FINMA.<sup>106</sup>

### **(1) Banken- und Börsengesetz**

Das Anbieten von Vermögensverwaltung und Anlageberatung stellt keinen bewilligungspflichtigen Tatbestand im Sinne des BankG dar. Unterliegt aber eine Gesellschaft als Bank der Aufsicht, weil sie bewilligungspflichtige Bankgeschäfte betreibt, erstreckt sich diese Aufsicht auch auf die von der Bank angebotenen Dienstleistungen.

Gemäss Praxis der Aufsichtsbehörde ist die besonders schwerwiegende Verletzung vertraglicher Pflichten nicht vereinbar mit dem bankengesetzlichen Erfordernis der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit nach Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG. Die

---

<sup>100</sup> Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (BankG; SR 952.0).

<sup>101</sup> Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (BEHG; SR 954.1). Die nach dem Inkrafttreten des FinfraG noch verbleibenden Teile des BEHG werden ins FINIG überführt. Das BEHG wird folglich mit Inkrafttreten des FINIG aufgehoben, vgl. BBl 2015 9044.

<sup>102</sup> Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor vom 10. Oktober 1997 (GwG; SR 955.0).

<sup>103</sup> Bundesgesetz über die Umsetzung des FATCA-Abkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten vom 27. September 2013 (FATCAG; SR 672.933.6).

<sup>104</sup> Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen vom 18. Dezember 2015 (AIAG; SR 653.1).

<sup>105</sup> Vgl. etwa SBVG, Medienmitteilung vom 15. Juni 2018.

<sup>106</sup> In der vorliegenden Arbeit werden einzelne Informationspflichten, die der Selbstregulierung und Rundschreiben der FINMA entspringen, überwiegend im Geldwäschereiteil behandelt.

Aufsichtsbehörde kontrolliert bei Banken bereits heute – ohne ausdrückliche aufsichtsrechtliche Verhaltensregeln – das Verhalten der Banken<sup>107</sup> gegenüber Vermögensverwaltungs- und Anlageberatungskunden. Unter Umständen führt eine besonders schwere Verletzung der vertraglichen Sorgfalts- und Treuepflicht im Bereich dieser Dienstleistungen gleichzeitig zu einer Verletzung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit.<sup>108</sup> Da insbesondere die vertragliche Treuepflicht für die vorliegende Arbeit zentral ist, erlangt der Gewährsartikel indirekt ebenso an Bedeutung. Ob jedoch die Durchsetzung von zivilrechtlichen Pflichten über den Gewährsartikel angemessen ist, ist nicht unumstritten.<sup>109</sup>

Das Börsengesetz regelte die prudentielle Aufsicht über Effekthändler.<sup>110</sup> Im Rahmen von Vermögensverwaltungs- und Anlageberatungsdienstleistungen ergeben sich

---

<sup>107</sup> Vgl. zur Anwendbarkeit des BankG für Banken Art. 1 Abs. 1 BankG.

<sup>108</sup> Vgl. etwa EBK-Verfügung iS Banca B vom 26. Januar 1994, EBK-Bulletin 25, S. 16 ff.; EBK-Verfügung iS Bank X vom 8. März 1988, EBK-Bulletin 18, S. 26 ff.; EBK-Jahresbericht 2007, S. 47 f.; BVGer B-3708/2007 vom 4. März 2007, BVGE 2008/21; FINMA-Verfügung iS Bank Gamma vom 11. Januar 2010, FINMA-Bulletin 2010, S. 102; ausführlicher zur «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» im Lichte der jüngeren Rechtsprechung ZULAUF, S. 8 ff.

<sup>109</sup> Kritisch BÜHLER, Gewährsartikel, S. 25–34; ebenso MONSCH/VON DER CRONE, S. 654: «Die FINMA hat dabei den Gewährsartikel verbunden mit den Organisationsvorschriften zunehmend als «Wild card» interpretiert.» Ähnlich auch BOHRER, S. 324 und 325 mit Bezug zu den Fallbeispielen «Biber» und «ThinkTools»: «Beide Beispiele zeigen exemplarisch die faktische Bedeutung des Gewährsrechts als Hebel der Aufsichtstätigkeit; wollte man dieses Modell weiterspinnen, so könnte man à la limite das ganze Aufsichtsrecht abschaffen, nur noch das Erfordernis der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit festschreiben und den Rest der Auslegung der Aufsichtsbehörde und ggf. den oberinstanzlichen Verwaltungsgerichten überlassen. Natürlich wäre eine solche Lösung rechtsstaatlich defizitär, aber gewiss sehr flexibel.» Siehe zu vollzugslenkenden Verwaltungsverordnungen und dem erheblichen Ermessenspielraum bei unbestimmten Rechtsbegriffen im Allgemeinen HETTICH, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Kapitel 20, Rz 20.29 und 20.31 sowie zu den Rundschreiben der FINMA im Besonderen Rz 20.32.

<sup>110</sup> Mit Inkrafttreten des FinfraG wurde die Finanzmarktinfrastruktur einheitlich in einem Gesetz geregelt. Die im aBEHG (in der bis 1. Januar 2016 gültigen Fassung) enthaltenen Bestimmungen betreffend die Börsen und die börsenähnlichen Einrichtungen wurden im BEHG aufgehoben. Aufgehoben wurden zudem sämtliche enthaltenen Marktverhaltensregeln (Bestimmungen über die Offenlegung von Beteiligungen, Bestimmungen über die öffentlichen Kaufangebote und Bestimmungen über den Insiderhandel sowie die Markt- bzw. Kursmanipulation). Alle diese Bestimmungen wurden aufgrund ihres engen Sachzusammenhangs ebenfalls ins FinfraG überführt, siehe BBl 2014 7607. Die nach dem Inkrafttreten des FinfraG noch verbleibenden Teile des BEHG werden schliesslich ins FINIG überführt. Nach Inkrafttreten des FINIG wird das BEHG folglich aufgehoben, siehe BBl 2015, S. 9044.

die in Art. 11 BEHG statuierten Pflichten bereits aus dem Auftragsrecht.<sup>111</sup> Die auftragsrechtlichen Informationspflichten im Bereich Vermögensverwaltung und Anlageberatung gehen sogar über den börsenrechtlichen Mindeststandard hinaus.<sup>112</sup> Deshalb bleibt die praktische Relevanz von Art. 11 BEHG bezüglich Informationspflichten bei der Vermögensverwaltung und Anlageberatung gering.

## (2) *Finanzdienstleistungsgesetz*

Das Finanzdienstleistungsgesetz ist eines der neueren Finanzmarktgesetze und basiert auf dem Auftrag des Bundesrates vom 28. März 2012 an das Eidgenössische Finanzdepartement (nachfolgend EFD), wonach dieses unter Mitwirkung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (nachfolgend EJPD) und der FINMA zur Aufnahme von Projektarbeiten zur Erarbeitung einer sektorübergreifenden Regulierung von Finanzprodukten und Finanzdienstleistungen sowie zu deren Vertrieb gebeten wurde.<sup>113</sup>

Den Ausgangspunkt des FIDLEG, dem obengenannten Auftrag des Bundesrates zeitlich vorgelagert, bilden zu einem wesentlichen Teil die Massnahmen, welche die FINMA bereits 2010 zur Verbesserung des Kundenschutzes in ihrem Positionspapier<sup>114</sup> vorschlug. Diese Themen wurden durch das im Februar 2012 publizierte FINMA-Positionspapier<sup>115</sup> nochmals behandelt.<sup>116</sup> Verbessert werden soll der Kun-

---

<sup>111</sup> Gegenstand der aufsichtsrechtlichen Informationspflicht nach Art. 11 Abs. 1 BEHG sind gemäss Wortlaut nur die mit einer bestimmten Geschäftsart verbundenen Risiken, vgl. BSK-BAHAR/STUPP, Art. 11 BEHG, Rz 42; Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG. Daraus ergibt sich, dass die börsenrechtliche Informationspflicht der Effektenhändler nicht einer Anlageberatungspflicht gleichzustellen ist und dass der Effektenhändler weder zu den Risiken und Opportunitäten einer bestimmten Transaktion noch zur Eignung einer bestimmten Geschäftsart für den einzelnen Kunden Stellung nehmen muss, vgl. BSK-BAHAR/STUPP, Art. 11 BEHG, Rz 43; vgl. auch BGE 133 III 98, E. 5 und 7; SIBBERN/VON DER CRONE, S. 177, wonach sich insbesondere aufgrund der in Art. 11 Abs. 2 BEHG erwähnten Abstufung «keine [...] allgemeine positive Erkundigungspflicht» ableiten lässt.

<sup>112</sup> TRAUTMANN/VON DER CRONE, Anlegerschutz kontrovers diskutiert, S. 156; EMMENEGGER, Festschrift von Büren, S. 649.

<sup>113</sup> BBI 2015 8902.

<sup>114</sup> FINMA Vertriebsbericht 2010, «Regulierung von Produktion und Vertrieb von Finanzprodukten an Privatkunden – Stand, Mängel und Handlungsoptionen», vom Oktober 2010 (nachstehend FINMA, Vertriebsbericht 2010).

<sup>115</sup> FINMA Positionspapier Vertriebsregeln, «Regulierung der Produktion und des Vertriebs von Finanzprodukten», vom 24. Februar 2012 (nachstehend FINMA, Positionspapier 2012).

<sup>116</sup> EFD, erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG, S. 2.

denschutz auf dem Schweizer Finanzmarkt.<sup>117</sup> Das Vertrauen der Kunden – d. h. der Gläubiger, Anleger sowie der Versicherten – in einen stabilen und funktionierenden Markt sei zu stärken.<sup>118</sup> Das Verhalten der Bank gegenüber ihren Kunden sowie die ausreichende Transparenz über die angebotenen Finanzinstrumente gelten gemäss Botschaft als zentrale Elemente eines ausreichenden Kundenschutzes sowie eines funktionierenden Wettbewerbs.

Aufgrund dieser Zielsetzungen stehen sektorübergreifende Verhaltensregeln wie Informations- und Erkundigungspflichten zur Ermöglichung einer informierten Anlageentscheidung im Vordergrund.<sup>119</sup> Damit Kunden «eine informierte Anlageentscheidung treffen können, sind sie auf ausreichende Informationen über ihre Bank sowie über die erhältlichen Finanzdienstleistungen und Produkte angewiesen».<sup>120</sup> Die einzelnen Verhaltenspflichten variieren im Umfang je nach Kundensegment und angebotener Dienstleistung. Sie sind gegenüber Privatkunden umfangreicher als gegenüber professionellen Kunden.<sup>121</sup> An dieser Stelle muss insbesondere auf das Ziel des Bundesrates hingewiesen werden, dass sich die neuen Regeln in materieller Hinsicht an der EU-Regulierung orientieren sollen. D. h. es ist «eine äquivalente Regelung vorgesehen, die den schweizerischen Gegebenheiten jedoch adäquat Rechnung trägt und nicht über internationale Anforderungen hinausgeht».<sup>122</sup>

Nach Verabschiedung der Botschaft durch den Bundesrat wurde die Vorlage den parlamentarischen Räten übergeben.<sup>123</sup> Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen kam es zu diversen Anpassungen der bundesrätlichen Vorlage. Insbesondere der Ständerat als Erstrat hat die Vorlage stark überarbeitet und etwa Korrekturen im Bereich des Anlegerschutzes vorgenommen.<sup>124</sup> Vorliegend von Bedeutung ist etwa, dass der Anlegerschutz eine Abschwächung erlitt<sup>125</sup>, die Pflicht zur Information des

---

<sup>117</sup> BBl 2015 8902; EFD, erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG, S. 2; als Elemente des verbesserten Kundenschutzes gelten etwa die folgenden: Verhaltensregeln, Kundensegmentierung, *Suitability*- und *Appropriateness*-Prüfung, Informations-, Dokumentations- und Rechenschaftspflichten sowie Transparenz und Sorgfalt bei Kundenaufträgen.

<sup>118</sup> BBl 2015 8912.

<sup>119</sup> BBl 2015 8902 und 8919; NOBEL, Entwicklungen 2015, S. 12; vgl. Art. 8 ff. E-FIDLEG.

<sup>120</sup> BBl 2015 8902 und 8919; EFD, RFA FIDLEG/FINIG, S. 8.

<sup>121</sup> EFD, RFA FIDLEG/FINIG, S. 8.

<sup>122</sup> BBl 2015 8902.

<sup>123</sup> BUNDESRAT, Medienmitteilung vom 4. November 2015.

<sup>124</sup> SDA, Meldung vom 14. Dezember 2016: «Der Ständerat hat am Mittwoch als Erstrat zwei Gesetze gutgeheissen. Von den ursprünglichen Plänen ist allerdings nicht viel übrig geblieben.» *Siehe* auch Fahne StR E-FIDLEG, S. 1 ff.

<sup>125</sup> Eine Abschwächung erlitt der vom Bundesrat angestrebte Kundenschutz insbesondere durch die (vorübergehende) parlamentarische Ergänzung des Art. 8 Abs. 2 E-FIDLEG.

Kunden, wonach die Bank seine Kenntnisse, Erfahrungen und finanziellen Verhältnisse berücksichtigen muss, blieb jedoch erhalten.<sup>126</sup> Ferner sollen für Fintech-Unternehmen nicht länger dieselben strengen Vorschriften wie für Banken gelten.<sup>127</sup> Diese Korrekturen wurden auch durch den Zweitrat überwiegend gutgeheissen und der Nationalrat folgte der vorberatenden Kommission.<sup>128</sup>

Im Rahmen der Differenzbereinigung der WAK-S beantragte die Kommission überwiegend Zustimmung zum Nationalrat.<sup>129</sup> Jedoch soll bei der von den Räten eingefügten Doppelnorm in Art. 8 E-FIDLEG zum Entwurf des Bundesrates zurückgegangen werden.<sup>130</sup> Begründet wird dies damit, dass es sich gezeigt habe, «dass Aufsichtsrecht und Zivilrecht nicht so deckungsgleich seien wie bei der ersten Beratung angenommen».<sup>131</sup> Ebenso will die WAK-S den Art. 10 Abs. 5 beibehalten; es soll im Gesetz geregelt bleiben, wann die Kundeninformation bei Änderungen auf Seiten des Finanzdienstleisters erfolgen soll. Festzuhalten ist, dass die zumindest ursprünglich beabsichtigte EU-Äquivalenz der FIDLEG-Regeln gemäss dem aktuellen Stand nicht mehr eindeutig als gegeben erachtet werden kann.<sup>132</sup>

Im Einzelnen wird die Bank aufgrund des E-FIDLEG angehalten, einerseits Bankkundeninformationen zu sammeln und zu dokumentieren, andererseits dem Kunden

---

Diese Ergänzung führt im Ergebnis zu einer Überlagerung oder gar Verdrängung der zivilrechtlichen Lehre und Rechtsprechung durch die Verhaltensregeln des FIDLEG. Doch hat dies nur Einfluss auf das Kundenschutzniveau, sofern die aufsichtsrechtlichen Pflichten hinter den zivilrechtlichen Pflichten zurückbleiben. Dies trifft letztlich einzig auf die Finanzdienstleistung der transaktionsbasierten Anlageberatung zu, da dort das Auftragsrecht ein höheres Schutzniveau bietet als Art. 12 E-FIDLEG. *Vgl.* Fahne StR E-FIDLEG, Art. 8, S. 9; AmtlBull 2017 NR 1295 ff., 1306 und 1315 f.; *kritisch* dazu EMMENEGGER, NZZ, S. 29; *vgl.* zur Schlussabstimmung in den Räten FN 130.

<sup>126</sup> AmtlBull 2016 StR 1153 ff. und 1165.

<sup>127</sup> AmtlBull 2016 StR 1155 und 1159.

<sup>128</sup> SDA, Meldung vom 13. September 2017.

<sup>129</sup> WAK-S, Medienmitteilungen vom 18. Oktober 2017, vom 3. November 2017 sowie vom 24. Januar 2018.

<sup>130</sup> AmtBull 2017 N 1315 f.; in der Sommersession 2018 konnten National- und Ständerat die letzten verbliebenen Differenzen im FIDLEG (wie auch im FINIG) bereinigen. In der Schlussabstimmung wurde das FIDLEG im Ständerat mit 41 zu 3 Stimmen und im Nationalrat mit 138 zu 57 Stimmen bei 3 Enthaltungen angenommen; *vgl.* zu den Diskussionen in den Räten etwa AmtlBull 2018 StR 131 ff. und AmtlBull 2018 NR 147 ff.

<sup>131</sup> WAK-S, Medienmitteilung vom 18. Oktober 2017.

<sup>132</sup> Ein Finanzdienstleister ist gemäss *MiFID II* bei jeder Art von Anlageberatung verpflichtet – namentlich bei der transaktionsbasierten wie auch bei der umfassenden – eine *Suitability*-Prüfung durchzuführen. Gemäss E-FIDLEG ist eine solche Eignungs-Prüfung nur für die umfassende Anlageberatung vorgesehen. Bei der transaktionsbasierten muss anstelle einer Eignungsprüfung eine Angemessenheitsprüfung durchgeführt werden.

Informationen zu vermitteln. Erstere ergeben sich aus der Erkundigungs- und Dokumentationspflicht<sup>133</sup>, letztere aus der Rechenschaftsablegungs- und Aufklärungspflicht<sup>134</sup>.

## **b. Geldwäschereiprävention**

Die Geldwäschereiprävention dient der Verhinderung des Einspeisens von Geldern aus kriminellen Quellen in den legalen Wirtschaftskreislauf unter Vorspiegelung einer scheinbar legalen Herkunft.<sup>135</sup> Die Geldwäschereiprävention lässt sich drei Rechtsgebieten zuordnen, namentlich dem Strafrecht, der Selbstregulierung sowie dem Aufsichtsrecht.

Die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung dient überwiegend staatlichen Interessen, welche durch gesetzliche Sorgfalts- und Meldepflichten an die Banken delegiert wurden.<sup>136</sup> So ist auch der in Art. 1 GwG erwähnte Begriff «Sorgfalt» nicht im Sinne der sorgfältigen Vertragserfüllung gegenüber dem Kunden zu verstehen.<sup>137</sup> Der Begriff bezieht sich im Kontext des GwG ausschliesslich auf öffentliche Interessen und dies kann sich unter besonderen Umständen sogar deutlich gegen das Interesse des Kunden richten.<sup>138</sup>

Die Geldwäschereiprävention in der Schweiz steht auch im Kontext internationaler Bestrebungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im

---

<sup>133</sup> Vgl. dazu § 6 und § 9.

<sup>134</sup> Vgl. dazu § 10 und § 11.

<sup>135</sup> BB1 1989 II 1062; vgl. zur Entstehung, Bedeutung und Umfang der Sorgfaltspflichten der Schweizer Banken bei der Geldwäschereiprävention im Bankenalltag TAUBE, S. 1 ff.; vgl. für eine nationale Beurteilung der Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierungsrisiken in der Schweiz KGGT, Bericht 2015; *kritisch* zur Effizienz der Geldwäschereiprävention KILLIAS, Rz 1 ff.

<sup>136</sup> Erstmals ergriff die Schweiz 1977 mit der damals eingeführten Vereinbarung über die Standesregeln der Banken (nachfolgend VSB) Massnahmen zur Geldwäschereiprävention. Nachfolgend wurden diese quasi-aufsichtsrechtlichen Vorschriften mit standesrechtlichen Vorschriften zur Identifikation der Vertragspartei und wirtschaftlich Berechtigten sowie am 1. August 1990 mit der Geldwäscherei-Strafnorm von Art. 305<sup>bis</sup> StGB ergänzt. Daraufhin wurde am 1. August 1994 das Strafgesetzbuch bezüglich des Melderechts des Finanzintermediärs (Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 2) sowie der Strafbarkeit krimineller Organisationen (Art. 260<sup>ter</sup>) geändert. Am 1. April 1998 trat das Geldwäschereigesetz in Kraft. Dieses Gesetz bildete eine klare gesetzliche Grundlage für die von den Banken bereits seit Längerem angewendeten Sorgfaltspflichten und es führte die gesetzliche Meldepflicht ein; *ausführlicher* zur Geldwäschereiaufsicht KILGUS, SGHB Finanzmarktrecht, § 30, Rz 1 ff.

<sup>137</sup> DUARTE, SGHB Finanzmarktrecht, § 31, Rz 24.

<sup>138</sup> DUARTE, SGHB Finanzmarktrecht, § 31, Rz 24.

Rahmen der *Financial Action Task Force* (nachfolgend *FATF*)<sup>139</sup>. Mit der Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der *FATF* wurde per 1. Januar 2016 in Art. 305<sup>bis</sup> Ziff. 1 und 1<sup>bis</sup> StGB neu das qualifizierte Steuerdelikt als Vortat zur Geldwäscherei definiert und Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 2 StGB durch das entsprechende Melde-recht ergänzt. Im Rahmen dieser Anpassungen kam es überdies zu einer Erhöhung der Transparenz juristischer Personen, welche in der vorliegenden Arbeit jedoch nicht thematisiert wird.<sup>140</sup> Hier bedeutender ist die dahingehende Anpassung, dass die Pflicht zur systematischen Erfassung der wirtschaftlich berechtigten Person einer Geschäftsbeziehung formell verankert wurde sowie der bisherige Begriff der politisch exponierten Person (PEP) auf inländische PEP und PEP bei zwischenstaatlichen Organisationen ausgedehnt wurde.<sup>141</sup> Eine Neuerung stellt ebenso dar, dass die Meldestelle für Geldwäscherei (nachfolgend *MROS*) neu bei anderen Schweizer Behör-

---

<sup>139</sup> Die *FATF* ist eine zwischenstaatliche Einrichtung, die 1989 von den Ministern ihrer Mitgliedstaaten gegründet wurde. Die Ziele der *FATF* sind die Festlegung von Standards und die wirksame Umsetzung der rechtlichen, regulatorischen und operativen Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäscherei, der Terrorismusfinanzierung und anderer damit zusammenhängender Bedrohungen für die Integrität des internationalen Finanzsystems. Die *FATF* ist daher ein politisches Gremium, das den notwendigen politischen Willen zur Erstellung nationaler Gesetzgebungs- und Regulierungsreformen in diesen Bereichen schafft. Die *FATF* hat eine Reihe von Empfehlungen entwickelt, die als internationaler Standard für die Bekämpfung der Geldwäscherei, Finanzierung von Terrorismus und der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen anerkannt sind. Diese bilden die Grundlage für eine koordinierte Reaktion auf diese Bedrohungen für die Integrität des Finanzsystems und tragen dazu bei, gleiche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen. Seit 1990 wurden die *FATF*-Empfehlungen in den Jahren 1996, 2001, 2003 und 2012 überarbeitet. Die *FATF* überwacht die Fortschritte ihrer Mitglieder bei der Umsetzung der notwendigen Massnahmen, überprüft Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierungstechniken und Gegenmassnahmen und fördert die Annahme und Umsetzung geeigneter Massnahmen weltweit. Seit 1992 führt sie Länderexamen bei ihren Mitgliedstaaten durch, um die Umsetzungen ihrer Empfehlungen zu überprüfen. In Zusammenarbeit mit anderen internationalen Stakeholdern arbeitet die *FATF* an der Ermittlung nationaler Schwachstellen mit dem Ziel, das internationale Finanzsystem vor Missbrauch zu schützen. *Siehe* auch [www.fatf-gafi.org](http://www.fatf-gafi.org), «Who we are», gefunden am 9. November 2017 unter <http://www.fatf-gafi.org/about/>.

<sup>140</sup> Diese Anpassungen betreffen vor allem den Bereich der Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung. So wurde in diesem Zusammenhang der neue Begriff des «Kontrollinhabers» eingeführt und ein neues Formular K zur Feststellung des Kontrollinhabers bei nicht börsenkotierten operativ tätigen juristischen Personen, Personengesellschaften, Stiftungen und Trusts geschaffen. Neu bestehen neben den bekannten Formularen A und T die Formulare K für Kontrollinhaber, I für *Insurance Wrapper* und S für Stiftungen. *Vgl.* SBVG-Kommentar zur VSB 16, S. 5.

<sup>141</sup> BBl 2013 607.

den die für die Analyse der Verdachtsmeldung benötigten Informationen einholen kann.

Die Vorlage des Bundesrates zur Einführung von Art. 6a E-GwG betreffend die Prüfung der Steuerkonformität ist hingegen Ende 2015 im Parlament gescheitert.<sup>142</sup> Damit wurde eine weitere Überwälzung einer staatlichen Aufgabe in Form der Steuerkonformitäts-Kontrolle auf die Banken verhindert.<sup>143</sup> Die vierte *FATF*-Länderprüfung durchlief die Schweiz im Jahr 2016. Dabei schnitt die Schweiz mit dem Prädikat *largely compliant* insgesamt positiv ab.<sup>144</sup> Bewertungsgrundlage bildete neben dem Geldwäscherei-Dispositiv auch die Wirksamkeit der Massnahmen, welche die Schweiz basierend auf den 2012 revidierten *FATF*-Empfehlungen, getroffen und umgesetzt hatte.

Die Sorgfaltspflichten der Bank<sup>145</sup> im Rahmen der Geldwäschereiprävention lassen sich in zwei Kategorien einteilen: Einerseits obliegen ihr Pflichten, welche von ihr routinemässig im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit wahrgenommen werden müssen.<sup>146</sup> Hierzu gehören die Identifikations-, Feststellungs-, Abklärungs- und Dokumentationspflichten. Andererseits muss die Bank Massnahmen ergreifen, falls sie im Rahmen der Geschäftsbeziehung den konkreten Verdacht hat, dass sie mit einem Fall von Geldwäscherei konfrontiert sein könnte. In diesen Fällen obliegt ihr eine Meldepflicht an die zuständige Behörde.

Art. 305<sup>bis</sup> Abs. 1 und insbesondere auch Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB sind für die vorliegende Arbeit in erster Linie in Zusammenhang mit der Identifikationspflicht der Bank von Interesse. Da sie jedoch einen sehr geringen Konkretisierungsgrad aufweisen, wird der Schwerpunkt auf die aufsichtsrechtlichen Vorschriften, namentlich das

---

<sup>142</sup> Mit der Bestimmung im Geldwäschereigesetz sollten risikobasierte Sorgfaltspflichten für Finanzintermediäre eingeführt werden, um die Steuerkonformität im Ausland ansässiger Kunden auch in jenen Fällen zu gewährleisten, in denen zwischen der Schweiz und dem Ansässigkeitsstaat des Kunden der AIA nicht eingeführt ist. *Vgl.* BBl 2015 4234 ff.; *vgl.* zur Debatte im Parlament AmtlBull 2015 NR 1637 ff., AmtlBull 2015 NR 1714 ff. und AmtlBull 2015 StR 1150 ff.

<sup>143</sup> DUARTE, SGHB Finanzmarktrecht, § 31, Rz 64.

<sup>144</sup> BUNDESRAT, Bericht Steuerfragen 2017, S. 27; *siehe* auch *FATF*, Länderbericht Schweiz 2016, S. 3 ff. und insb. S. 13: «Switzerland achieved C (compliant) or LC (largely compliant) for 11 out of the 16 core or key recommendations».

<sup>145</sup> *Vgl.* zum Geltungsbereich des GwG für Finanzintermediäre Art. 2 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. a GwG. Aus sprachlichen Gründen wird im Folgenden weiterhin die Bezeichnung «Bank» verwendet.

<sup>146</sup> BBl 1996 III 1113.

GwG und die GwV-FINMA<sup>147</sup> sowie die standesrechtlichen Vorschriften der VSB 2016<sup>148</sup>, gelegt. Während die VSB den *one size fits all*-Grundsatz verfolgt und entsprechend bei allen Geschäftsbeziehungen eine Identifikation des Vertragspartners und eine Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten verlangt, gebietet die GwV-FINMA hingegen eine nach den Umständen gebotene Sorgfalt und verfolgt entsprechend einen risikoorientierten Ansatz.<sup>149</sup>

In Art. 17 und 18 Abs. 1 lit. e GwG wird die FINMA mit der Konkretisierung der Sorgfaltspflichten für ihr unterstellte Banken beauftragt. Unter diese Sorgfaltspflichten fallen die Identifizierungs- und Feststellungs-, die Abklärungs- sowie die Dokumentationspflichten. Die FINMA wird nur tätig, sofern nicht eine Selbstregulierungsorganisation diese Sorgfaltspflichten und ihre Erfüllung regelt. Die GwV-FINMA verweist dementsprechend in Art. 35 in Bezug auf die Pflichten zur Identifizierung der Vertragspartei und zur Feststellung der an Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigten Person auf die VSB 16.

Im Einzelnen auferlegen die Bestimmungen zur Geldwäschereiprävention der Bank wie erwähnt Identifizierungs- und Feststellungspflichten<sup>150</sup>, Abklärungs-<sup>151</sup> und Dokumentationspflichten<sup>152</sup>, wobei die Bank eine Vielzahl von Bankkundeninformationen sammelt und letztlich dokumentiert.<sup>153</sup> Gleichzeitig ist die Bank unter bestimmten Umständen zur Weitergabe der Bankkundeninformationen aufgrund der Meldepflicht gezwungen.<sup>154</sup>

---

<sup>147</sup> Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (Geldwäschereiverordnung-FINMA, GwV-FINMA). *Vgl.* zum Geltungsbereich für Finanzintermediäre Art. 3 Abs. 1 lit. a GwV-FINMA i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. a–d GwG. Aus sprachlichen Gründen wird im Folgenden weiterhin die Bezeichnung «Bank» verwendet.

<sup>148</sup> *Vgl.* zum Geltungsbereich Art. 1 VSB 16.

<sup>149</sup> STÖCKLI, Organisation, S. 113.

<sup>150</sup> *Vgl.* dazu § 7.

<sup>151</sup> *Vgl.* dazu § 8.

<sup>152</sup> *Vgl.* dazu § 9.

<sup>153</sup> Die Sammlung und Dokumentation im Rahmen der Geldwäschereiprävention ist sehr aufwendig. Dies zeigt sich auch daran, dass gemäss einer Untersuchung von 2007 ein Kundenberater 15 % seiner Arbeitszeit mit Prozessen verbringt, welche in Zusammenhang mit Geldwäschereibekämpfung stehen, *siehe* WÜNSCH, S. 69. Dennoch ist diese Zahl mit Vorsicht zu betrachten, da gewisse Informationen, die in Zusammenhang mit der Geldwäschereiprävention eingeholt werden, auch ohne diese Verpflichtung beschafft würden, wie beispielsweise aufgrund privatrechtlicher Bestimmungen.

<sup>154</sup> *Vgl.* dazu § 13.

### c. Foreign Account Tax Compliance Act

Dem *Foreign Account Tax Compliance Act* (nachfolgend *FATCA*) und der entsprechenden Umsetzung in der Schweiz ging das *Qualified Intermediary*-System (nachfolgend *QI*-System) voraus, welches die USA im Jahre 2001 in Form von Quellensteuervorschriften für Zinsen und Dividenden aus amerikanischen Quellen in Kraft gesetzt hat.<sup>155</sup>

Das *QI*-System wurde eingerichtet, um die Quellensteuer auf *US*-Wertschriften – abhängig vom Steuerdomizil des Kunden – abrechnen zu können.<sup>156</sup> Beim *QI*-System handelt es sich nicht um einen bilateralen Staatsvertrag der *USA* mit Drittländern, sondern um einen Vertrag zwischen einzelnen Banken und der *US*-Bundessteuerbehörde *Internal Revenue Service* (nachfolgend *IRS*). Dabei wurden Schweizer Banken erstmals zur Identifikation von *US*-Personen sowie zur Meldung an die *IRS* verpflichtet.<sup>157</sup> Durch Abschluss des Vertrages erhält eine Bank den Status eines *Qualified Intermediary* und muss fortan Informationen über das jeweilige Steuerdomizil ihrer Kunden sammeln, auswerten sowie die Abrechnung der Quellensteuer vornehmen.<sup>158</sup>

Schliesslich strebte der *IRS* verschiedene Änderungen an, welche Schlupflöcher<sup>159</sup> beseitigen sollten und letztlich im *FATCA* mündeten, der 2010 als Teil des *Hiring Incentives to Restore Employment Act (HIRE Act)* verabschiedet worden ist.

Hinter dem *FATCA* steht das Ziel der *USA*, dass alle von in den *USA* steuerpflichtigen Personen im Ausland gehaltenen Konten besteuert werden. *FATCA* ist ein unilaterales *US*-Steuergesetz und verlangt von ausländischen Finanzinstituten, sog. *foreign financial institutions* (nachfolgend *FFI*), dass sie sich beim *IRS* registrieren und gegebenenfalls einen *FFI*-Vertrag abschliessen.<sup>160</sup>

---

<sup>155</sup> Vgl. EFD, Medienmitteilung vom 1. November 2000; NOBEL, Finanzmarktrecht III, § 16, Rz 101 ff.

<sup>156</sup> NOBEL, Finanzmarktrecht III, § 16, Rz 101 sowie Rz 103 zum Ablauf des *QI*-Systems.

<sup>157</sup> EFD, Medienmitteilung vom 1. November 2000, 3. Abschnitt nach «Identifikationspflicht für US-persons».

<sup>158</sup> Der Erwerb dieses Status ist nur Banken in Ländern möglich, deren *Know-Your-Customer*-Regeln durch die *IRS* akzeptiert werden. Für die «List of Approved KYC Rules». Siehe [www.irs.gov](http://www.irs.gov), gefunden am 17. Februar 2018 unter <https://www.irs.gov/businesses/international-businesses/list-of-approved-kyc-rules>.

<sup>159</sup> Vgl. etwa NOBEL, Finanzmarktrecht III, § 16, Rz 104: «Die US-amerikanischen Steuerbehörden haben kaum Möglichkeiten, die Einhaltung der vom *QI* mit dem Abkommen eingegangenen Verpflichtungen zu überprüfen.»

<sup>160</sup> Nimmt ein Finanzinstitut nicht an *FATCA* teil, erfolgt ein Quellensteuerabzug im Umfang von 30 % auf sämtlichen aus den *USA* stammenden *withholdable payments* (u.a. Zinsen,

Als Finanzinstitut gilt, wer für Dritte direkt oder indirekt Konten oder Depots führt. Darunter fallen depotführende Institute, Depotbanken, Investment-Unternehmen oder spezifizierte Versicherungsgesellschaften.<sup>161</sup> Durch den *FFI*-Vertrag verpflichtet sich das Finanzinstitut, die von ihm geführten und von *US*-Personen gehaltenen Konten zu identifizieren und diese dem *IRS* periodisch zu rapportieren.<sup>162</sup>

Um die Umsetzung von *FATCA* für Schweizer Finanzinstitute zu erleichtern, hat die Schweiz mit den *USA* das bilaterale *FATCA*-Abkommen<sup>163</sup> ausgehandelt. Auf der Basis dieses Staatsvertrags wurde das *FATCA*-Gesetz<sup>164</sup> erlassen. Das *FATCA*-Abkommen, das momentan zwischen der Schweiz und den *USA* in Kraft ist, richtet sich nach dem sogenannten Modell 2. Nach diesem Modell melden schweizerische Finanzinstitute die meldepflichtigen Kontodaten mit Zustimmung der betroffenen Kunden direkt an die *US*-Steuerbehörde *IRS*.

Bevor die Bank ihrer Meldepflicht gegenüber dem *IRS* nachkommen kann, gilt es für sie, zunächst die meldepflichtigen *US*-Konten zu identifizieren. Im Einzelnen ergeben sich für die Bank aus den *FATCA*-Rechtsgrundlagen Identifikations- und Meldepflichten. Dabei wird der Bank vorgeschrieben, auf welche (Kunden-)Informationen sie sich stützen soll, um meldepflichtige *US*-Konten zu identifizieren.<sup>165</sup>

---

Dividenden sowie Bruttoerlöse aus Veräusserungen), vgl. FINMA, Mitteilung Nr. 59 vom 28. Februar 2014, «Aufsichtsrechtliche Konsequenzen des Foreign Account Tax Compliance Act (*FATCA*)», S. 3 (nachstehend FINMA, Mitteilung Nr. 59).

<sup>161</sup> Siehe Art. 2 Abs. 1 Ziff. 7 *FATCA*-Abkommen; siehe auch Art. 2 Abs. 1 Ziff. 13 *FATCA*-Abkommen; Banken gelten als «Finanzinstitute» im Sinne dieser Bestimmungen des *FATCA*-Abkommens. Aus sprachlichen Gründen wird im Folgenden weiterhin die Bezeichnung «Bank» verwendet.

<sup>162</sup> Es besteht faktisch ein Zwang, einen *FFI*-Vertrag abzuschliessen. Weigert sich nämlich ein Finanzinstitut, einen *FFI*-Vertrag abzuschliessen, obwohl es dazu verpflichtet wäre, gilt es als nichtteilnehmend. Amerikanische Finanzinstitute und teilnehmende ausländische Finanzinstitute müssen auf allen aus den *USA* stammenden Zahlungen an ein solches nichtteilnehmendes Finanzinstitut eine Quellensteuer von 30 % einbehalten, selbst wenn die Zahlung zu Gunsten eines nichtamerikanischen Kunden erfolgt. Gemäss BUNDESRAT, Erläuternder Bericht *FATCA*, S. 2 werden andere Finanzinstitute mittelfristig ihre Beziehung zu einem nichtteilnehmenden Finanzinstitut abrechnen und dies können sich schweizerische Finanzinstitute nicht leisten.

<sup>163</sup> Abkommen zwischen der Schweiz und den Vereinigten Nationen von Amerika über die Zusammenarbeit für eine erleichterte Umsetzung von *FATCA* vom 2. Juni 2014.

<sup>164</sup> Bundesgesetz über die Umsetzung des *FATCA*-Abkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten vom 27. September 2013 (*FATCA*-Gesetz; 672.933.6).

<sup>165</sup> Siehe zu den einzelnen Pflichten § 12 2 und § 13 2.

#### **d. Automatischer Informationsaustausch**

Seit Ausbruch der Finanz- und Wirtschaftskrise 2007 ist die Bekämpfung der Steuerhinterziehung verstärkt in den Fokus der Weltgemeinschaft gerückt. Die Schweiz ist schliesslich am 15. Oktober 2013 dem 1988 erlassenen und 2010 geänderten Amtshilfeübereinkommen der OECD und des Europarates beigetreten.<sup>166</sup> Dieses Übereinkommen sieht in Art. 6 den automatischen Informationsaustausch vor.

Da dem automatischen Informationsaustausch das EU-Zinsbesteuerungsabkommen vorausging, wird zunächst kurz die Entwicklung der internationalen Zusammenarbeit der Schweiz in Steuerthemen dargelegt. Das Zinsbesteuerungsabkommen<sup>167</sup> zwischen der Schweiz und der EU trat als Bestandteil der Bilateralen Abkommen II am 1. Juli 2005 in Kraft. Durch das Inkrafttreten des AIA-Standards am 1. Januar 2018 wurde das Zinsbesteuerungsabkommen abgelöst. Es stellte eine zur EU-internen Regelung gleichwertige Lösung dar, bei welcher der Schutz der Privatsphäre der Bankkunden gewahrt blieb.

Als Aufgaben der schweizerischen Zahlstelle galten insbesondere die Identifikation nutzungsberechtigter Zinsempfänger sowie die Vornahme und Ablieferung des Rückbehalts oder die Erstattung einer Meldung. Zur Identifikation nutzungsberechtigter Personen<sup>168</sup> erfasste die Bank Informationen zur Identität und zum Wohnsitz des Kunden.<sup>169</sup> Diesen Identifikationspflichten wurde mittels der Verfahren zur Geldwäschereiprävention nachgekommen. Zentral war, dass die Bank ihre Kunden in vom Zinsbesteuerungsabkommen betroffene bzw. nicht betroffene Personen einteilte. Als betroffene Person galt eine natürliche Person, welche in einem EU-Mitgliedstaat ansässig war und eine Zinszahlung<sup>170</sup> erhielt, an welcher sie nutzungsberechtigt war.

---

<sup>166</sup> Übereinkommen über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen, abgeschlossen am 25. Januar 1988, geändert durch das Protokoll vom 27. Mai 2010, von der Bundesversammlung genehmigt am 18. Dezember 2015, Schweizerische Ratifikationsurkunde hinterlegt am 26. September 2016, für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Januar 2017.

<sup>167</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über Regelungen, die den in der Richtlinie 2003/48/EG des Rates im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen festgelegten Regelungen gleichwertig sind, vom 26. Oktober 2004.

<sup>168</sup> Art. 4 Zinsbesteuerungsabkommen.

<sup>169</sup> Art. 5 Zinsbesteuerungsabkommen.

<sup>170</sup> Der Zinsbegriff des Abkommens ist weit gefasst und umfasst sowohl direkt mit Forderungen zusammenhängende erzielte Zinsen (direkte Zinsen) wie auch indirekt über Investitionen in bestimmte kollektive Anlagen (Anlagefonds) erzielte Zinserträge (indirekte Zinsen). *Siehe* hierzu Art. 7 Zinsbesteuerungsabkommen. *Ausführlicher* zum Zinsbegriff ESTV, Wegleitung EU-Zinsbesteuerung, Rz 85 ff.

Bezüglich der betroffenen Personen kam es entweder zur Vornahme und Ablieferung des Steuerrückbehalts oder bei Vorliegen einer ausdrücklichen Ermächtigung der betroffenen Person zu einer Erstattung einer Meldung an die ESTV.<sup>171</sup> In letzterem Fall entfiel der Rückbehalt. Die Meldung an die ESTV bestand aus einem Adressteil und einer eigentlichen Zinsmeldung. Der Adressteil gab Auskunft über die betroffene Person, während die Zinsmeldung sich auf die Angabe eines Betrages, der alle betroffenen Zinsen umfasste, beschränkte.<sup>172</sup>

Als international die Diskussion um die Einführung des globalen automatischen Informationsaustauschs aufkam, erhoffte sich die Schweiz zunächst noch, diesen mit dem sog. Abgeltungssteuerabkommen mit Deutschland<sup>173</sup>, Grossbritannien<sup>174</sup> und Österreich<sup>175</sup> abwehren zu können.<sup>176</sup> Bei diesen bilateralen Quellensteuerabkommen wäre es dem Kunden überlassen worden, ob er sich für die Offenlegung seiner Daten oder für die anonyme Abgeltungssteuer unter Wahrung seiner Privatsphäre entscheidet.<sup>177</sup> Die Schweiz erlitt jedoch einen Rückschlag, als sich Deutschland am 12. Dezember 2012 gegen eine Ratifizierung des Abkommens aussprach.

Schliesslich hat sich der Bundesrat mittels der multilateralen Vereinbarung<sup>178</sup> (nachfolgend AIA-Vereinbarung) am 29. Oktober 2014 zur Einführung des neuen globalen Standards (nachfolgend AIA-Standard) bekannt.<sup>179</sup> Gegenstand des AIA-Standards bildet ein in regelmässigen Abständen stattfindender Austausch von Informationen über Konten.<sup>180</sup> Durch den neuen globalen Standard werden Finanzinstitute und bestimmte kollektive Anlageinstrumente sowie auch Versicherungsgesellschaften zur

---

<sup>171</sup> Art. 4 und 6 ZBstG.

<sup>172</sup> Vgl. Art. 2 Zinsbesteuerungsabkommen.

<sup>173</sup> Siehe Entwurf Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über die Zusammenarbeit in den Bereichen der Steuern und Finanzmarkt vom 21. September 2011.

<sup>174</sup> Siehe Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland über die Zusammenarbeit im Steuerbereich vom 6. Oktober 2011.

<sup>175</sup> Siehe Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Österreich über die Zusammenarbeit in den Bereichen Steuern und Finanzmarkt vom 13. April 2012.

<sup>176</sup> Vgl. BUNDESRAT, Diskussionspapier, S. 11 ff.

<sup>177</sup> Vgl. EFD, Quellensteuerabkommen 2013, S. 1 und 2; EFD, Steuerabkommen 2012, S. 1–3; SBVG, Jahresbericht 2009/2010, S. 14–17; DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, S. 219.

<sup>178</sup> Multilaterale Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten vom 29. Oktober 2014.

<sup>179</sup> BBl 2015 5438.

<sup>180</sup> BBl 2015 5447.

Einholung und Übermittlung von Informationen über Kunden verpflichtet, welche steuerlich im Ausland ansässig sind. Obschon die Botschaft von der Einholung von Finanzinformationen spricht, geht die Pflicht darüber hinaus und umfasst, wie sich im Folgenden zeigen wird, auch weitere Informationen.

Gemäss Botschaft und dem erläuternden Bericht des Bundesrates erfolgt die Umsetzung des AIA-Standards in den verschiedenen Staaten unterschiedlich.<sup>181</sup> In der Schweiz mussten die notwendigen Rechtsgrundlagen geschaffen werden. In anderen Staaten besteht bereits eine genügende Rechtsgrundlage und es war lediglich eine Vereinbarung zwischen den zuständigen Behörden der betreffenden Staaten notwendig. Die Umsetzung des AIA-Standards in der Schweiz geschah folgendermassen: An erster Stelle steht das Übereinkommen des Europarats und der OECD über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen<sup>182</sup> (nachfolgend Amtshilfeübereinkommen). Dieses Abkommen sieht in Art. 6 vor, dass zwei oder mehrere Vertragsparteien für Fallkonstellationen und nach Verfahren, die sie einvernehmlich regeln, Informationen automatisch austauschen. Zusammen mit der AIA-Vereinbarung stellt Art. 6 die staatsvertragliche Rechtsgrundlage für den AIA dar.

Die AIA-Vereinbarung regelt grundsätzlich das zwischenstaatliche Verhältnis, das heisst, welche Informationen Staaten in welchem Verfahren untereinander auszutauschen haben. Der gemeinsame Meldestandard, welcher der AIA-Vereinbarung beigelegt ist (deswegen nachfolgend als «Beilage zur AIA-Vereinbarung» zitiert), enthält hingegen die Sorgfaltspflichten, welche die Finanzinstitute<sup>183</sup> zur Identifizierung meldepflichtiger Konten<sup>184</sup> zu erfüllen haben. Er spezifiziert, wer was über wen wie zu beschaffen hat. Diese Informationen werden anschliessend der Steuerbehörde im Ansässigkeitsstaat des Finanzinstituts übermittelt und von dieser an die Steuerbehör-

---

<sup>181</sup> BBl 2015 5438; BUNDESRAT, erläuternder Bericht AIA, S. 3.

<sup>182</sup> *Siehe* FN 166.

<sup>183</sup> Als «schweizerisches Finanzinstitut» gilt ein in der Schweiz ansässiges Finanzinstitut, jedoch nicht eine Zweigniederlassung dieses Finanzinstituts, die sich ausserhalb der Schweiz befindet, oder eine Zweigniederlassung eines nicht in der Schweiz ansässigen Finanzinstituts, die sich in der Schweiz befindet. *Vgl.* Zum Geltungsbereich Art. 2 Abs. 1 lit. 1 Ziff. 1 und 2 AIAG.

<sup>184</sup> Als «meldepflichtiges Konto» gilt ein von einem meldenden Finanzinstitut geführtes Finanzkonto, das anhand von Verfahren zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten nach dem gemeinsamen Meldestandard als ein Konto identifiziert wurde, dessen Kontoinhaber eine oder mehrere Personen sind, die gegenüber einem anderen Staat meldepflichtige Personen sind, oder ein passiver *NFE*, der von einer oder mehreren einem anderen Staat gegenüber meldepflichtigen Personen beherrscht wird. *Siehe* zur Definition Abschn. 1 Unterabschn. 1 lit. e AIA-Vereinbarung; *siehe* auch Abschn. VIII Unterabschn. D Nr. 1 Beilage zur AIA-Vereinbarung; *vgl.* für die Definition «Ausgenommene Konten» Art. 4 AIAG.

den der Partnerstaaten<sup>185</sup> weitergeleitet, d. h. jener Staaten, mit denen der AIA rechtswirksam eingeführt und bilateral aktiviert worden ist.

An dritter Stelle steht ebendiese bilaterale Aktivierung mit Partnerstaaten. Um den AIA bilateral mit Partnerstaaten einführen zu können, müssen wiederum vier Voraussetzungen erfüllt sein.<sup>186</sup> Als erste Voraussetzung gilt das Amtshilfeübereinkommen. Die zweite Voraussetzung ist die AIA-Vereinbarung einschliesslich ihrer Beilagen. Als dritte Voraussetzung gilt ein nationales Umsetzungsgesetz, welches im Falle der Schweiz das AIAG ist. Vierte Voraussetzung ist die Mitteilung an das Sekretariat des Koordinierungsgremiums, dass die Schweiz mit diesem Staat Informationen auf automatischer Basis austauschen möchte. Die Schweiz hat bereits mit einigen Staaten den automatischen Informationsaustausch bilateral aktiviert.<sup>187</sup> Mit weiteren Staaten sind Gespräche zur Umsetzung des AIA auf der Grundlage der AIA-Vereinbarung im Gange.

Wie erläutert, gilt es für die Bank zunächst, die meldepflichtigen Konten zu identifizieren, bevor sie ihrer Meldepflicht gegenüber der Eidgenössischen Steuerbehörde (nachfolgend ESTV) nachkommen kann. Hierfür hält der gemeinsame Meldestandard akribisch fest, wie die Institute meldepflichtige Konten erkennen und auf welche (Kunden-)Informationen sie sich dabei stützen sollen und dürfen. Konkret ergeben sich für die Bank, ähnlich wie bei der Umsetzung von *FATCA*, Identifikations- und Meldepflichten.<sup>188</sup>

### 3. Zwischenfazit

Der Begriff «Informationspflicht» dient als Obergriff, worunter sich eine Vielzahl verschiedener Pflichten zusammenfassen lässt. Die Gemeinsamkeit liegt in der Übermittlung von Informationen von einem Sender an einen Empfänger.<sup>189</sup> Als Sender bzw. Empfänger dienen je nach Konstellation eine Bank, ein Kunde oder eine

<sup>185</sup> Als Partnerstaat gilt ein Staat oder ein Hoheitsgebiet, mit dem die Schweiz den automatischen Informationsaustausch vereinbart hat, vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. c AIAG; *siehe* für eine aktuelle Übersicht der Vereinbarungen der Schweiz mit Partnerstaaten [www.sif.admin.ch](http://www.sif.admin.ch), «Automatischer Informationsaustausch», abgerufen am 7. April 2017 unter <https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/themen/internationale-steuerpolitik/automatischer-informationsaustausch.html>.

<sup>186</sup> BBl 2015 5450.

<sup>187</sup> *Siehe* für eine Liste der AIA-Partnerstaaten FN 185.

<sup>188</sup> *Ausführlicher* zu den einzelnen Pflichten § 12 3 und § 13 3.

<sup>189</sup> *Siehe* FN 90.

Behörde, wobei der Bank im vorliegenden Kontext der umfassendste Pflichtenkanon auferliegt.

Die Informationspflichten der Bank sind umfangreich und ergeben sich aus verschiedenen Rechtsgrundlagen. Die anwendbaren Normen finden sich einerseits in genuinen schweizerischen Rechtsgrundlagen wie dem OR, welches abstrakt gehalten ist und dementsprechend laufend durch Lehre und Rechtsprechung weiterentwickelt wurde. Andererseits finden sich anwendbare öffentlich-rechtliche Pflichten, welche nicht zuletzt durch die Finanz- und Wirtschaftskrise eine Zunahme verzeichnen.

Es lässt sich festhalten, dass die Informationspflichten aufgrund der erläuterten Rechtsgrundlagen sich in Pflichten zur Informationssammlung, zur Informationsvermittlung sowie zur Informationsweitergabe kategorisieren lassen.

---

## **2. Teil:                    Sammlung von Bankkunden- informationen**

Der zweite Teil der vorliegenden Arbeit behandelt die sog. «Know Your Customer»-Pflichten, d. h. die Pflichten zur Sammlung von Kundeninformationen. Die Bank muss den Kunden kennen, sei dies um die kundengerechte Verwaltung des Vermögens sicherzustellen oder um das Einspeisen von Geldern aus kriminellen Quellen in den legalen Kreislauf zu verunmöglichen. Die Pflichten der Bank erscheinen in Form von Erkundigung, Identifikation bzw. Feststellung, Abklärung sowie auch in Form von Dokumentation. Ihre Rechtsgrundlagen finden sich im Privatrecht, im Aufsichtsrecht, in der Selbstregulierung, aber auch in der Geldwäschereiprävention.

Der Fokus liegt, entsprechend der Zielsetzung der vorliegenden Arbeit, auf den Informationspflichten bei der individuellen Vermögensverwaltung gegenüber Privatkunden<sup>190</sup>, so dass die diese Thematik nicht betreffenden Rechtsgrundlagen ausgeblendet werden.

---

<sup>190</sup> *Siehe FN 3.*



---

## § 6 Erkundigungspflichten

### 1. Einleitung

Für die interessen- und anlegergerechte Verwaltung des Kundenvermögens muss die Bank ihren Kunden kennen. Die Bank führt zum Zwecke der Erkundigung Gespräche mit dem Kunden. Als Rechtsgrundlagen dienen die auftragsrechtlichen Bestimmungen des OR sowie aufsichtsrechtliche Bestimmungen des E-FIDLEG.

Die Erkundigungspflicht gilt auch als die der Verwaltung des Kundenvermögens vorangehende Auftragsanalyse und wird als vertragliche Hauptleistung, teilweise als vorvertragliche Nebenpflicht kategorisiert.<sup>191</sup> Bezüglich der entscheidenden Haftungsfrage erscheint die Kategorisierung dieser Erkundigungspflichten jedoch wenig relevant. Denn die Erkundigungspflicht soll selbst bei der Qualifikation als vorvertragliche Nebenpflicht als Vertragsbestandteil betrachtet werden.<sup>192</sup> Demnach werden die Erkundigungspflichten den vertraglichen Pflichten mit Bezug auf die Natur von Schadenersatzansprüchen grundsätzlich gleichgestellt.<sup>193</sup> Diese Auffassung stützt sich auf das BGer, welches in Zusammenhang mit Verletzungen von Erkundigungspflichten dem Kunden Anspruch auf vertraglichen Schadenersatz nach Art. 97 OR zuspricht.<sup>194</sup> Aufsichtsrechtlich gewinnen die Erkundigungen an Bedeutung, da die Bank bei der Erbringung der Vermögensverwaltungs- und umfassenden Anlageberatungsdienstleistungen künftig auch aufsichtsrechtlich zur Durchführung einer Eignungsprüfung (nachfolgend auch *Suitability*-Prüfung) verpflichtet wird.<sup>195</sup> Für die Durchführung der Eignungsprüfung bedarf die Bank bestimmter Informationen über den Kunden.

---

<sup>191</sup> TRAUTMANN/VON DER CRONE, Anlegerschutz kontrovers diskutiert, S. 137 und 142; JENTSCH/VON DER CRONE, S. 646; BK-FELLMANN, Art. 394 OR, Rz 237, der die Auftragsanalyse als Teil der Hauptpflicht betrachtet; BERTSCHINGER, S. 79 ff., der unter dem Kapitel «Auftragsanalyse» die Erkundigungspflichten inklusive des zum Kundenprofil gehörenden Datenkranzes ausführt; *anderer Meinung* GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 89 und 105, der die Erkundigungspflicht als vorvertragliche Nebenpflicht einordnet; BSK-WEBER, Art. 398 Abs. 2 OR, Rz 26; SCHALLER, Beendigung, S. 286 ff.

<sup>192</sup> GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 89.

<sup>193</sup> So auch SCHALLER, Handbuch, Rz 508; *andere Ansätze* für die Haftungsgrundlage für Ersatzansprüche bei unentgeltlichen Auskünften und Beratungen ROBERTO, Verantwortlichkeiten, S. 39.

<sup>194</sup> BGer 4A\_364/2013 vom 5. März 2014, E. 6.6.4 und 7.1.

<sup>195</sup> *Vgl.* Art. 13 E-FIDLEG.

Die Erkundigungspflicht ist mit den im nachfolgenden dritten Teil erläuterten Informationsvermittlungspflichten untrennbar verbunden.<sup>196</sup> Sie dient der Bank als Grundlage für die Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten. Auch deswegen sind die persönlichen Verhältnisse, Anlageziele sowie die Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden zentral.<sup>197</sup>

Letztlich liegt die Pflicht zur Erkundigung auch in der Natur der Sache; aufgrund der zwischen Bank und Bankkunde inhärenten Informationsasymmetrie bedarf es der Einholung bestimmter Kundeninformationen. Erst dadurch kann die Bank für den Kunden überhaupt geeignete Anlagen auswählen und empfehlen, d. h. die einzugehenden Risiken abwägen und nach dem von ihr verwendeten ökonomischen Modell das Portfolio zusammenstellen.<sup>198</sup> Die Bank erkundigt sich vor Vertragsabschluss sowie laufend über den Kunden und stellt gestützt auf diese Erkundigungen das Kundenprofil<sup>199</sup> zusammen.

## 2. Kundenprofil

Das Kundenprofil dient zur Vorbereitung des Vertragsabschlusses<sup>200</sup> und enthält darüber hinaus weitere über den Kunden gesammelte persönliche Informationen. Im Einzelnen sind dies die persönlichen und finanziellen Verhältnisse des Kunden sowie seine Kenntnisse und Erfahrungen.

### 2.1 Persönliche Situation

Die Bank hat sich fürs Erste nach folgenden sozioökonomischen Informationen zu erkundigen: Beruf, Alter, Familienstand, Nationalität, Eigenheiten und Charakterei-

---

<sup>196</sup> SCHALLER, Handbuch, Rz 100.

<sup>197</sup> GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 112; *siehe* zu den Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten § 11.

<sup>198</sup> TRAUTMANN/VON DER CRONE, Anlegerschutz kontrovers diskutiert, S. 145.

<sup>199</sup> In der vorliegenden Arbeit wird das Kundenprofil verstanden als die umfassende Sammlung von Informationen über den Kunden; *im gleichen Sinne* BERTSCHINGER, S. 85 mit seinem Datenkranz; ROTH M., Spielregeln, S. 31 unter «Mandatsprofil»; *andere Ansätze* EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft VII, Rz 1516; JENTSCH/VON DER CRONE, S. 647.

<sup>200</sup> *Ausdrücklich* BGer 4C.158/2006 vom 10. November 2006 E. 3.3.2, wobei dem Kundenprofil hinsichtlich der Risikofrage keine selbständige Bedeutung zukommt; *bestätigend* BGer 4A\_364/2013 vom 5. März 2014, E. 6.5.1; BGer 4A\_140/2011 vom 27. Juni 2011, E. 2.1.

genschaften.<sup>201</sup> Über zusätzliche Informationen wie Religionszugehörigkeit oder allgemeine persönliche Präferenzen wird sie sich unter Umständen ebenfalls erkundigen, da diese Informationen für die Ausarbeitung einer auf den Kunden zugeschnittenen Anlagestrategie, der sog. *Asset Allocation*, hilfreich sein können. Überdies können verschiedenste Informationen in das Kundenprofil einfließen, seien dies Informationen über eine politische Einstellung, einen besonderen Lebensstil oder bestimmte Ernährungsformen. Wenn bspw. ein Kunde bestimmten Ländern und Gebieten oder Unternehmen ablehnend gegenübersteht und ein seiner Weltanschauung entsprechendes Depot wünscht, bieten solche Informationen allenfalls Anlass für weitere Erkundigungen.<sup>202</sup> Nicht zuletzt bieten sich vertiefte Abklärungen an, wenn der Kunde Restriktionen, d. h. Einschränkungen in der Vermögensverwaltungstätigkeit, verlangt.

## 2.2 Finanzielle Verhältnisse

Im Rahmen der Erstellung des persönlichen Kundenprofils sind weiter die individuellen, finanziellen Bedürfnisse und Wünsche des Kunden zu berücksichtigen. Es werden Erkundigungen zu Anlagen, bspw. zum Vermögen, und deren erhoffte Entwicklung sowie zu den Markterwartungen eingeholt. Veränderungen wie bspw. eine künftige Selbständigkeit oder das Eintreten des Rentenalters sowie Scheidungs- oder Todesfälle sollen laufend erfasst und im Profil aktualisiert werden.<sup>203</sup>

Überdies sind Fragen zur Finanzierung zu stellen: Wie gestaltet sich der Liquiditätsbedarf, ist ein Eigentumserwerb geplant oder existieren Leasingverträge? Weiter ergänzen Erkundigungen zur Steuersituation, zur Vorsorge, zu erbschaftsrechtlichen Themen wie der Nachlassplanung oder Erbvorzügen mit allfälliger Auswirkung auf

---

<sup>201</sup> BERTSCHINGER, S. 85.

<sup>202</sup> TRAUTMANN/VON DER CRONE, Anlegerschutz kontrovers diskutiert, S. 145; BERTSCHINGER, S. 87, der die Erkundigungspflicht der Bank aufgrund des objektiv auftragsrechtlichen Sorgfaltsstandards auf das Normalmass begrenzt sieht: «Wer also ein sog. «ethisches Depot» wünscht, also keine Rüstungswerte oder Titel von Firmen, die eine starke Umweltverschmutzung verursachen, erwerben will, hat dies ungefragt speziell zu erwähnen.» *Ausführlicher* zum Massstab der Sorgfalt BERTSCHINGER, S. 20 ff. und insb. S. 32.

<sup>203</sup> Zum Ganzen BERTSCHINGER, S. 85; GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 111 ff.

den Anlagehorizont das Kundenprofil.<sup>204</sup> Die Bank erforscht durch gezielte Fragen ebenfalls das Zahlungs- und Sparverhalten des Kunden.<sup>205</sup>

Neben den obengenannten Informationen sollen auch Erkundigungen zur Einkommens- und Vermögenssituation eingeholt werden.<sup>206</sup> Die Höhe des Bruttolohnes oder der Rente sind entscheidende Faktoren. Weiter gilt es, das (Gesamt-)Vermögen<sup>207</sup>, das anzulegende Vermögen, die Grösse und Herkunft des Vermögens, finanzielle Verpflichtungen sowie die Referenzwährung zu ermitteln.<sup>208</sup> Überdies muss die Bank abklären, wie lange das Einkommen aufrechterhalten werden kann – so kann sich bei einer bevorstehenden Pensionierung oder einer frühzeitigen Beendigung der Erwerbstätigkeit die Situation stark ändern.<sup>209</sup>

Zudem bedarf es der Abklärung von jährlichen Ausgaben und Liquiditätsbedürfnissen für Wohnen, Lebenshaltung oder Alimente und ähnliches sowie ob weitere Verpflichtungen bestehen. Die jährliche Sparquote, d. h. ob überhaupt ein Einkommensüberschuss oder sogar ein -defizit vorliegt, sollte ebenfalls erfragt werden.<sup>210</sup>

Auch entscheidend ist der Anlagehorizont, d. h. in welchem Zeitraum der Kunde die zur Verwaltung anvertrauten Mittel für Ausgaben nicht benötigt.<sup>211</sup> Ob und bei welchem anderen Institut und in welcher Höhe bereits gebundene Anlagen bestehen, kann ebenfalls relevant sein. Nicht weniger relevant ist selbstverständlich der Betrag, den der Kunde verwaltet haben möchte, sowie bei welchem Institut sich das Vermögen zurzeit befindet. Überdies sind Informationen einzuholen über Verkehrswerte von übrigen Anlagen, d. h. allenfalls auch kurzfristig nur schwer veräusserbare Werte wie selbstbewohnte Liegenschaften, Kunstgegenstände oder Schmuck, und wo sich diese Gegenstände oder Liegenschaften zurzeit befinden.<sup>212</sup> Weiter gilt es, sich zu

---

<sup>204</sup> BERTSCHINGER, S. 85; GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 111 ff.; vgl. auch SBVG, RL Vermögensverwaltungsaufträge, Art. 1, Ziff. 4 ff.

<sup>205</sup> SPÄLTI, S. 82, wonach es für die Bank wesentlich ist zu wissen, «ob der Kunde vom Ertrag des Kapitals leben muss (z.B. Rentner) und somit wenig risikofähig ist oder ob die Risikotoleranz hoch ist».

<sup>206</sup> BBl 2015 8957; EFD, erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG, S. 46.

<sup>207</sup> Für die Kenntnis der Bank bezüglich Gesamtvermögen spricht, dass die Zusammensetzung und die Höhe des weiteren Vermögens des Kunden den Spielraum betreffend Risiken wiederum beeinflussen; *siehe* jedoch § 6 5 für Ausführungen zu den Grenzen der Erkundigungspflicht.

<sup>208</sup> BERTSCHINGER, S. 85; *ähnlich* EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft VII, Rz 1690.

<sup>209</sup> SCHENKER, Suitability & Appropriateness, S. 17.

<sup>210</sup> *Siehe* FN 203.

<sup>211</sup> BBl 2015 8957; SCHENKER, Suitability & Appropriateness, S. 17.

<sup>212</sup> Aus der bundesrätlichen Botschaft zum E-FIDLEG geht hervor, dass sich die Bank eine Gesamtsicht über die finanziellen Verhältnisse verschaffen muss. Für den Kunden bedeu-

erkundigen, ob Verbindlichkeiten oder grössere Ausgaben geplant sind, sei dies durch die Altersvorsorge, grössere Reisen, Renovationen oder Ausbildungen.<sup>213</sup>

Schliesslich informiert sich die Bank auch über die Anlageziele des Kunden. Diese Angaben müssen der Bank Aufschluss geben über den Zeithorizont der Anlage, das Risikobewusstsein, die Risikofähigkeit und -bereitschaft.<sup>214</sup> Die Bank erkundigt sich danach, ob es um kurz- oder mittelfristige Ziele wie den Erwerb von Wohneigentum geht; ob allenfalls die Finanzierung von Nachkommen geplant ist; oder es sich um langfristige Ziele wie bspw. die Altersvorsorge handelt.<sup>215</sup> Als weiteres Kriterium gilt der Anlagehorizont, auf den die Anlagestrategie zugeschnitten sein muss. Hat der Kunde keine konkrete Vorstellung darüber, lässt er sich anhand von Alter, geplanter beruflicher Tätigkeit, Ehe- oder Kinderplänen, geplanten Wohnsitzveränderungen etc. ableiten.<sup>216</sup> Selbst Angaben zu erbrechtlichen Aspekten können von grundlegender Bedeutung sein: Wenn Nachkommen vorhanden sind und somit der Substanzerhalt des Vermögens eine wichtige Rolle spielt, hat dies einen anderen Einfluss auf die Anlagestrategie, als wenn ein mittel- oder langfristiger Konsum der Substanz im Vordergrund steht.<sup>217</sup>

### 2.3 Kenntnisse und Erfahrungen

Im Rahmen der Erkundigungspflicht obliegt es der Bank ferner, die Kundenerwartungen zu erfassen und Folgerungen hinsichtlich Kenntnisstand des Kunden bezüglich Finanzinstrumenten und -dienstleistungen abzuleiten.<sup>218</sup> Nicht die Erkundigungspflicht reduziert sich mit steigender Erfahrung des Kunden, sondern der Umfang der im Rahmen der Aufklärungspflicht zu vermittelnden Informationen.<sup>219</sup> Würde sich bereits die Erkundigungspflicht reduzieren, schliesse dies im Nachgang eine

---

tet dies die Offenlegung seiner gesamten Vermögenswerte inkl. «Immobilienbesitz», vgl. BBI 2015 8957.

<sup>213</sup> Vgl. GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 113; TRAUTMANN/VON DER CRONE, Anlegerschutz kontrovers diskutiert, S. 148 f.

<sup>214</sup> BBI 2015 8957.

<sup>215</sup> GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 113.

<sup>216</sup> TRAUTMANN/VON DER CRONE, Anlegerschutz kontrovers diskutiert, S. 148 und 149.

<sup>217</sup> Siehe FN 215.

<sup>218</sup> BBI 2015 8957.

<sup>219</sup> GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 112; JENTSCH/VON DER CRONE, S. 647; *anderer Meinung* BERTSCHINGER, S. 84; *ausführlicher* zu den Aufklärungspflichten § 11.

sorgfältige Wahrnehmung der Aufklärungs- und Beratungspflicht im Hinblick auf Risiken der Vermögensanlage zwangsläufig aus.<sup>220</sup>

Die Kenntnisse des Kunden in Bezug auf Finanzinstrumente bilden ein wichtiges Element des Kundenprofils. Vor diesem Hintergrund klärt die Bank ab, inwieweit der Kunde die typischen Eigenschaften und die wichtigen zugrundeliegenden Risiken der entsprechenden Produktklasse<sup>221</sup> und/oder des jeweiligen Risikoaspektes<sup>222</sup> versteht. Als weiteres Element gelten die Erfahrungen des Kunden in Bezug auf die typischen Eigenschaften und die wichtigen Risiken von Produktklasse und Risikoaspekt. Zur Beurteilung können Parameter wie Art, Umfang, Häufigkeit und Zeitraum zurückliegender Geschäfte des Kunden beigezogen und bewertet werden.<sup>223</sup> Hat der Kunde beispielsweise innerhalb von 24 Monaten mindestens fünf Transaktionen im Umfang von mindestens je CHF 10'000.00 über ein Institut abgewickelt, kann er unter Umständen als erfahren angesehen werden.

Zusätzlich sind die Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden bezüglich Vermögensverwaltungs- bzw. Anlageberatungsdienstleistungen zu ermitteln. Der Kunde besitzt bspw. Kenntnisse, wenn er die Funktionsweise und die Risiken von Vermögensverwaltungsdienstleistungen versteht und anerkennt, dass er dadurch die Verwaltung seiner Vermögenswerte der Bank überlässt. Als erfahren mit Finanzdienstleistungen gilt unter Umständen ein Kunde, wenn er über mindestens 24 Monate Erfahrung in Zusammenhang mit Finanzdienstleistungen verfügt.

In der Praxis werden regelmässig Formulare verwendet, auf denen der Kunde mit seiner Unterschrift bestätigt, dass er korrekte und wahre Angaben gemacht hat und die typischen Eigenschaften und die wichtigen zugrundeliegenden Risiken der ge-

---

<sup>220</sup> TRAUTMANN/VON DER CRONE, Anlegerschutz kontrovers diskutiert, S. 147.

<sup>221</sup> Oftmals werden drei Produktklassen gebildet, welche sich wie folgt nochmals unterteilen lassen. *Direktanlagen*: Geldmarkt, festverzinsliche Anlagen und Aktien. *Fondsstrukturen*: Anlagefonds, Dachfonds und vergleichbare Produkte, Hedge-Fonds, Dachfonds aus Hedge-Fonds und vergleichbare Produkte sowie Private Equity. *Derivative Strukturen*: Strukturierte Produkte: Kapitalschutz, Strukturierte Produkte: Partizipation/Renditeoptimierung, Strukturierte Produkte: Hebelwirkung, Traded Options and Financial Futures (TOFF), Forwards, Swaps, einzelvertragsbasierte Derivate.

<sup>222</sup> Als Risikoaspekte können gelten: Fremdwährungsrisiko, ausserbörsliche Geschäfte (OTC), Rohstoffe, Grundstücke/Immobilien, Schwellenländer.

<sup>223</sup> ROTH U., Festschrift Kleiner, S. 33 und 34: «Das Kundenprofil gibt dem Anlageberater einige objektive Eckdaten, aus denen er vor allem Anhaltspunkte für die Anlagestrategie und Depotstruktur ableiten kann.» *Ähnlich* KÜNZI PEDITTO, Vermögensverwaltungshandbuch, § 26 Rz 58; *anderer Meinung* und kritisch gegenüber Rückschlüssen vom Vermögen des Kunden sowie von der Häufigkeit, mit der dieser Anlagen tätigt, auf dessen Erfahrung SETHE/HÄRTNER, Vermögensverwaltungshandbuch, § 27, Rz 30.

wählten Produktklassen oder Risikoaspekte der Verwaltungsdienstleistungen versteht. Gibt der Kunde keine Auskunft, kann sich die Bank distanzieren und dem Kunden mitteilen, dass aufgrund fehlender Auskunftsbereitschaft keine Beratungen bezüglich Finanzinstrumenten oder Vermögensverwaltungsdienstleistungen angeboten werden können.<sup>224</sup>

Darüber hinaus muss die Bank die Angaben des Kunden verifizieren. Denn obschon es sich bei den persönlichen Gesprächen um eine Art «Rechtsschein»<sup>225</sup> handelt, muss die Bank die richtigen Fragen stellen können und vorgespültes Fachwissen erkennen. Der Bank obliegt es, den Schein zu verifizieren; sie darf nicht einfach auf ihn abstellen.<sup>226</sup>

### 3. Risikoprofil

Das Erstellen des Risikoprofils ist eine unabdingbare Voraussetzung jeder Vermögensverwaltungs- sowie Anlageberatungstätigkeit.<sup>227</sup> Es gehört zur auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht der Bank, vor der Festlegung der Anlagestrategie in diesem Zusammenhang zu analysieren, wie viel Risiko der Kunde objektiv betrachtet eingehen kann und wie viel Risiko er subjektiv tatsächlich eingehen will.<sup>228</sup> Berücksichtigt werden dabei die finanzielle Situation, die Anlageziele sowie die Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden.<sup>229</sup>

---

<sup>224</sup> Ausführlicher zu den Grenzen der Erkundigungspflicht § 6 5.

<sup>225</sup> So etwa BERTSCHINGER, S. 84, der diesen Begriff verwendet.

<sup>226</sup> TRAUTMANN/VON DER CRONE, Anlegerschutz kontrovers diskutiert, S. 147.

<sup>227</sup> EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft VII, Rz 1606.

<sup>228</sup> BGer 4C.158/2006 vom 10. November 2006, E. 3.3.1: «Das Erstellen eines Kundenprofils, das nach allgemein vertretener Auffassung zu den Sorgfaltspflichten des Vermögensverwalters gehört und vor oder gleichzeitig mit dem Abschluss des Vermögensverwaltungsvertrags erfolgen muss, dient insbesondere dem Zweck, das Ausmass des Risikos zu bestimmen, das der Kunde bei der Anlage des Geldes eingehen will und nach seinen Lebensumständen auch eingehen kann.» Früher bereits BERTSCHINGER, S. 85 f., der eine Aufteilung in sog. subjektive und objektive Risikofähigkeit des Kunden vornimmt; *bestätigend* ROTH U., Festschrift Kleiner, S. 5 und 33; ROTH M., Spielregeln, S. 32; THALMANN, Privatecht, S. 197; BGer 4C.68/2007 vom 13. Juni 2008, E. 7.2; BGer 4A.140/2011 vom 27. Juni 2011, E. 2.1 und 3.1; SCHALLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 58 f.; SCHALLER, Handbuch, Rz 122 und 260; JENTSCH/VON DER CRONE, S. 649.

<sup>229</sup> SBVG, RL Vermögensverwaltungsaufträge, Art. 1, Ziff. 4; FINMA, RS 2009/1, Rz 7.1; BBl 2015 8957.

Als Risikofähigkeit gilt die Fähigkeit, einen Verlust aus einer Anlagestrategie oder eines einzelnen Investments aufgrund der finanziellen Situation, welche sich aus Einkommen, Vermögen, Liquiditätserfordernissen und Verpflichtungen zusammensetzt, zu verkraften.<sup>230</sup> Die Bank hat abzuklären, welches Risiko der Kunde aufgrund seiner finanziellen Situation objektiv eingehen kann.

Ebenfalls in das Risikoprofil hinein fliesst die Risikobereitschaft des Kunden. Als Risikobereitschaft gilt «die individuelle, mentale und emotionale Bereitschaft eines Investors, bei Anlageentscheidungen mit einem Mass an Unsicherheit dieses Risiko (Unsicherheit) bewusst einzugehen. Zur Entscheidungsfindung zählt auch das Abwägen von Risiko und Rendite, d. h. die Frage, ob der Anleger für die zusätzliche Einheit Risiko, die er einzugehen bereit ist, auch mit einer überproportionalen Rendite entschädigt wird».<sup>231</sup> Es gilt zu eruieren, wie der Kunde mit möglichen Verlusten umzugehen vermag. Wenn bereits der Gedanke potentieller Verluste den Kunden schmerzt, sollte selbst bei objektiv gegebener Risikofähigkeit keine allzu risikobehaftete Strategie verfolgt werden.<sup>232</sup> Der unumgängliche Zielkonflikt zwischen Risiko und Rendite ist nicht jedem Kunden klar, und das Verständnis dafür, welches Ausmass bestimmte Einflüsse auf das Risiko einer Anlage haben können, ist von Kunde zu Kunde unterschiedlich.<sup>233</sup>

Es obliegt der Bank, die Risikofähigkeit des Kunden zu verstehen und die Risikobereitschaft des Kunden einzuschätzen. Das Bundesgericht stellt fest, dass die Bank im Rahmen einer sorgfältigen Tätigkeit verpflichtet ist, den Kunden auf Diskrepanzen zwischen objektiver Risikofähigkeit und subjektiver Risikobereitschaft aufmerksam zu machen. Dies gilt selbst dann, wenn der Kunde wegen höherer Renditeaussichten auf seiner aggressiven Aktienstrategie beharren möchte.<sup>234</sup>

Die Rückschlüsse, welche die Bank aus den einzelnen Kundeninformationen in Bezug auf das Risikoprofil zu ziehen hat, lassen sich nicht pauschal bestimmen. So bedarf es einer gewissen Sensibilität der Bank, die erhaltenen Informationen mit dem zu erstellenden Risikoprofil zu verknüpfen.<sup>235</sup> Gleichzeitig bedarf es der Bereitschaft

---

<sup>230</sup> JENTSCH/VON DER CRONE, S. 647; EMCH/RENTZ/ARPAGAU, Bankgeschäft VII, Rz 1607, wobei es nicht nur um das Verkraften eines Totalausfalls, sondern auch um das problemlose Überstehen von längeren «Durststrecken» geht.

<sup>231</sup> EMCH/RENTZ/ARPAGAU, Bankgeschäft VII, Rz 1608.

<sup>232</sup> SCHENKER, Suitability & Appropriateness, S. 18.

<sup>233</sup> TRAUTMANN/VON DER CRONE, Anlegerschutz kontrovers diskutiert, S. 148.

<sup>234</sup> *Siehe* in Bezug auf die Anlageberatung BGer 4C.68/2007 vom 13. Juni 2008, E. 7.2.

<sup>235</sup> Ein Depot, bestehend aus Bundesobligationen und Bankaktien, ist für einen Bankangestellten mit höheren Risiken verbunden als für einen Mitarbeiter eines Nahrungsmittelkonzerns, weil beim Bankangestellten bereits Einkommen und Teile des Vermögens von

und des Vertrauens des Kunden, die Informationen über seine Person zu offenbaren, damit er die Finanzdienstleistungen der Bank in Anspruch nehmen kann.

#### 4. *Suitability*-Prüfung

Im Rahmen der Erkundigungen spricht die Bank mit dem Kunden auch über den Inhalt einer Anlagestrategie und über konkretisierende Anlagerichtlinien, welche allenfalls zu einem etwas späteren Zeitpunkt zwischen den Parteien vereinbart werden. Die Anlagestrategie orientiert sich am Risikoprofil des Kunden, damit sie zum Kunden und zu seinen persönlichen Verhältnissen passt.<sup>236</sup>

Auf Basis des Risikoprofils gibt die Bank eine fundierte Empfehlung über die Allokation der Anlagen und über die Risiken ab. Daraus folgt, dass die Bank, basierend auf den Schlussfolgerungen, die sie bezüglich Risikofähigkeit und -bereitschaft des Kunden zieht, eine Anlagestrategie zu entwickeln hat, die den gesammelten Erkenntnissen entspricht und gleichzeitig zu einer maximalen möglichen Rendite führt.<sup>237</sup>

Trotz Fehlens einer spezialgesetzlichen Bestimmung ist es in der Lehre und Rechtsprechung weitgehend anerkannt, dass die Bank bereits nach Auftragsrecht eine *Suitability*-Prüfung vorzunehmen hat, indem die Anlagestrategie den ermittelten Kenntnissen und Erfahrungen sowie den Anlagezielen und finanziellen Verhältnissen des Kunden gegenübergestellt wird.<sup>238</sup> Umstritten ist, worauf sich die *Suitability*-

---

der Entwicklung des Bankensektors abhängen: BERTSCHINGER, S. 86; *ebenso* JANSSEN, Börse, S. 124 f.

<sup>236</sup> BGer 4C.158/2006 vom 10. November 2006, E. 3.3.1; BGer 4A.223/2007 vom 30. August 2007, E. 6.2.3: «gehört es zu den Sorgfaltspflichten eines Vermögensverwalters, ein Risikoprofil seiner Kundschaft zu erstellen und bei seinen Anlageentscheiden zu berücksichtigen»; BBl 2015 8957: «Gestützt auf die eingeholten Informationen erstellt der Finanzdienstleister für jede Kundin oder jeden Kunden ein Risikoprofil. Bei Vermögensverwaltungsmandaten [...] vereinbart er gestützt darauf mit der Kundin oder dem Kunden eine Anlagestrategie.»

<sup>237</sup> SCHENKER, *Suitability & Appropriateness*, S. 19; BÜHLER, *Suitability*, S. 6.

<sup>238</sup> BGer 4A\_140/2011 vom 27. Juni 2011, E. 2.1 und 3.1; CERUTTI, S. 75; EMCH/RENZ/ARPAGAUS, *Bankgeschäft VI*, Rz 1494; ROTH M., *Spielregeln*, S. 27–29; HUGGENBERGER, *Bankenrecht*, S. 124–126; SCHALLER, *Handbuch*, Rz 284 ff.; SCHENKER, *Suitability & Appropriateness*, S. 16 ff.; HEIM/PFIFFNER, *Suitability & Appropriateness*, S. 70: «Eine *Suitability*-Prüfung ist erforderlich und erfolgt aufgrund des Auftragsrechts unter Berücksichtigung der Kenntnis, der Anlageziele, der finanziellen Verhältnisse sowie der Risikoneigung des Kunden.»

Prüfung bezieht: Sie kann sich auf einzelne Instrumente und Transaktionen beziehen oder auf das Mandat.<sup>239</sup>

Nach der hier vertretenen Auffassung bezieht sich die *Suitability*-Analyse auf die Anlagestrategie.<sup>240</sup> D. h. die Bank prüft, ob die (geplante) Anlagestrategie auf Basis des Risikoprofils des Kunden für diesen geeignet ist. Mit anderen Worten zeichnet sich eine geeignete Anlagestrategie – welche als Basis für die einzelnen Transaktionen dient – dadurch aus, dass sie den persönlichen Verhältnissen und Anlagezielen des Kunden entspricht, dieser die Chancen und Risiken der Anlagestrategie versteht und die finanziellen Risiken tragen kann.

Die *Suitability*-Analyse dient dabei der optimalen Vorbereitung der Anlagestrategie und stellt eine auftragsrechtliche Nebenpflicht dar.<sup>241</sup> Weicht die letztlich vom Kunden gewünschte Anlagestrategie von seinem (durch die Bank ermittelten) Risikoprofil ab, ist der Kunde darüber in Kenntnis zu setzen und zu warnen. Hat die Bank diese Warnpflicht erfüllt, kann sie die gewünschte Anlagestrategie befolgen.<sup>242</sup> Im Regelfall deckt sich die vereinbarte Anlagestrategie mit dem Risikoprofil und stellt sich dementsprechend für den Kunden als *suitable* heraus. Zur Sorgfaltspflicht der Bank gehört es ferner, sicherzustellen, dass die Anlagen dauernd mit dem Risikoprofil sowie den Anlagezielen und den Anlagebeschränkungen übereinstimmen.<sup>243</sup>

Künftig wird die Bank bei Vermögensverwaltungsmandaten sowie bei der umfassenden Beratung in Anlehnung an Art. 19 Abs. 4 *MiFID*<sup>244</sup> bzw. Art. 25 Abs. 2

---

<sup>239</sup> Unterschiedliche Lehrmeinungen finden sich etwa bei CERUTTI, S. 79, wonach die Eignungsprüfung hinsichtlich der zu wählenden Anlagestrategie bzw. Zielvorstellungen des Kunden erfolgt; *ähnlich* HEIM/PFIFFNER, *Suitability & Appropriateness*, S. 70; *anderer Ansatz* SCHALLER, Handbuch, Rz 285, der die *Suitability* auch in Bezug auf einzelne Transaktionen verlangt.

<sup>240</sup> *Vgl.* dazu auch die Ausführungen zur aufsichtsrechtlichen *Suitability*-Prüfung auf nachfolgender Seite.

<sup>241</sup> *So* etwa JENTSCH/VON DER CRONE, S. 646; *bejahend* SCHENKER, *Suitability & Appropriateness*, S. 22.

<sup>242</sup> ABEGGLEN, *Vermögensverwaltung II*, S. 79 f.

<sup>243</sup> FINMA, RS 2009/1, Rz 15 und 16.

<sup>244</sup> Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates (nachfolgend *MiFID*); *vgl.* auch Art. 35 ff. Richtlinie 2006/73/EG der Kommission vom 10. August 2006 zur Durchführung der *MiFID* (*MiFID* Durchführungsbestimmungen).

*MiFID II*<sup>245</sup> aufsichtsrechtlich zur Durchführung einer *Suitability*-Prüfung<sup>246</sup> verpflichtet.<sup>247</sup> Dabei geht es wie im Rahmen des Auftragsrechts darum, dass die Bank sich über die finanziellen Verhältnisse und Anlageziele des Kunden sowie über seine Kenntnisse und Erfahrungen in Bezug auf die Finanzdienstleistungen erkundigt und gestützt darauf eine Eignungsprüfung durchführt, bevor sie ihm geeignete Finanzdienstleistungen und -instrumente empfiehlt.<sup>248</sup> Dabei bezieht sich die Eignungsprüfung auf die Vermögensverwaltung bzw. auf die Anlageberatung selbst.<sup>249</sup> Die Bank hat vor Abschluss des Vertrages sicherzustellen, dass der Kunde einerseits die Dienstleistungen versteht und andererseits die gewählte Anlagestrategie für ihn geeignet ist.<sup>250</sup>

Die für die aufsichtsrechtliche Eignungsprüfung einzuholenden Informationen decken sich mit denjenigen der auftragsrechtlichen Erkundigungspflicht.

## 5. Grenzen der Erkundigungspflicht

Die Erkundigungspflicht der Bank bedarf der Mitwirkung des Kunden. Bei den Verhaltenspflichten des Kunden handelt es nicht um echte Vertragspflichten, sondern

<sup>245</sup> Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2015 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU (nachfolgend *MiFID II*).

<sup>246</sup> Das Konzept von *Suitability* und *Appropriateness* existiert bereits in der EU, wo es nach dem US-amerikanischen Vorbild durch die *MiFID* eingeführt sowie durch die *MiFID II* weitergeführt wurde, um Anleger zu schützen. Es dient der Füllung der Lücke, welche dadurch entstehe, dass einzelne Anleger allein aufgrund der Offenlegung von Risiken nicht genügend geschützt werden können. Dieses Anlegerschutzkonzept geht einigen Lehrmeinungen nach insoweit über die Schaffung von Transparenz und die Information des Anlegers hinaus, als die Bank bis zu einem gewissen Grad die Verantwortung dafür übernehmen müsse, dass der Anleger ein Anlageprodukt erwirbt, das auch seiner Risikofähigkeit entspricht. *Vgl.* dazu BÜHLER, *Suitability*, S. 3; SCHENKER, *Suitability & Appropriateness*, S. 12.

<sup>247</sup> BBl 2015 8920 und 8956; Art. 13 E-FIDLEG; *siehe* auch FN 132.

<sup>248</sup> BBl 2015 8920 und 8957; *vgl.* auch Art. 13 E-FIDLEG. Dies entspricht der bundesgerichtlichen Auffassung zur privatrechtlichen Geltung. *Vgl.* dazu etwa BGer 4A\_140/2011 vom 27. Juni 2011, E. 2.1 und 3.1.

<sup>249</sup> BBl 2015 8920; EFD, erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG, S. 14; *vgl.* insb. auch Fahne StR E-FIDLEG, Art. 13, S. 14: «Diese Kenntnisse und Erfahrungen beziehen sich auf die Finanzdienstleistung und nicht auf die einzelnen Transaktionen.»

<sup>250</sup> BBl 2015 8920 und 8921; EFD, erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG, S. 14.

bloss um Obliegenheiten.<sup>251</sup> Im Einzelnen obliegt es dem Kunden, der Bank umfassend und wahrheitsgetreu über seine persönlichen Verhältnisse Auskunft zu geben. Dies bezieht sich auf alle Informationen, die die Bank für die Erfüllung ihres Auftrages benötigt.<sup>252</sup> Diese Obliegenheit wirkt für die gesamte Dauer, d. h. vom Vertragsabschluss bis hinein in das Mandatsverhältnis.<sup>253</sup> Dies bedeutet, dass der Kunde die Bank bei Veränderungen persönlicher, für die Mandatsausführung wesentlicher Umstände auch während des Mandates zu informieren hat.

Auf der anderen Seite hat die Bank die Richtigkeit und Vollständigkeit der erhaltenen Informationen sicherzustellen und diese zu dokumentieren.<sup>254</sup> Die Bank trifft bei unklaren und unvollständigen Angaben eine Nachfragepflicht.<sup>255</sup> Sie hat jedoch die Angaben des Kunden nicht auf ihren Wahrheitsgehalt zu überprüfen und darf diesen Angaben grundsätzlich vertrauen.<sup>256</sup> Die Bank darf sich auf die Angaben des Kunden verlassen, es sei denn, diese enthalten offensichtliche Widersprüche oder sind offensichtlich fehlerhaft.<sup>257</sup> Macht der Kunde bewusst unwahre Angaben, ist er nicht vor sich selbst zu schützen.<sup>258</sup>

---

<sup>251</sup> Vgl. zur Unterscheidung etwa BK-FELLMANN, Art. 394 OR, Rz 279 ff.; *anderer Meinung* WIEGAND, Festschrift von Büren, S. 639, der eine Pflicht des Kunden zur vollständigen und wahrheitsgemässen Auskunftserteilung bejaht; im Arzt-Patientenverhältnis werden regelmässig entsprechende «Pflichten des Patienten» begründet, *siehe* dazu etwa CONTI, S. 81 ff.

<sup>252</sup> Vgl. für einen strengerer Ansatz WIEGAND, Festschrift von Büren, S. 639.

<sup>253</sup> SCHALLER, Handbuch, Rz 121.

<sup>254</sup> SCHALLER, Handbuch, Rz 121.

<sup>255</sup> *Gleicher Meinung* SCHALLER, Rz 119, der zulasten des Vermögensverwalters jedoch keine Nachforschungspflicht sieht; *bereits früher* SPÄLTI, S. 73 und 82; GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 49; BERTSCHINGER, S. 80.

<sup>256</sup> *So* auch ROBERTO, Verantwortlichkeiten, S. 47; SCHALLER, Handbuch, Rz 119; SETHE, Vermögensverwaltungshandbuch, § 25, Rz 28; mit Bezug auf das deutsche Recht SETHE, Anlegerschutz, S. 832; *anderer Meinung* JENTSCH/VON DER CRONE, S. 647, die bei zweifelhaften Angaben des Kunden eigene Nachforschungen der Bank grundsätzlich bejahen.

<sup>257</sup> *Nach* SCHALLER, Handbuch, Rz 119 bedarf es der «Offensichtlichkeit» eines Widerspruchs oder eines Fehlers; *ähnlich* auch SETHE, Vermögensverwaltungshandbuch, § 25, Rz 28 der Vermögensverwalter muss den Kunden darauf ansprechen und sich weiter erkundigen, wenn er «weiss oder sich ihm diese Erkenntnis aufdrängt», dass es sich um unwahre Angaben des Kunden handelt; *ähnlich* auch mit Bezug auf das deutsche Recht SETHE, Anlegerschutz, S. 832, das Hinweisen und Nachfragen des Wertpapierdienstleistungsunternehmens bezüglich Selbstdarstellungen des Kunden erscheint nur dann als notwendig, wenn die Kundenangaben «erkennbar falsch oder widersprüchlich» sind; ebenso aus der deutschen Lehre HEESE, S. 435: «Eine darüber hinausgehende Verifizierung schuldet der Anlageberater aber nicht.» *Ähnlich* § 31 Abs. 6 WpHG «Soweit die [...] Informationen auf Angaben des Kunden beruhen, hat das Wertpapierdienstleistungsunternehmen die Fehlerhaftigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben seiner Kunden nicht zu

Die Pflicht der Bank zur Erkundigung gilt nicht *ad infinitum*. Als Grenze der Erkundigungspflicht gilt die Verweigerung oder das Ablehnen der Beantwortung von Fragen seitens des Kunden.<sup>259</sup> Eine Verpflichtung zur Information der Bank durch den Kunden lässt sich nicht herleiten.<sup>260</sup> Davon klar abzugrenzen ist die Verletzung der Erkundigungspflicht durch die Bank. Liegt es an ihrem fehlenden Geschick, Informationen zu ermitteln, führt dies allenfalls zu einem Übernahmeverschulden.<sup>261</sup> Darüber hinaus führt der Umstand des vollständigen Verzichts der Einholung von Erkundigungen sogar zur schadenersatzbegründenden Sorgfaltspflichtverletzung.

Zum einen ist die Bereitschaft des Kunden zur Mitwirkung und Offenbarung persönlicher Informationen notwendig für die Erreichung des Vertragszwecks. Für die Erkennung des Bedarfs ist die Bank nämlich auf bestimmte Kundeninformationen angewiesen. Zum anderen ist das Gespräch über finanzielle Angelegenheiten für den

---

vertreten, es sei denn, die Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit der Kundenangaben ist ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt.»

<sup>258</sup> So auch SETHE, Vermögensverwaltungshandbuch, § 25, Rz 28.

<sup>259</sup> *Gleicher Meinung* ABEGGLEN, Vermögensverwaltung II, S. 79; vgl. in Bezug auf deutsches Recht § 31 Abs. 2 Satz 2 aWpHG, welcher ausdrücklich klarstellt, dass ein Kunde nicht verpflichtet ist, dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen Angaben über seine Kenntnisse und Erfahrungen, seiner mit den Geschäften verfolgten Ziele und über seine finanziellen Verhältnisse zu erteilen.

<sup>260</sup> BK-FELLMANN, Art. 394 OR, Rz 280, da es sich lediglich um eine Obliegenheit handelt, hat der Beauftragte grundsätzlich keinen Anspruch auf die Mitwirkung des Auftraggebers und der Beauftragte kann den Auftraggeber nicht zur Mitwirkung zwingen; vgl. auch Art. 16 E-FIDLEG. Bereits aus dem Gesetzestext geht hervor, dass es durchaus möglich ist, dass ein Kunde der Bank nicht alle persönlichen Daten offenbart; vgl. auch in Bezug auf deutsches Recht LANG, Vermögensverwaltungshandbuch, § 7 Rz 88. In der deutschen Lehre besteht «Einigkeit, dass diese aus dem <allgemeinen Persönlichkeitsrecht> resultierende Berechtigung nach wie vor Gültigkeit hat.» FUCHS A., WpHG, § 31, Rz 205; TEUBER, S. 433; BALZER, S. 339; SCHÄFER/LANG, Rz 195 ff.

<sup>261</sup> BSK-WEBER, Art. 398 OR, Rz 26: «Der Beauftragte hat einen angebotenen Auftrag abzulehnen, wenn er der Geschäftsbesorgung nicht gewachsen ist.» Weiter kann sich der Beauftragte «nicht auf Ausbildungsmängel, fehlende Erfahrung oder Neuerungen in der Forschung berufen, eine selbstkritische Einschätzung der eigenen Fähigkeiten ist notwendig.» Vgl. zum Übernahmeverschulden BGE 124 III 155, E. 3b, S. 164: «Das Handelsgericht wirft der Beklagten sodann zu Recht ein Übernahmeverschulden vor, weil sie wegen ungenügender fachlicher Qualifikation der für den Kläger zuständigen Angestellten nicht in der Lage war, die eingegangenen Verpflichtungen – Beratung und Aufklärung des Klägers – mit der nötigen Sorgfalt zu erfüllen.» Vgl. auch BGE 92 II 168, E. 4b, S. 174; BERTSCHINGER, S. 54–60, insb. S. 54: «Die Bank hat schon in der Phase des Vertragschlusses selbstkritisch zu prüfen, ob sie die erforderlichen Fähigkeiten und Hilfsmittel sowie die nötige Zeit zur wunschgemässen Auftragserfüllung besitzt.» THALMANN, Privatecht, S. 223, Fn. 374; ferner zum haftungsbegründenden Übernahmeverschulden BGE 93 II 317 E. 2e und bb, S. 322 ff.

Kunden etwas sehr Intimes. Der Kunde öffnet sich unter der Annahme, dass die Bank die Informationen für ihre Tätigkeit benötigt, sie aber seine Daten geheim hält und sein Vermögen sowie auch seine Identität schützt.<sup>262</sup>

Weigert sich der Kunde, bestimmte Informationen offenzulegen, oder weicht er auf einzelne Rückfragen aus, kann der Bank kein Vorwurf gemacht werden.<sup>263</sup> Die Bank muss sich jedoch auch in diesen Fällen um alle relevanten Kundeninformationen bemühen und die Fragen umformulieren oder später nochmals auf sie zurückkommen.<sup>264</sup> Dies ist damit zu begründen, dass der Informationsstand des Vermögensverwalters mit dem Beratungsergebnis korreliert: Es gilt, «dass das Beratungsergebnis nur so gut auf die persönliche Situation des Kunden zugeschnitten sein kann, wie dies der Informationsstand der Bank erlaubt».<sup>265</sup>

Fehlen der Bank einzelne Angaben, muss im Einzelfall geprüft werden, ob die fehlende Angabe erforderlich ist, um die Verwaltung des Vermögens sach- und anlegergerecht vornehmen zu können.<sup>266</sup> Teilt der Kunde der Bank jedoch grundsätzlich alle Angaben zu seiner Person und zu seinen Verhältnissen mit, inklusive, um welchen zu verwaltenden Betrag es sich handelt, verweigert jedoch bspw. die Auskunft zu Höhe und Investitionsart seines übrigen Vermögens und möchte er bestimmte Informationen zu seinen Vermögensverhältnissen nicht preisgeben, hat dies der Vermögensverwalter zu akzeptieren.<sup>267</sup> Orientiert an der absoluten Grösse des Kundenvermö-

---

<sup>262</sup> Vgl. dazu § 4 2.2 und § 14 1.

<sup>263</sup> TRAUTMANN/VON DER CRONE, Anlegerschutz kontrovers diskutiert, S. 146.

<sup>264</sup> BERTSCHINGER, S. 80 f., wonach empirische Studien belegen, dass viele Bankkunden eher zurückhaltend Einblick in sehr persönliche Belange gewähren. Fragen zu Vermögensquelle und zu Art und Umfang von Vermögenswerten bei anderen Instituten sollen häufig unbeantwortet bleiben; vgl. zu den Einstellungen und Verhaltensweisen von Kunden GEYER, S. 26 ff.; vgl. zu Problemen bei der Bedarfsermittlung durch die Bank GEYER, S. 123: «Häufig empfinden [die Kunden] das Interesse – durch die gezielten Fragen des Beraters – an den persönlichen Verhältnissen als Neugierde und als überflüssige Zeitvergeudung.» Ähnliches geht aus der vielzitierten Aussage hervor, dass «die Bürger lieber über ihre Krankheiten, als über ihre Bankgeschäfte sprechen». Vgl. dazu AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 410, die diese Aussage auf Erfahrung stützten; ferner auch HERRLER, S. 35; GIOVANNOPOULOS, S. 23, FN 3.

<sup>265</sup> Eine Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit führt nicht zu Schadenersatzansprüchen. Sie führt zu einem eigenen Rechtsnachteil für den Kunden; vgl. in Bezug auf das deutsche Recht SCHILLER, Bankkrisen, S. 133, die darauf hinweist, dass der Bankmitarbeiter den Kunden zuerst von der Loyalität des Instituts gegenüber seinen Kunden und der damit verbundenen Einhaltung des Datenschutzes überzeugen muss, bevor die Beschaffung von Informationen über den Kunden überhaupt möglich ist.

<sup>266</sup> In diesem Sinne in Bezug auf deutsches Aufsichtsrecht FUCHS A., WphG, § 31, Rz 208.

<sup>267</sup> In Bezug auf eine schadenersatzbegründende Sorgfaltspflichtverletzung TRAUTMANN/VON DER CRONE, Anlegerschutz kontrovers diskutiert, S. 146: «Liegt es am Kunden, der

gens führt es rechtlich und somit auch sorgfaltsmässig zu keinem Unterschied, ob die Bank ein Vermögen von CHF 100'000 oder von CHF 10 Mio. betreut; der erforderliche Mindeststandard an Sorgfalt bleibt der gleiche.<sup>268</sup> Wichtiger ist die Orientierung an der relativen Grösse des eingebrachten Vermögens, d. h. des eingebrachten Vermögens im Verhältnis zum Gesamtvermögen. Dies führt juristisch nämlich zu einem anderen Ergebnis. So macht es einen Unterschied, ob ein Kunde der Bank sein gesamtes Vermögen anvertraut oder nur einen Teil desselben.<sup>269</sup> Vor dem Hintergrund, eine optimale Diversifikation<sup>270</sup> der Vermögenswerte herbeizuführen, kann der Kunde die Bank sowohl auf die Höhe wie auch auf die Art der Anlage seines übrigen Vermögens hinweisen. Eine Verpflichtung zur Offenlegung dieser Angaben besteht indessen nicht. Für die Bank gilt jedoch, je mehr sie über die Höhe und die Investitionsart des übrigen Kundenvermögens weiss, desto besser kann und muss in der Folge die Vermögensanlage diversifiziert werden.<sup>271</sup>

Äussert sich der Kunde nicht zur Höhe und Investitionsart seines übrigen Vermögens, führt dies nicht dazu, dass die Bank den Vertrag ablehnen müsste; dies wäre paternalistisch.<sup>272</sup> Im Gegenzug kann einer Bank nicht vorgeworfen werden, dass sie,

---

sich beispielsweise weigert, bestimmte Informationen preiszugeben oder dies durch Vehemenz beim Ausweichen auf Fragen zu verstehen gibt, so ist dem Vermögensverwalter kein Vorwurf zu machen.»

<sup>268</sup> GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 37; *ähnlich* BERTSCHINGER, S. 77 f.

<sup>269</sup> Bezüglich des daraus abgeleiteten Diversifizierungsgebots gibt es grundsätzlich drei Varianten: (i) der Kunde übergibt der Bank einen Teil seines Vermögens zur Verwaltung und schweigt über weitere Details betreffend seines übrigen Vermögens; (ii) der Kunde übergibt der Bank einen Teil seines Vermögens zur Verwaltung und informiert die Bank über die Höhe und Investitionsart seines übrigen Vermögens oder; (iii) er übergibt der Bank direkt sein Gesamtvermögen zur Verwaltung.

<sup>270</sup> *Vgl.* zur Bedeutung der Diversifikation etwa SPÄLTI, S. 83: «Musterportfeuillees mit ungenügender Diversifikation etc. bergen grosse Gefahren in sich.» BERTSCHINGER, S. 165: «Sie beruht darauf, dass die Verlustrisiken der einzelnen Anlageobjekte quantitativ unterschiedlich sind und sich im Zeitverlauf ungleich verhalten. Bei entsprechender Auswahl der Vermögenswerte lässt sich somit das Gesamtrisiko eines Portfeuillees vermindern, aber natürlich nie ganz ausschliessen, da es unmöglich ist, mit Sicherheit vorauszusagen, wie sich die Vielfalt der Einflussfaktoren auf die einzelnen Depotpositionen auswirken wird.» *Weniger strikt* in Bezug auf die Diversifikation BGE 101 II 121, E. 2a, S. 124: «Ob sie [die Beklagte] das Geld des Klägers in Wertpapiere von Gesellschaften aus verschiedenen Ländern und Branchen anlegte, war weitgehend eine Ermessenssache. Sie konnte auch bei sorgfältiger Auswahl der Titel Verluste nicht vermeiden, da die Kurse von verschiedenen Umständen abhängen und in der Regel nicht vorzusehen sind.»

<sup>271</sup> BERTSCHINGER, S. 78, für ihn ergibt sich in dem Zusammenhang sogar eine «grundsätzlich positive Korrelation zwischen der relativen Höhe des der Bank übergebenen Vermögens und dem Sorgfaltsmass».

<sup>272</sup> *Gleicher Meinung* SETHE, Vermögensverwaltungsbuch, § 25, Rz 29.

ohne über die Zusammensetzung des Gesamtvermögens im Bilde zu sein, nicht auf die Diversifizierung des Gesamtvermögens des Kunden geachtet hat.<sup>273</sup> Die Erkundigungspflicht und weiteres Nachfragen der Bank finden ihre Grenzen dort, wo der Kunde seine Auskunft verweigert.<sup>274</sup> Für die Nichtbekanntgabe des Gesamtvermögens mag der Kunde gute Gründe haben – als Folge dessen richtet die Bank die Anlagestrategie auf den Umfang des konkret zu verwaltenden Vermögens aus<sup>275</sup> und weist den zurückhaltenden oder reservierten Kunden unter Umständen im Rahmen ihrer Aufklärungspflicht darauf hin, dass die fachgemässe Vermögensanlage je nach Informationsasymmetrie nur beschränkt erfüllbar ist.<sup>276</sup>

In diesem Zusammenhang muss erwähnt sein, dass ein informierter, mündiger Anleger die «Diversifikation» seines Vermögens auch selber in die Hand nehmen kann – indem er seine Vermögenswerte bewusst bei unterschiedlichen Instituten und im besten Fall gleichzeitig in verschiedene Anlagen platziert.

Grundsätzlich gilt, dass bei unvollständigen Informationen über den Kunden entscheidend ist, ob sich die Interessen des Kunden anhand der vorhandenen Informationen und Auskünfte dennoch hinreichend feststellen lassen.<sup>277</sup> Demnach zwingt eine teilweise fehlende Auskunftsbereitschaft des Kunden die Bank nicht zum Abbruch der Geschäftsbeziehung bzw. zur Nichtaufnahme einer solchen. Die Bank hat in solchen Situationen den Kunden stets auf die Informationsasymmetrie hinzuweisen, ihm die allenfalls daraus resultierenden Folgen aufzuzeigen und ihn in Bezug auf mögliche Risiken zu warnen bzw. abzumahnen.<sup>278</sup> Je nach Ausprägung der Informationsasymmetrie lässt sich die Finanzdienstleistung nur beschränkt fachgemäss durchführen. Darüber ist der Kunde proaktiv und transparent zu informieren. Die Bank schlägt in der Folge unter Umständen eine konservativere Anlagestrategie vor.<sup>279</sup> Dadurch wird dem Kundenwunsch auf Verwaltung seines Vermögens ent-

---

<sup>273</sup> *Eher ablehnend* SCHENKER, Suitability & Appropriateness, S. 16 und S. 17, der es als das Ziel eines sorgfältigen Vermögensverwalters sieht, nicht nur auf die Diversifikation des ihm zur Verwaltung übergebenen Vermögens zu achten, sondern auch auf die gesamte Diversifikation des Vermögens. Dementsprechend sollte das Gesamtvermögen des Kunden in die *Suitability*-Analyse einbezogen werden.

<sup>274</sup> Nach BERTSCHINGER, S. 81, endet die Erkundigungspflicht bereits da, wo der Vermögensverwalter weitere Erkundigungen «als für die gemeinsame Geschäftsbeziehung kontraproduktiv einschätzen darf».

<sup>275</sup> GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 113.

<sup>276</sup> *Siehe* zur Aufklärungspflicht § 11.

<sup>277</sup> SCHALLER, Handbuch, Rz 120.

<sup>278</sup> TRAUTMANN/VON DER CRONE, Anlegerschutz kontrovers diskutiert, S. 146.

<sup>279</sup> *Vgl.* aus der deutschen Lehre SETHE, Anlegerschutz, S. 834; *vgl.* auch LANG, Vermögensverwaltungshandbuch, § 7 Rz 91 f., wonach im Einzelfall zu prüfen ist, ob die Angabe

sprochen und gleichzeitig eine Minimierung des Haftungsrisikos der Bank erreicht. Es muss selbst dem anfänglich mit Auskünften zurückhaltenden Kunden möglich sein, Finanzdienstleistungen in Anspruch zu nehmen. Schliesslich darf der mündige Anleger – sofern ausreichend gewarnt – auch objektiv unvernünftige Entscheidungen treffen.<sup>280</sup> Wie viele Informationen der Kunde der Bank anvertrauen möchte, bleibt ihm überlassen.<sup>281</sup> Zum Nachweis, welche Informationen die Bank erhalten hat sowie dass sie den Kunden gewarnt hat, wird sie den Inhalt der erhaltenen Informationen dokumentieren und allenfalls vom Kunden unterzeichnen lassen.

Fehlen der Bank nun aber wesentliche Informationen oder können vom Kunden überhaupt keine sachdienlichen Informationen erhältlich gemacht werden, kann sie auf den Abschluss eines Vertrages verzichten.<sup>282</sup> Alternativ kann der Kunde die Anlagerichtlinien alleine, ohne Hilfe der Bank, festlegen. Die Leistung und Umsetzung der Strategie kann im Anschluss dann aber durch die Bank erbracht werden.<sup>283</sup>

Abschliessend soll festgehalten sein, dass der Kunde die notwendigen Informationen in der Regel offenbart, damit sich die Finanzdienstleistung möglichst sorgfältig und seinen Verhältnissen entsprechend durchführen lässt. Schliesslich sucht der Kunde die Bank aus freien Stücken auf, um sie mit der optimalen Anlage seines Vermögens zu mandatieren. Für diesen Schritt bedarf es selbstverständlich eines gewissen Vertrauens in die Bank.<sup>284</sup>

## 6. Zwischenfazit

Die Bank sammelt im Rahmen ihrer Erkundigungspflicht eine Vielzahl an Kundeninformationen und dementsprechend ausführlich ist das Kundenprofil. Das E-FIDLEG führt die aufsichtsrechtliche *Suitability*-Prüfung ein, erweitert den Umfang der notwendigen Erkundigungen durch die Bank aber nicht. Voraussichtlich bleibt es auch im Rahmen des aufsichtsrechtlichen E-FIDLEG beim Konzept des mündigen Kunden. Kann die Bank die Eignung eines Finanzinstruments aufgrund der ihr vom Kun-

---

«erforderlich» ist, um eine sachgerechte Anlageberatung oder Vermögensverwaltung durchzuführen.

<sup>280</sup> SCHENKER, *Suitability & Appropriateness*, S. 32; SETHE, *Vermögensverwaltungsbuch*, § 25, Rz 29.

<sup>281</sup> Das bleibt (voraussichtlich) auch unter dem E-FIDLEG erhalten, vgl. Art. 16 Abs. 1 E-FIDLEG.

<sup>282</sup> So auch SCHALLER, *Handbuch*, Rz 120.

<sup>283</sup> SETHE, *Vermögensverwaltungsbuch*, § 25, Rz 29.

<sup>284</sup> Vgl. dazu § 4 2.2 und § 14 1.

den offengelegten Informationen nicht beurteilen, so weist sie den Kunden auf diesen Umstand hin. Dem Kunden steht es trotz Abratens frei, die Dienstleistung der Bank in Anspruch zu nehmen.

## § 7 Identifizierungs- und Feststellungspflichten

### 1. Einleitung

Bei natürlichen Personen als Kunden bestehen Identifizierungspflichten in Bezug auf die Vertragspartei sowie Feststellungspflichten in Bezug auf die an den Vermögenswerten wirtschaftlich berechnigte(n) Person(en). Die Identifizierungs- und Feststellungspflichten basieren auf Bestimmungen zur Geldwäschereiprävention.

### 2. Identifizierung der Vertragspartei

Die Identifizierung der Vertragspartei<sup>285</sup> gilt als das zentrale Element der Sorgfaltpflichten im schweizerischen Dispositiv zur Bekämpfung der Geldwäscherei.<sup>286</sup> Als Rechtsgrundlagen dienen Art. 3 GwG, Art. 35 GwV-FINMA, Art. 4–11 VSB 16 sowie das FINMA-Rundschreiben 2016/7. Die Identifizierungspflicht besteht ab dem Zeitpunkt der Aufnahme der Geschäftsbeziehung, d. h. sobald Buchungen auf dem Konto oder Depot vorgenommen werden können.<sup>287</sup> Durch die Identifizierung der natürlichen Person stellt die Bank sicher, dass der Kunde sowohl mit richtigem Namen auftritt als auch existiert.<sup>288</sup>

#### 2.1 Identifizierung bei persönlicher Vorsprache

Bei Eröffnung mittels persönlicher Vorsprache erfolgt die Identifizierung durch ein amtliches Ausweisdokument mit Fotografie.<sup>289</sup> Traditionell sieht die Bank das Ausweisdokument ein und nimmt eine Kopie davon zu den Akten.<sup>290</sup> Als persönliche

---

<sup>285</sup> Mit «Vertragspartei» wird der Vertragspartner der Bank bei einem Finanzgeschäft bezeichnet, mithin der Kunde. Im Rahmen dieser Arbeit werden die Bezeichnungen «Vertragspartei», «Vertragspartner» und «Kunde» synonym verwendet. Dieser Begriff steht im Gegensatz zum Begriff des «wirtschaftlich Berechnigten» oder des Kontrollinhabers der Geschäftsbeziehung, der nicht zwingend identisch sein muss mit der Vertragspartei der Bank. *Siehe* dazu HEIM, Art. 4 Abs. 1 VSB 16, Rz 7.

<sup>286</sup> BBl 2007 6283.

<sup>287</sup> SBVG-Kommentar zur VSB 16, Art. 4, S. 7.

<sup>288</sup> HEIM, Art. 4 VSB 16, Rz 1.

<sup>289</sup> Art. 3 GwG; Art. 9 VSB 16.

<sup>290</sup> Dies wird eine «echtheitsbestätigte Kopie eines Identifikationsdokumentes» genannt, *vgl.* Art. 10 VSB 16.

Vorsprache gilt nur die physische Präsenz des Vertragspartners und des Vertreters der Bank – und zwar zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses der Kundenbeziehung.<sup>291</sup> Auf der Kopie müssen die Identifikationsmerkmale wie Name, Nationalität<sup>292</sup> und Geburtsdatum des Ausweisinhabers erkennbar sein.<sup>293</sup> Die Kopie kann mit einem Fotokopierer erstellt, aber auch fotografiert oder gescannt werden.<sup>294</sup>

Weiter ist die Bank verpflichtet, den amtlichen Ausweis des Vertragspartners einzusehen und die Fotografie mit der Physiognomie der vorsprechenden Person zu vergleichen.<sup>295</sup> Besteht keine erkennbare Übereinstimmung zwischen der Person und der Fotografie, muss die Identifizierung als gescheitert betrachtet und auf die Aufnahme der Geschäftsbeziehung verzichtet werden.

Obwohl dies aus Art. 9 VSB 16 nicht ausdrücklich hervorgeht, wird der Bank empfohlen, im Zeitpunkt der Identifikation nur gültige Ausweiskopien zu akzeptieren;<sup>296</sup> dies nicht zuletzt mit Blick auf die Identifikationspflichten nach *FATCA*.<sup>297</sup>

Sodann hat die FINMA am 3. März 2016 das Rundschreiben FINMA-RS 16/7 «Video- und Online-Identifizierung» zur Auslegung der Sorgfaltspflichten nach GwG und dessen Ausführungsbestimmungen im Kontext der digitalen Erbringung von Finanzdienstleistungen erlassen. Dieses Rundschreiben findet direkte Anwendung auf Banken und erweitert die Möglichkeiten der Identifikation. Der Identifizierung bei persönlicher Vorsprache gleichgestellt ist die Videoidentifikation einer natürlichen Person bei Vorliegen bestimmter Grundsätze.<sup>298</sup> Dabei erfolgt die Identifizierung mittels audiovisueller Kommunikation in Echtzeit zwischen der Vertragspartei und der Bank. Die Bank setzt dafür geeignete technische Hilfsmittel ein, die eine sichere Übertragung sowie das Auslesen und Entschlüsseln der Informationen in der maschinenlesbaren Zone auf dem Identifizierungsdokument sicherstellen. Ferner müssen Bild- und Tonqualität geeignet sein, um eine einwandfreie Identifizierung zu

---

<sup>291</sup> HEIM, Art. 9 VSB 16, Rz 1; der Begriff «persönliche Vorsprache» umschreibt die Tatsache, dass ein persönlicher Kontakt zwischen der Bank und dem Kunden stattgefunden hat und dabei die Identifizierung vorgenommen wurde. *Vgl.* SBVG-Kommentar zur VSB 16, Art. 4, S. 7.

<sup>292</sup> Selbst bei Kunden mit mehreren Nationalitäten genügt es, wenn die Bank eine Nationalität festhält. Sie muss weitere Nationalitäten nicht schriftlich festhalten. *Vgl.* SBVG-Kommentar zur VSB 16, Art. 7, S. 9.

<sup>293</sup> HEIM, Art. 9 VSB 16, Rz 6.

<sup>294</sup> SBVG-Kommentar zur VSB 16, Art. 4, S. 7.

<sup>295</sup> HEIM, Art. 9 VSB 16, Rz 8.

<sup>296</sup> HEIM, Art. 9 VSB 16, Rz 17.

<sup>297</sup> Bei der Umsetzung von *FATCA* müssen Banken *US*-Konten identifizieren und an die *US*-amerikanische Steuerbehörde rapportieren. *Vgl.* dazu § 12 2.

<sup>298</sup> FINMA, RS 2016/7, Rz 5; SBVG-Kommentar zur VSB 16, Art. 9, S. 10.

ermöglichen.<sup>299</sup> Die gesamte Dauer des Gesprächs muss mittels Audioaufzeichnung festgehalten werden.

Die Identitätsprüfung von natürlichen Personen mittels Videoidentifizierung richtet sich nach Rz 11–22 des FINMA RS 16/7. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Bank die vom Kunden vor dem Gespräch zugestellten Informationen während des Identifizierungsgesprächs mittels geeigneter technischer Hilfsmittel oder anhand von gezielten Fragen zu überprüfen hat.<sup>300</sup> Dabei achtet die Bank auch auf auffällige Verhaltensweisen, welche Hinweise auf gefälschte Ausweise liefern könnten.<sup>301</sup> Ferner gleicht sie die Angaben, die sie im Rahmen des Prozesses zur Aufnahme der Geschäftsbeziehung erlangt hat, mit denjenigen auf dem Identifizierungsdokument der Vertragspartei ab.<sup>302</sup> Die Bank holt vor Beginn des Videogesprächs das ausdrückliche Einverständnis des Kunden zur Durchführung der Videoidentifizierung und der Audioaufzeichnung des Gesprächs ein.<sup>303</sup> Denn die Bank erstellt während der Videoübertragung Lichtbilder vom Kunden wie auch von allen relevanten Seiten des Identifizierungsdokuments und prüft deren Übereinstimmung.<sup>304</sup> Zusätzlich überprüft die Bank die Echtheit der Identifizierungsdokumente einerseits durch das maschinelle Auslesen und Entschlüsseln der Informationen und andererseits anhand von mehreren optisch variablen Merkmalen des Identifizierungsdokuments.<sup>305</sup> Letztlich prüft die Bank die Übereinstimmung der entschlüsselten Informationen mit den restlichen Angaben auf dem Ausweis und mit den vom Kunden im Rahmen der Eröffnung der Geschäftsbeziehung angegebenen Daten.<sup>306</sup> Der ganze Identifizierungsvorgang ist zu dokumentieren.<sup>307</sup> Findet die Bank während des Identifikationsverfahrens Hinweise auf erhöhte Risiken oder kommen Zweifel an der Echtheit des Ausweisdokuments oder der Identität des Kunden auf, muss sie den Vorgang abbrechen.<sup>308</sup>

---

<sup>299</sup> FINMA, RS 2016/7, Rz 7.

<sup>300</sup> FINMA, RS 2016/7, Rz 11.

<sup>301</sup> FINMA, RS 2016/7, Rz 11.

<sup>302</sup> FINMA, RS 2016/7, Rz 12.

<sup>303</sup> FINMA, RS 2016/7, Rz 13.

<sup>304</sup> FINMA, RS 2016/7, Rz 13.

<sup>305</sup> FINMA, RS 2016/7, Rz 14.

<sup>306</sup> FINMA, RS 2016/7, Rz 14.

<sup>307</sup> FINMA, RS 2016/7, Rz 17.

<sup>308</sup> *Vgl.* FINMA, RS 2016/7, Rz 18–22.

## 2.2 Identifizierung auf dem Korrespondenzweg

Kommt es zu keiner persönlichen Begegnung zwischen Bank und Kunde, erfolgt die Eröffnung der Geschäftsbeziehung auf dem Korrespondenzweg oder über das Internet.<sup>309</sup> Dabei identifiziert die Bank den Kunden, indem sie sich eine echtheitsbestätigte<sup>310</sup> Kopie des Identifikationsdokumentes zustellen lässt und die Wohnsitzadresse des Kunden durch Postzustellung oder auf andere geeignete Weise überprüft.<sup>311</sup> Die Echtheit der Kopie des Identifikationsdokumentes kann mittlerweile auf verschiedene Arten bestätigt werden. Dabei geht es immer darum, dass attestiert wird, dass das Original-Ausweisdokument eingesehen und eine Kopie davon erstellt wird.

Traditionell erfolgt die Bestätigung durch eine Zweigniederlassung, Vertretung oder Konzerngesellschaft der Bank oder durch eine Korrespondenzbank, einen anderen Finanzdienstleister oder einen zugelassenen Rechtsanwalt oder durch eine öffentliche Stelle, die solche Echtheitsbestätigungen üblicherweise erstellt.<sup>312</sup>

Daneben gelten unter Umständen auch elektronisch erstellte Kopien von Identifizierungsdokumenten als der echtheitsbestätigten Ausweiskopie gleichgestellt. Dies gilt insbesondere, wenn die Bank bei der Datenbank eines anerkannten Anbieters von Zertifizierungsdienstleistungen nach dem Bundesgesetz über die elektronische Signatur<sup>313</sup> eine Ausweiskopie des Kunden einholt.<sup>314</sup> Dabei bedarf es einer elektronischen Authentifizierung durch den Kunden. Ferner verifiziert die Bank u.a. die Identität der Vertragspartei mittels Überweisung ab einem auf den Namen der Vertragspartei lautenden Konto bei einer anderen Bank und überprüft die Wohnsitzadresse.<sup>315</sup> Die Überprüfung der Wohnsitzadresse erfolgt anhand einer Energie-, Wasser- oder Telefonrechnung des Kunden (sog. *Utility Bill*); einer Postzustellung; oder eines öf-

---

<sup>309</sup> SBVG-Kommentar zur VSB 16, Art. 10, S. 10.

<sup>310</sup> *Siehe* FN 290 sowie Art. 11 VSB 16; *vgl.* auch FINMA, RS 2016/7, Rz 31–41.

<sup>311</sup> SBVG-Kommentar zur VSB 16, Art. 10, S. 10, wonach als mit der Überprüfung der Wohnsitzadresse mittels Postzustellung gleichwertig insbesondere die Beibringung einer amtlichen Wohnsitzbestätigung gilt; *vgl.* die Ausführungen hinsichtlich «Aussteller von Echtheitsbestätigungen» Art. 11 VSB 16.

<sup>312</sup> Art. 49 Abs. 1 GwV-FINMA; Art. 11 Abs. 1 VSB 16.

<sup>313</sup> Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur und anderer Anwendungen digitaler Zertifikate vom 18. März 2016 (ZertES; SR 943.03).

<sup>314</sup> Art. 49 Abs. 2 GwV-FINMA; Art. 11 Abs. 2 VSB 16; FINMA, RS 2016/7, Rz 38; *siehe* für eine Liste der anerkannten Anbieter von Zertifizierungsdiensten [www.sas.admin.ch](http://www.sas.admin.ch), «Public Key Infrastructure (PKI)», gefunden am 7. November 2017 unter <https://www.sas.admin.ch/sas/de/home/akkreditiertestellen/akkrstellensuchesas/pki.html>.

<sup>315</sup> FINMA, RS 2016/7, Rz 33 und 34–37.

fentlichen Registers, einer durch einen vertrauenswürdigen Privaten geführten Datenbank oder eines solchen Verzeichnisses.<sup>316</sup>

Das FINMA-Rundschreiben sieht sodann eine Echtheitsprüfung der elektronischen Ausweiskopie durch die Bank vor.<sup>317</sup> Dafür holt die Bank vom Kunden Lichtbilder seines Identifizierungsdokuments und von ihm selbst ein. Mit Unterstützung geeigneter technischer Hilfsmittel prüft sie die Übereinstimmung der entschlüsselten Informationen mit den restlichen Angaben auf dem Ausweis und mit den vom Kunden im Rahmen der Eröffnung der Geschäftsbeziehung angegebenen Daten. Für die Verifizierung führt sie wie oben erläutert eine Geldüberweisung und die Wohnsitzüberprüfung durch.

### **3. Feststellung der wirtschaftlich Berechtigten an den Vermögenswerten**

Im Rahmen der Geldwäschereiprävention ist die Bank zusätzlich zur Feststellung der an den Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigten Person(en) verpflichtet.<sup>318</sup> Verlangt wird eine Erklärung vom Vertragspartner über die wirtschaftliche Berechtigung an den Vermögenswerten, welche bei der Bank deponiert sind. Gemäss Bundesgericht ist «für die Zuordnung der Vermögenswerte auf wirtschaftliche Gesichtspunkte abzustellen und sind formaljuristische Konstruktionen ohne Bedeutung; wirtschaftlich berechtigt ist somit derjenige, der über die Vermögenswerte faktisch bestimmen kann, dem sie mithin aus wirtschaftlicher Sicht gehören».<sup>319</sup>

Bis zur VSB 16 galt das Vermutungsprinzip, dass der Vertragspartner und der wirtschaftlich Berechtigte identisch waren. Hatte die Bank Zweifel an der wirtschaftlichen Berechtigung, musste sie jedoch mittels Formular A die wirtschaftliche Berechtigung abklären. Bestanden keine Anhaltspunkte, welche die Vermutung zerstörten, hatte die Bank keine weiteren Abklärungen zu tätigen.<sup>320</sup>

Gemäss der revidierten Geldwäschereigesetzgebung und der VSB 16 sowie in Abstimmung mit der *FATF* ist die Bank nun immer zur Feststellung der wirtschaftlichen

---

<sup>316</sup> FINMA, RS 2016/7, 34–37.

<sup>317</sup> FINMA, RS 2016/7, Rz 32–37.

<sup>318</sup> *Vgl.* Art. 4 GwG und Art. 27 VSB 16.

<sup>319</sup> BGE 125 IV 139, E. 3c, S. 143; die Definition des wirtschaftlich Berechtigten ist in verschiedenen Gesetzen sowie internationalen Organisationen unterschiedlich. *Vgl.* für eine Übersicht etwa HEIM, Art. 27 Abs. 1 VSB 16, Rz 15.

<sup>320</sup> *Ausführlicher* dazu HEIM, Art. 27 Abs. 1 VSB 16, Rz 2.

Berechtigung verpflichtet.<sup>321</sup> Dabei handelt es sich nicht um eine Identifikationspflicht, d. h. die Bank hat sich vom Kunden nur bekannt geben zu lassen, wer wirtschaftlich Berechtigter ist; nicht verlangt ist, diesen zusätzlich zu identifizieren.<sup>322</sup> Die Bank klärt jedoch ab und dokumentiert, wer hinter der Kundenbeziehung oder hinter dem Vertragspartner steht.<sup>323</sup> Dabei geht es darum zu vermeiden, mit unerwünschten und gar kriminellen Personen und Organisationen in Kontakt zu kommen sowie die Einschaltung von Strohmännern oder vorgeschobenen Gesellschaften zu unterbinden.<sup>324</sup>

Letztlich soll durch die ausnahmslose Feststellungspflicht über die wirtschaftlich berechtigte Person an den Vermögenswerten transparent und sichtbar werden, wer allenfalls hinter dem Vertragspartner steht.

#### **4. Zwischenfazit**

Es lässt sich festhalten, dass die im Rahmen der Geldwäschereiprävention gesammelten Kundeninformationen laufend ausgebaut werden; dies erfolgt aufgrund von zusätzlichen Feststellungspflichten. So wurde das Vermutungsprinzip aufgehoben, wonach die Bank grundsätzlich ohne entgegenstehende Zweifel davon ausgehen konnte, dass der Vertragspartner mit dem wirtschaftlich Berechtigten identisch ist. Eine Erklärung über den wirtschaftlich Berechtigten muss nun immer eingeholt werden.

Überdies werden die Kundendokumentationen durch Audioaufzeichnungen ergänzt, da die FINMA im Lichte der Digitalisierung fortan Online- und Videoidentifizierungen zulässt. Die Datenmenge der sich im Besitz der Bank befindenden Kundeninformationen enthält entsprechend neu auch zusätzliche Lichtbilder des Kunden.

---

<sup>321</sup> Vgl. SBVG-Kommentar zur VSB 16, S. 24.

<sup>322</sup> Dies im Unterschied bspw. zu Jurisdiktionen wie Hongkong oder Singapur. Vgl. HEIM, Art. 27 VSB 16, Rz 5.

<sup>323</sup> Art. 7 GwG; Art. 44 ff. VSB 16.

<sup>324</sup> HEIM, Art. 27 Abs. 1 VSB 16, Rz 8.

## § 8 Risikoorientierte Abklärungspflichten

### 1. Einleitung

Neben der Identifikation des Vertragspartners und der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person(en) ist die Bank unter Umständen zu weitergehenden Abklärungen verpflichtet.<sup>325</sup> Diese Abklärungspflichten basieren auf dem GwG und der GwV-FINMA. Dabei richtet sich der Umfang der einzuholenden Informationen nach dem Risiko, das der Kunde darstellt.<sup>326</sup> Es gilt, «[j]e weniger der Kunde bekannt ist, je höher der Betrag, je ungewöhnlicher der Fall», desto mehr Anhaltspunkte für Geldwäscherei sind gegeben und dementsprechend mehr Abklärungen muss die Bank tätigen.<sup>327</sup>

### 2. Abklärung von Art und Zweck der Geschäftsbeziehung

Die Bank ist gemäss Art. 6 Abs. 1 GwG zunächst verpflichtet, Art und Zweck der vom Vertragspartner gewünschten Geschäftsbeziehung abzuklären. Diese Bestimmung verfolgt das Ziel, dass sich die Bank bereits vor Aufnahme der Geschäftsbeziehung im Rahmen der allgemeinen Abklärungspflicht darüber informiert, was der Bankkunde will und weshalb. Dabei gilt es, die Geschäftsbeziehung zu qualifizieren und zu entscheiden, ob es sich um eine «normale» oder allenfalls um eine solche mit erhöhtem Geldwäschereirisiko handelt.<sup>328</sup> D. h. bereits aufgrund dieser ersten Abklärungen sollte die Bank die Geschäftsbeziehung einer bestimmten Risikokategorie zuordnen und dabei Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken erkennen.<sup>329</sup> Das Resultat dieser Abklärungen ist ein differenziertes Risiko- oder Kundenprofil.<sup>330</sup> Dadurch versetzt sich die Bank in die Lage, Ungewöhnlichkeiten oder Anhaltspunkte für ein erhöhtes Geldwäschereirisiko zu erkennen.<sup>331</sup> Darauf abgestützt sind die Abklärungen nach Art. 6 Abs. 2 GwG vorzunehmen.

---

<sup>325</sup> Vgl. Art. 6 GwG und Art. 13–21 GwV-FINMA.

<sup>326</sup> Art. 6 Abs. 1 GwG.

<sup>327</sup> TAUBE, S. 203.

<sup>328</sup> GRABER, Das neue GwG, Art. 6 GwG, Rz 3.

<sup>329</sup> TAUBE, S. 187.

<sup>330</sup> GRABER, Das neue GwG, Art. 6 GwG, Rz 2.

<sup>331</sup> TAUBE, S. 187.

### **3. Weitergehende Abklärung von Hintergrund und Zweck einer Transaktion oder einer Geschäftsbeziehung**

Nach Art. 6 Abs. 2 GwG besteht in folgenden Fällen eine weitergehende Abklärungspflicht bezüglich Hintergrund und Zweck von Transaktionen oder Geschäftsbeziehungen: wenn diese ungewöhnlich erscheinen und ihre Rechtmässigkeit nicht erkennbar ist; wenn Anhaltspunkte vorliegen, dass die betroffenen Vermögenswerte aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen<sup>332</sup> herrühren, der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen, der Terrorismusfinanzierung dienen oder die Transaktion oder die Geschäftsbeziehung mit einem erhöhten Risiko behaftet ist; oder die Daten einer Vertragspartei, einer wirtschaftlich berechtigten oder einer zeichnungsberechtigten Person einer Geschäftsbeziehung oder einer Transaktion mit den Daten übereinstimmen, welche der Bank durch die FINMA weitergeleitet wurden oder diesen Daten sehr ähnlich sind. Bezüglich Geschäftsbeziehungen mit politisch exponierten Personen (nachfolgend PEP) wird differenziert, ob es sich um in- oder ausländische PEP handelt.<sup>333</sup> Dabei gelten Geschäftsbeziehungen mit ausländischen PEP sowie mit ihnen nahestehenden Personen in jedem Fall als Geschäftsbeziehung mit erhöhtem Risiko und unterliegen deswegen stets der weitergehenden Abklärungspflicht der Bank. Geschäftsbeziehungen mit inländischen PEP und PEP bei internationalen Organisationen sowie mit ihnen nahestehenden Personen gelten in Zusammenhang mit einem oder mehreren weiteren Risikokriterien als Geschäftsbeziehungen mit erhöhtem Risiko.

Damit die Bank jedoch Geschäftsbeziehungen und Transaktionen mit erhöhten Risiken erkennen kann, muss sie Kriterien zu deren Erkennung entwickeln. In Art. 13 und 14 GwV-FINMA sind diesbezüglich in Frage kommende Kriterien aufgelistet. Zur Risikoeinteilung beigezogen werden u.a. vom Kunden erhaltene Informationen.

### **4. Zur Risikoeinteilung beigezogene Informationen**

Aus Art. 13 Abs. 2 lit. a–h GwV-FINMA ergeben sich Kriterien, die auf eine Geschäftsbeziehung mit erhöhten Risiken hinweisen. Als solche gelten bspw. Sitz, Wohnsitz oder Staatsangehörigkeit der Vertragspartei und/oder des wirtschaftlich

---

<sup>332</sup> Vgl. dazu Art. 21 GwV-FINMA.

<sup>333</sup> Art. 6 Abs. 3 und 4 GwG; vgl. zur Definition der in- und ausländischen PEP Art. 2a Abs. 2 GwG.

Berechtigten sowie die Art und der Ort der Geschäftstätigkeit dieser Personen. Weiter kann das Fehlen eines persönlichen Kontaktes zwischen Vertragspartei oder wirtschaftlich Berechtigtem und der Bank ein Kriterium sein. Ein weiteres Kriterium kann die Art der verlangten Dienstleistungen und Produkte sein, wobei sich diese Risiken erst in einem konkreten Zusammenhang ergeben.<sup>334</sup> Die Kriterien «Höhe der eingebrachten Vermögenswerte und ihrer Zu- und Abflüsse» und «Herkunfts- und Zielländer häufiger Zahlungen» sollten ebenfalls in das Risikoprofil einfließen.<sup>335</sup> Werden komplexe Strukturen oder Sitzgesellschaften verwendet, kann dies für die Risikoeinteilung ebenfalls von Bedeutung sein. Weiter fallen Geschäftsbeziehungen mit ausländischen PEP in jedem Fall unter die Kategorie der Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken.<sup>336</sup> Die für die Risikoeinteilung notwendigen Informationen beschafft sich die Bank entweder durch Befragung des Kunden und/oder sie ergeben sich aus einer dauernden Überwachung der Geschäftsbeziehung.

Neben der Pflicht zur Einteilung aller Geschäftsbeziehungen in Risikoklassen hat die Bank weitere Kriterien festzulegen, die es ihr erlauben, bei diesen Geschäftsbeziehungen übliche von unüblichen Transaktionen zu unterscheiden.<sup>337</sup> Dafür kommen gemäss GwV-FINMA folgende Kriterien in Frage: Höhe der Zu- und Abflüsse von Vermögenswerten und erhebliche Abweichungen gegenüber den in den vergleichbaren Geschäftsbeziehungen üblichen Transaktionsarten, -volumina und -frequenzen.<sup>338</sup>

Kommt die Bank zum Schluss, dass bei einzelnen Transaktionen oder Geschäftsbeziehungen erhöhte Risiken vorliegen, ist sie zu Zusatzabklärungen verpflichtet.<sup>339</sup>

## 5. Zusätzliche Abklärungen bei erhöhten Risiken

Die Bank ist gemäss Art. 15 GwV-FINMA bei Geschäftsbeziehungen oder Transaktionen mit erhöhten Risiken zu Zusatzabklärungen verpflichtet. Diese sind, nachdem sie erkannt worden sind, unverzüglich in die Wege zu leiten und so rasch wie möglich durchzuführen.<sup>340</sup>

---

<sup>334</sup> TAUBE, S. 189.

<sup>335</sup> Art. 13 Abs. 2 lit. e, f und g GwV-FINMA.

<sup>336</sup> Art. 13 Abs. 3 lit. a GwV-FINMA.

<sup>337</sup> Art. 14 Abs. 1 GwV-FINMA.

<sup>338</sup> Art. 14 Abs. 2 lit. a–c GwV-FINMA.

<sup>339</sup> Art. 15 Abs. 1 GwV-FINMA.

<sup>340</sup> Art. 17 GwV-FINMA.

Gemäss Art. 15 Abs. 2 GwV-FINMA umfasst die Pflicht der Bank je nach den Umständen die Abklärung, ob die Vertragspartei an den eingebrachten Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt ist und wie sie zu diesen gekommen ist. D. h. es gilt, deren Herkunft sowie den Verwendungszweck abgezogener Vermögenswerte, aber auch die Hintergründe und die Plausibilität grösserer Zahlungseingänge zu ermitteln. Weiterer Abklärung bedarf der Ursprung des Vermögens, die berufliche und geschäftliche Tätigkeit der Vertragspartei und der wirtschaftlich berechtigten Person. Dazu kommt die Zusatzabklärung, ob es sich bei dieser Person um eine politisch exponierte Person handelt. Die dabei zu benutzenden Mittel listet die GwV-FINMA in Art. 16 auf. So können die notwendigen Informationen mittels schriftlicher oder mündlicher Auskünfte der Vertragspartei oder der wirtschaftlich berechtigten Person eingeholt werden, durch Besuche am Ort der Geschäftstätigkeit sowie durch Konsultation allgemein zugänglicher öffentlicher Quellen und Datenbanken. Die GwV-FINMA lässt allenfalls auch Erkundigungen bei vertrauenswürdigen Personen zu.<sup>341</sup> Die Ergebnisse der Abklärungen sind auf ihre Plausibilität hin zu überprüfen und zu dokumentieren.<sup>342</sup> Dabei hat die Bank jedoch stets das Bankgeheimnis nach Art. 47 BankG zu wahren.<sup>343</sup>

## 6. Zwischenfazit

Die geldwäschereirechtlichen Abklärungspflichten wurden in dem Sinne erweitert, als Umstände, die zwingend zu einer besonderen Abklärung führen, ergänzt wurden. So lösen neu auch Vermögenswerte aus einem qualifizierten Steuervergehen besondere Abklärungen der Bank aus ebenso wie die Übereinstimmung bzw. Ähnlichkeit von Daten der Vertragspartei, des wirtschaftlich Berechtigten oder einer zeichnungsberechtigten Person mit denen, die die FINMA, eine SRO oder eine Spielbankenkommision mitgeteilt hat. Daneben wurden die Definitionen bezüglich PEP in Art. 2a GwG überarbeitet und ausgeweitet. So gelten u.a. auch Geschäftsbeziehungen zu inländischen PEP sowie zu ihnen nahestehenden Personen in Zusammenhang mit

---

<sup>341</sup> Art. 16 Abs. 1 lit. d GwV-FINMA.

<sup>342</sup> Art. 16 Abs. 2 GwV-FINMA.

<sup>343</sup> Kontaktiert die Bank bspw. den wirtschaftlich Berechtigten ohne vorherige Zustimmungseinholung bei der Vertragspartei, verletzt sie das Bankgeheimnis. *Vgl.* WYSS R., Kommentar GwG, Art. 18 GwV-FINMA I, Rz 2; dasselbe gilt für Besuche am Ort der Geschäftstätigkeit der Vertragspartei und des wirtschaftlich Berechtigten sowie für Erkundigungen bei vertrauenswürdigen Personen. Es gilt, das Bankgeheimnis strikt zu wahren; dies umfasst auch, dass keine Rückschlüsse auf die Identität der Vertragspartei abgeleitet werden dürfen. *Vgl.* TAUBE, S. 202.

einem oder mehreren weiteren Risikokriterien als risikoerhöhte Geschäftsbeziehungen. Da diese Sorgfaltspflichten risikoorientiert erfolgen, führt dies wiederum zu einer Zunahme der Abklärungen.

## § 9 Dokumentationspflichten

### 1. Einleitung

Als Dokumentation im Rahmen der Geschäftsbeziehung gilt der «Vorgang, tatsächliche Geschehnisse schriftlich oder auf andere Weise [...] festzuhalten, um später den Nachweis dieser Geschehnisse zu ermöglichen».<sup>344</sup> Dementsprechend finden sich Dokumentationspflichten im Auftragsrecht, im Aufsichtsrecht sowie in Regelwerken zur Geldwäschereiprävention.

### 2. Zivilrechtliche Dokumentationspflicht

Der ordnungsgemässen Dokumentation der Kundenbeziehungen können drei Zwecke zugeordnet werden: Die Bank soll Informationen umfassend und aktuell führen, die (i) für eine sorgfältige und korrekte Vermögensverwaltung nötig sind<sup>345</sup>, (ii) der Beauftragte erfüllt damit seine auftragsrechtliche Rechenschaftspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR und (iii) sie dient der Beweissicherung.

In erster Linie dienen die Kenntnisse der Bank über die persönlichen Verhältnisse des Kunden als Voraussetzung für die wirkungsvolle Tätigkeit der Bank. Ohne Einholung und entsprechende Dokumentation der Kundeninformationen ist eine sorgfältige Vermögensverwaltung gar nicht möglich, da diese interessen- und anlegergerecht zu erfolgen hat. Wie erwähnt, bedarf es zur Erreichung des Vertragszwecks bestimmter Kundeninformationen. So benötigt die Bank rasch und umfassend Zugriff auf die Kundeninformationen, was sie durch die Dokumentation sicherstellt.<sup>346</sup>

Weiter ergibt sich die Dokumentationspflicht aus der Pflicht zur Rechenschaftsablegung<sup>347</sup> und zur Ablieferung nach Art. 400 Abs. 1 OR. Der Rechenschaftsanspruch

---

<sup>344</sup> SETHE, Vermögensverwaltungshandbuch, § 31, Rz 1.

<sup>345</sup> *Siehe* zur «Behandlungssicherheit» als vorrangiger Zweck der Dokumentationspflicht im Arzt/Patienten-Verhältnis BGer 4A\_137/2015 vom 19. August 2015, E. 5.1.

<sup>346</sup> BERTSCHINGER, S. 94, wonach die «genaue Aufzeichnung der Auftragsinstruktionen und der sich möglicherweise verändernden persönlichen Verhältnisse des Kunden [sind] als *conditio sine qua non* einer allzeit den Kundeninteressen entsprechenden Auftragsbesorgung» gelten.

<sup>347</sup> *Ausführlicher* zur Rechenschaftsablegungspflicht in Form von Auskunft und Abrechnung auf Verlangen § 10. Dabei wird die Ablieferungspflicht nicht behandelt, *siehe* jedoch FN 385.

des Auftraggebers ermöglicht diesem, den Beauftragten zu kontrollieren, und dient zudem der Vorbereitung des Ablieferungsanspruchs des Auftraggebers bzw. der Ablieferungspflicht des Beauftragten.<sup>348</sup> Der Auftraggeber ist auf die dokumentierten Unterlagen «angewiesen zur Geltendmachung der Ablieferungspflicht, zur sinnvollen Ausübung des Weisungsrechts, zum Entscheid über die Fortsetzung des Mandates oder über die Erhebung von Schadenersatzansprüchen gegenüber dem Beauftragten».<sup>349</sup> Durch die Rechenschaftspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR wird es dem Auftraggeber ermöglicht, die Einhaltung der geschuldeten Sorgfalt zu überprüfen. Überdies dient die Rechenschaftsablegung auch der Bestätigung des Vertrauens des Auftraggebers in den Beauftragten.<sup>350</sup>

Als wichtigste Inhalte eines schriftlich festgehaltenen Kundendossiers, welche zudem die Grundlage für eine wirkungsvolle Tätigkeit bilden, gehören die *KYC*-Informationen bzw. die Informationen des Kundenprofils. Namentlich sind das die Informationen zu den persönlichen Verhältnissen, zu Kenntnissen und Erfahrungen sowie zu den finanziellen Verhältnissen des Kunden.<sup>351</sup> Zentrales Element des Kundendossiers bildet insbesondere das Risikoprofil als Ergebnis der Abklärung der Risikofähigkeit und Risikobereitschaft des Kunden. Daneben dokumentiert die Bank diverse Vertragsdokumente, wie die Anlagestrategie, den Kontoeröffnungs- sowie den Vermögensverwaltungs- bzw. Anlageberatungsvertrag, aber auch Vollmachten, Weisungen des Kunden, vorgenommene Aufklärungen und Abmahnungen sowie Aktennotizen über die Gespräche mit dem Kunden. Nicht weniger wichtig sind Bankbelege, Depot- und Kontoübersichten, Transaktionsbelege, Performance-Übersichten, Beratungskonzepte und dergleichen. Zusammenfassend enthält die aus dem Zivilrecht folgende Dokumentationspflicht alle Vorgänge, die für die Kundenbeziehung wesentlich sind.<sup>352</sup>

Neben dem eigentlichen Kundendossier kann eine gesonderte Ablage für rein interne Notizen wie private schriftliche Äusserungen des Kundenberaters geführt werden. Diese kann Gesprächsnotizen, Entwürfe oder Materialsammlungen umfassen, welche als persönliche Hilfsmittel angefertigt werden, um die Hauptleistungspflichten zu erbringen oder um sie lediglich als Gedankenstütze zu nutzen.<sup>353</sup>

---

<sup>348</sup> SCHALLER, Handbuch, Rz 355.

<sup>349</sup> HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 115; DERENDINGER, Rz 127 f.; vgl. auch etwa BGE 110 II 181, E. 2, S. 182.

<sup>350</sup> BK-GAUTSCHI, Art. 400 OR, Rz 23b.

<sup>351</sup> Vgl. dazu § 6 2.

<sup>352</sup> Vgl. für eine Übersicht über den Inhalt eines Kundendossiers EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft VII, Rz 1658 ff.

<sup>353</sup> Siehe für Ausführungen zu den Grenzen der Pflicht zur Rechenschaftsablegung § 10 3.

### 3. Aufsichtsrechtliche Dokumentation

Im Hinblick auf die Vermögensverwaltung von Banken gibt es aktuell (noch) keine spezifische aufsichtsrechtliche Dokumentationspflicht. Die aufsichtsrechtlichen Dokumentationspflichten gründen überwiegend auf allgemeinen Grundsätzen. So ist die Bank verpflichtet, sämtliche Geschäftsvorfälle angemessen zu dokumentieren, um im Rahmen der Revision den Prüfungsbeauftragten alle notwendigen Auskünfte zu erteilen und Unterlagen herauszugeben, welche für die Prüfung benötigt werden.<sup>354</sup> Die Prüfung umfasst nicht nur die Geschäftstätigkeit, welche die Bewilligungspflicht auslöst, sondern bezieht sich auf alle von der Bank ausgeübten Tätigkeiten. Dadurch wird auch die Tätigkeit der Vermögensverwaltung und Anlageberatung bei Banken von der Dokumentationspflicht erfasst.

Daneben bestehen auch standesrechtliche Dokumentationspflichten, welche Voraussetzung für die Gewähr einer einwandfreien Geschäftsführung gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG sind. So gehört die Einhaltung von standesrechtlichen Dokumentationspflichten zum aufsichtsrechtlichen Prüfprogramm. Standesrechtliche Dokumentationspflichten ergeben sich einerseits aus den Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge der Schweizerischen Bankiervereinigung, wonach der Vermögensverwaltungsvertrag einschliesslich der Elemente der Vergütung sowie Vollmachten schriftlich oder in anderer durch Text nachweisbarer Form abzuschliessen ist.<sup>355</sup> Ferner muss das Risikoprofil periodisch aktualisiert werden.<sup>356</sup> Andererseits enthalten die Verhaltensregeln für Effekthändler der Schweizerischen Bankiervereinigung punktuelle Regelungen bezüglich der Dokumentation.

Für die vermögensverwaltende Bank ergibt sich aus Art. 15 BEHG bzw. Art. 30 BEHV und Art. 1 BEHV-FINMA die Journalführungspflicht, welche jedoch noch keine Information des Kunden bewirkt. Die Informationspflicht gegenüber dem Kunden ergibt sich aus Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG. Die in Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG statuierte Informationspflicht wird bezüglich der Dokumentationspflicht wiederum durch die Verhaltensregeln für Effekthändler der Schweizerischen Bankiervereinigung konkretisiert. So soll der Effekthändler im Interesse der Nachweisbarkeit der erfolgten Information dokumentieren, wie er den Kunden informiert hat.<sup>357</sup> Die Art der Dokumentation ist ihm freigestellt. Auch bedarf es keiner Einholung einer vom

---

<sup>354</sup> Art. 25 FINMAG.

<sup>355</sup> SBVG, RL Vermögensverwaltungsaufträge, Art. 2.

<sup>356</sup> SBVG, RL Vermögensverwaltungsaufträge, Art. 1 Ziff. 7.

<sup>357</sup> SBVG, VR Effekthändler, Art. 3 Ziff. 10.

Kunden unterschriebenen Bestätigung.<sup>358</sup> Dies gilt nicht, wenn ein Kunde erklärt, er kenne die Risiken einer bestimmten Geschäftsart und verzichte auf zusätzliche Informationen. Dann ist die Verzichtserklärung des Kunden schriftlich zu dokumentieren.<sup>359</sup>

Das geplante FIDLEG zielt nun auf eine Vereinheitlichung der aufsichtsrechtlichen Dokumentationspflichten ab. So sieht das E-FIDLEG nach Art. 17 Abs. 1 und 2 E-FIDLEG eine allgemeine Pflicht zur Dokumentation vor.<sup>360</sup> Demnach muss die Bank folgende Vorgänge dokumentieren: (i) die mit dem Kunden vereinbarten Finanzdienstleistungen sowie (ii) die über ihn erhobenen Informationen. Sie rät dem Kunden von einer Dienstleistung ab, sollte ein Geschäft nicht geeignet oder angemessen sein. In solchen Fällen dokumentiert die Bank zusätzlich (iii) die Warnung vor Abschluss des Vertrags, wenn die Dienstleistung an sich für den Kunden ungeeignet ist. Immer zu dokumentieren sind letztlich (iv) die erbrachten Dienstleistungen sowie (v) die Bedürfnisse des Kunden.

Unklar war zunächst die Anwendbarkeit von Art. 17 Abs. 2 E-FIDLEG auf Vermögensverwaltungsdienstleistungen. Dem Wortlaut der bundesrätlichen Vorlage nach sind die Gründe für die «Empfehlung» zu dokumentieren. Bei der Vermögensverwaltung handelt es sich jedoch gerade nicht um Empfehlungen; vielmehr nimmt die Bank die Entscheidungen selbst vor.<sup>361</sup> Möglich ist diesbezüglich, dass die Bank die Gründe für den Kauf oder Verkauf der Finanzinstrumente dokumentiert.<sup>362</sup> Der Ständerat hat eine Anpassung bezüglich dieser Bestimmung vorgenommen; entsprechend sei nur die Anlageberatung von Art. 17 Abs. 2 E-FIDLEG erfasst.<sup>363</sup>

Letztlich muss die Dokumentation so gestaltet sein, dass die Bank ihrer Rechenschaftspflicht gegenüber dem Kunden nach Art. 18 E-FIDLEG nachkommen kann und jederzeit fähig ist, der Aufsichtsbehörde oder ihrem Kunden Auskunft über die erbrachten Dienstleistungen zu erteilen.<sup>364</sup>

Die aufsichtsrechtliche Dokumentation, welche durch die Dokumentationspflicht des E-FIDLEG eine Erweiterung erfährt, hat auch in Zusammenhang mit der Umsetzung

---

<sup>358</sup> SBVG, VR Effekthändler, Art. 3 Ziff. 10.

<sup>359</sup> SBVG, VR Effekthändler, Art. 3 Abs. 5 lit. c.

<sup>360</sup> *Ausführlicher* zu den Dokumentationspflichten nach E-FIDLEG SETHE/SEILER, FS Nobel, S. 431 ff.

<sup>361</sup> *Vgl.* SETHE/SEILER, S. 433: «Die Vorschrift sollte nachgebessert werden.»

<sup>362</sup> SETHE erwähnt die Möglichkeit, dass dies auch in Form eines Verweises auf eine Finanzanalyse oder auf die Änderung der Investmentpolitik des Chief Investment Officers erfolgen kann. *Vgl.* Vermögensverwaltungshandbuch, § 31, Rz 17.

<sup>363</sup> *Vgl.* Fahne StR E-FIDLEG, Art. 17, S. 16.

<sup>364</sup> BBL 2015 8959; EFD, erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG, S. 48.

globaler Standards wie *FATCA* und *AIA* eine Bedeutung. So sind im Rahmen von *FATCA* und *AIA* die in den letzten fünf Jahren beschafften aufsichts- und geldwäschereirechtlichen *KYC/AML*-Dokumente anhand einer Indiziensuche auf die eine Meldepflicht auslösenden Indizien zu überprüfen.<sup>365</sup> Nach Inkrafttreten des E-FIDLEG vergrössert sich demnach die Datenmenge der aufsichtsrechtlichen *KYC/AML*-Dokumente.

#### 4. Geldwäschereirechtliche Dokumentation

Die geldwäschereirechtlichen Pflichten zur Identifizierung, Feststellung und Abklärung «würden erheblich an Gehalt verlieren, wenn der Finanzintermediär nicht gleichzeitig dazu angehalten wäre, das Resultat seiner verschiedenen Nachprüfungen festzuhalten und die erstellten Belege aufzubewahren».<sup>366</sup> Als Konsequenz aus dem Gesamtsystem der Geldwäschereiprävention folgt, dass die Bank die für die Strafuntersuchungsbehörden notwendigen Dokumente aufbereitet, damit letztere nötigenfalls darauf zugreifen können.<sup>367</sup>

Schliesslich ergibt sich die Pflicht zur Dokumentation aus Art. 7 Abs. 1 GwG.<sup>368</sup> Die Dokumentation soll so aufbereitet sein, dass sich fachkundige Dritte ein zuverlässiges Urteil über die Transaktionen und Geschäftsbeziehungen sowie über die Einhaltung der Bestimmungen des GwG bilden können. D. h. die Bank hat die Dokumente so aufzubewahren, dass sie allfälligen Auskunfts- und Beschlagnahmebegehren der Strafverfolgungsbehörden innert angemessener Frist nachkommen kann.<sup>369</sup> Die Belege sind nach Beendigung der Geschäftsbeziehung oder nach Abschluss der Transaktion für mindestens zehn Jahre aufzubewahren.<sup>370</sup>

Umstritten ist, was unter den Begriff «Belege» zu subsumieren ist. Teilweise wird in der Lehre die Meinung vertreten, dass sich die Dokumentationspflicht auch auf Belege für die korrekte Durchführung der Dokumentationspflicht selbst bezieht, d. h. auf durchgeführte Ausbildungen und Kontrollen des Personals, erfolgte Geldwäscherei-

---

<sup>365</sup> *Siehe* zur Identifikation meldepflichtiger Konten im Rahmen von *FATCA* und *AIA* § 12 2 und 3.

<sup>366</sup> *Vgl.* BB1 1996 III 1128.

<sup>367</sup> HEIM, Art. 44 Abs. 1 VSB 16, Rz 5.

<sup>368</sup> Weitere Dokumentationspflichten finden sich auch in Art. 22 und Art. 39 GwV-FINMA sowie in Art. 44 VSB 16.

<sup>369</sup> Art. 7 Abs. 2 GwG.

<sup>370</sup> Art. 7 Abs. 3 GwG.

meldungen sowie angeordnete Vermögenssperren.<sup>371</sup> Nach DE CAPITANI umfasst der Begriff «Belege» nach Art. 7 GwG «nicht nur die Buchungsbelege [...], sondern auch alle weiteren Schriftstücke, die in Zusammenhang mit den nach diesem Gesetz erforderlichen Abklärungen anfallen, also auch die Unterlagen über die Kundenidentifikation und die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten sowie der Hintergrundbericht».<sup>372</sup> Dies ergibt sich bereits auch aus dem Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 GwG, welcher die Bank verpflichtet, «über die getätigten Transaktionen und über die nach diesem Gesetz erforderlichen Abklärungen Belege» zu erstellen. Diese Belege umfassen grundsätzlich alle Informationen und Dokumente, welche aufgrund der Identifikations-, Feststellungs- und Abklärungspflicht nach GwG gesammelt worden sind.

Eine praktisch gleiche Formulierung wie Art. 7 GwG enthält Art. 22 GwV-FINMA. Konkretisiert wird die Dokumentationspflicht in Bezug auf Banken und Effektenhändler in Art. 39 GwV-FINMA. Diese Pflicht bezieht sich zwar grundsätzlich auf die Angaben des Auftraggebers bei ausgehenden Zahlungsaufträgen, entfaltet jedoch auch indirekt Wirkung, indem der Bank empfohlen wird, ein Register aller wirtschaftlich berechtigten Personen sowie ein Bevollmächtigtenregister zu führen.<sup>373</sup>

Sodann statuiert auch die VSB eine Sicherstellungspflicht nach Art. 44 VSB 16. Demnach hat die Bank sicherzustellen, dass die Vornahme der Identifizierung des Vertragspartners und die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten dokumentiert sind und sie die erforderlichen Identifikationsakten aufbewahrt. Die Bank erfüllt die Sicherstellungspflicht beispielsweise dadurch, dass sie die Verfügbarkeit eines Dokumentes entweder in der physischen oder elektronischen Ablage nachvollziehbar festhält.<sup>374</sup>

Im Einzelnen muss sie bezüglich des Kunden Name, Vorname, Geburtsdatum, Nationalität und Wohnsitzadresse<sup>375</sup> sowie das Mittel, anhand dessen die Identität geprüft

---

<sup>371</sup> Vgl. etwa WYSS R., Kommentar GwG, Art. 7 GwG, Rz 3.

<sup>372</sup> DE CAPITANI, Kommentar Geldwäscherei, § 8, 2. Kapitel, Art. 7 GwG, Rz 32; *gleicher Meinung* GRABER, Das neue GwG, Art. 7 GwG, Rz 4; TAUBE, S. 205; vgl. auch 1996 III 1128.

<sup>373</sup> WYSS R., Kommentar GwG, Art. 23 GwV-FINMA I, Rz 2, wonach die Bank nach heutigem Recht nicht zur Führung einer Datenbank verpflichtet ist. Faktisch es sich aber empfiehlt, ein Register der wirtschaftlich Berechtigten sowie auch ein Bevollmächtigtenregister zu führen. *Siehe* auch FN 356.

<sup>374</sup> SBVG-Kommentar zur VSB 16, Art. 44, S. 35.

<sup>375</sup> Bezüglich des Wohnsitzes erfolgte eine Präzisierung dahingehend, dass es sich bei der angegebenen Wohnsitzadresse um den effektiven Wohnsitz des Kunden handeln muss. Vgl. SBVG-Kommentar zur VSB 16, Art. 7, S. 9; der Wohnsitz ist dort anzunehmen, wo sich die Person der Absicht des dauernden Verbleibes aufhält. Vgl. Art. 23 ZGB.

worden ist, festhalten.<sup>376</sup> Wenn ein Dritter der wirtschaftlich Berechtigte ist, hat die Bank dessen Name, Vorname, Geburtsdatum, Nationalität sowie die effektive Wohnsitzadresse<sup>377</sup> festzuhalten.<sup>378</sup>

Die geldwäschereirechtliche Dokumentation und die entsprechende Weitergabepflicht von Unterlagen an Behörden werden laufend ausgeweitet. So hat das Bundesgericht kürzlich die Herausgabe eines internen Untersuchungsberichts bzw. Memorandums bejaht.<sup>379</sup> Es stellte fest, dass sich die Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht im Hinblick auf allfällige Strafuntersuchungen gemäss Art. 22 Abs. 2 GwV-FINMA i.V.m. Art. 17 und Art. 18 Abs. 1 lit. e GwG auf «alle nötigen Dokumente» erstreckt.<sup>380</sup> Bei komplexen Geldwäschereiverdachtsfällen können – neben den ursprünglichen Detailbelegen – auch bankinterne Untersuchungsberichte und die ihnen zugrunde liegenden strukturierten Dokumentationen mit umfangreichen Bankunterlagen und Compliance-Formularen unter die «nötigen Dokumente» fallen.<sup>381</sup> Das ist selbst dann so, wenn diese Untersuchungsberichte durch Anwaltskanzleien erstellt worden sind.<sup>382</sup>

Einzig davon abzugrenzen, und weiterhin unter dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses ist die Situation, wenn eine von der Bank beigezogene Anwaltskanzlei «unabhängig von und parallel zu den» nach GwG geforderten internen Abklärungen und Dokumentationen eine Untersuchung bei der Bank durchführt, welche «im Dienste der rechtlichen Beratung und Vertretung des Finanzinstitutes durch die Anwaltskanzlei steht».<sup>383</sup>

---

<sup>376</sup> Art. 7 Abs. 1 VSB 16.

<sup>377</sup> *Siehe* FN 375, dies gilt analog auch für den wirtschaftlich Berechtigten.

<sup>378</sup> Art. 28 Abs. 1 VSB 16.

<sup>379</sup> *Siehe* BGer 1B\_85/2016 vom 20. September 2016 in Bezug auf die Abgrenzung zwischen Unterlagen, welche im Rahmen «anwaltstypischer Mandate» erstellt wurden und dadurch vom Anwaltsgeheimnis geschützt sind, und nicht vom Anwaltsgeheimnis geschützte Geschäftstätigkeit der Bank; *siehe* auch BGer 1B\_249/2015 vom 30. Mai 2016 zur Entscheidung, ob das von der FINMA, gestützt auf die aufsichtsrechtliche Auskunftspflicht, verlangte Memorandum für die Zwecke der laufenden Strafuntersuchung bei der Bank beschlagnahmt werden darf.

<sup>380</sup> BGer 1B\_85/2016 vom 20. September 2016, E. 6.4; *vgl.* auch BGer 1B\_249/2015 vom 30. Mai 2016, E. 7.1.3.

<sup>381</sup> BGer 1B\_249/2015 vom 30. Mai 2016, E. 7.1.5 und 7.2.2.

<sup>382</sup> In BGer 1B\_249/2015 vom 30. Mai 2016, E. 7.1 ff. bejahte das Bundesgericht die Entsiegelung eines Memorandums über eine umfassende bank-interne Untersuchung von strafrechtlich verdächtigen Bankbeziehungen durch eine Anwaltskanzlei im Auftrag einer Bank. Dabei hat die Anwaltskanzlei zahlreiche Geschäftsvorgänge analysiert sowie Mitarbeitende befragt.

<sup>383</sup> So etwa LÄNZLINGER/HUBER, Handelszeitung, S. 21.

Dass sich die Bank nicht auf Umwegen, bspw. durch Auslagerung von Compliance-Aufgaben an eine Anwaltskanzlei, aus ihrer geldwäschereirechtlichen Verantwortung ziehen kann, bedarf keiner weiteren Erläuterung. Allerdings fördert eine ausufernde Ausweitung der GwG-relevanten Dokumente kaum die Gesprächsbereitschaft von Mitarbeitenden im Besonderen und dadurch auch nicht interne Untersuchungen im Allgemeinen.

Es kann schliesslich festgehalten werden, dass die geldwäschereirechtliche Dokumentation eine umfassende Sammlung an Kundeninformationen enthält, dies mit dem Ziel, den Strafuntersuchungsbehörden bei Bedarf die notwendigen Dokumente bereitzustellen. Darüber hinaus bildet die geldwäschereirechtliche Dokumentationsammlung seit jeher die Identifikationsgrundlage bei Steuerthemen aufgrund globaler Standards.<sup>384</sup>

## 5. Zwischenfazit

Im Sinne eines Zwischenfazits kann festgehalten werden, dass über den Kunden gesammelte Informationen zu dokumentieren sind. Diese dokumentierten Datensammlungen bezwecken je nach gesetzlicher Grundlage: (i) die Sicherstellung der sorgfältigen und korrekten Vermögensverwaltung bzw. Anlageberatung, (ii) die Erfüllung der Rechenschaftspflicht gegenüber dem Kunden, (iii) die Nachvollziehbarkeit der Tätigkeiten der Bank durch die Aufsichtsbehörde sowie (iv) die Aufbereitung notwendiger Dokumente für die Strafuntersuchungsbehörden.

---

<sup>384</sup> Vgl. dazu § 13 2 und 3.

Tabellarisch lässt sich die Informationssammlung der Bank wie folgt darstellen:

<b><i>Sammlung von Bankkundeninformationen</i></b>		
<b><i>Informationen und Dokumente</i></b>	<b><i>Zweck der Sammlung</i></b>	<b><i>Rechtsgrundlagen</i></b>
Name, Vorname, Nationalität	Erreichung des Vertragszwecks, Einhaltung von Gesetzen	Art. 398 Abs. 2 OR, Art. 3 GwG, Art. 9 VSB 16
Beruf und Ausbildung, Funktion	Erreichung des Vertragszwecks, Einhaltung von Gesetzen	Art. 398 Abs. 2 OR, Art. 11, 13 und 17 E-FIDLEG, Art. 3 GwG
Geburtsdatum, Alter	Erreichung des Vertragszwecks, Einhaltung von Gesetzen	Art. 398 Abs. 2 OR, Art. 11, 13 und 17 E-FIDLEG, Art. 3 GwG, Art. 9 VSB 16
Wohnsitzadresse	Erreichung des Vertragszwecks, Einhaltung von Gesetzen	Art. 398 Abs. 2 OR, Art. 3 GwG und Art. 11 VSB 16.
Familiäre Situation	Erreichung des Vertragszwecks, Einhaltung von Gesetzen	Art. 398 Abs. 2 OR, Art. 11, 13 und 17 E-FIDLEG, Art. 2a Abs. 2 GwG
Eigenheiten, Charaktereigenschaften, Religion, Präferenzen, politische Einstellung, Lebensstil	Erreichung des Vertragszwecks	Art. 398 Abs. 2 OR
(Eingebrachtes) Vermögen	Erreichung des Vertragszwecks, Einhaltung von Gesetzen	Art. 398 Abs. 2 OR, Art. 11, 13 und 17 E-FIDLEG, Art. 6 GwG, Art. 13–21 GwV-FINMA
Einkommen	Erreichung des Vertragszwecks, Einhaltung von Gesetzen	Art. 398 Abs. 2 OR, Art. 11, 13 und 17 E-FIDLEG
Einzelweisungen	Erreichung des Vertragszwecks	Art. 398 Abs. 2 OR, Art. 11, 13 und 17 E-FIDLEG
Liquiditätsbedarf	Erreichung des Vertragszwecks, Einhaltung von Gesetzen	Art. 398 Abs. 2 OR, Art. 11, 13 und 17 E-FIDLEG

<b><i>Sammlung von Bankkundeninformationen</i></b>		
<b><i>Informationen und Dokumente</i></b>	<b><i>Zweck der Sammlung</i></b>	<b><i>Rechtsgrundlagen</i></b>
Steuersituation, Vorsorgesituation, Zahlungs- und Sparverhalten	Erreichung des Vertragszwecks, Einhaltung von Gesetzen	Art. 398 Abs. 2 OR, Art. 6 GwG
Anlageziele und -horizont	Erreichung des Vertragszwecks, Einhaltung von Gesetzen	Art. 398 Abs. 2 OR, Art. 11, 13 und 17 E-FIDLEG
Verkehrswerte übriger Anlagen	Erreichung des Vertragszwecks, Einhaltung von Gesetzen	Art. 398 Abs. 2 OR, Art. 11, 13 und 17 E-FIDLEG
Verbindlichkeiten, grössere Ausgaben	Erreichung des Vertragszwecks, Einhaltung von Gesetzen	Art. 398 Abs. 2 OR, Art. 11, 13 und 17 E-FIDLEG, Art. 6 GwG, Art. 13–21 GwV-FINMA
Erfahrungen, Kenntnisse	Erreichung des Vertragszwecks, Einhaltung von Gesetzen	Art. 398 Abs. 2 OR, Art. 11 BEHG, Art. 11, 13 und 17 E-FIDLEG
Amtlicher Ausweis	Einhaltung von Gesetzen	Art. 3 GwG; Art. 9 und 11 VSB 16, FINMA, RS 2016/7
Zu- und Abflüsse	Einhaltung von Gesetzen	Art. 6 GwG, Art. 13–21 GwV-FINMA
Herkunfts- und Zielländer häufiger Zahlungen	Einhaltung von Gesetzen	Art. 6 GwG, Art. 13–21 GwV-FINMA
Wirtschaftlicher Hintergrund von Transaktionen	Einhaltung von Gesetzen	Art. 6 GwG, Art. 13–21 GwV-FINMA
Kauf- und Darlehensverträge	Einhaltung von Gesetzen	Art. 6 GwG, Art. 13–21 GwV-FINMA
Zweck Geschäftsbeziehung	Erreichung des Vertragszwecks, Einhaltung von Gesetzen	Art. 6 GwG, Art. 13–21 GwV-FINMA

<b><i>Sammlung von Bankkundeninformationen</i></b>		
<b><i>Informationen und Dokumente</i></b>	<b><i>Zweck der Sammlung</i></b>	<b><i>Rechtsgrundlagen</i></b>
Angaben über Bevollmächtigte, Zeichnungsberechtigte und wirtschaftlich Berechtigte	Einhaltung von Gesetzen	Art. 4 GwG, Art. 27 VSB 16, Art. 39 lit. c GwV-FINMA, Art. 2 RL VV
Lichtbilder und Audio-Aufnahmen	Einhaltung von Gesetzen	Art. 3 GwG, Art. 9 VSB 16, FINMA, RS 2016/7

*Tabelle 1: Übersicht Sammlung Bankkundeninformationen*

---

## **Dritter Teil: Vermittlung von Informationen**

Der vorliegende dritte Teil dieser Arbeit befasst sich mit den zentralen «Inform Your Customer»-Pflichten. Die Bank ist nämlich neben der Pflicht zur Sammlung von Kundeninformationen auch aktiv bzw. passiv zur Vermittlung von Information an den Kunden verpflichtet. Erläutert werden insbesondere die Voraussetzungen sowie der Inhalt der jeweiligen Pflichten. Als Rechtsgrundlagen dienen überwiegend das Auftrags- sowie das Aufsichtsrecht.

Der Fokus liegt dabei auf den unaufgeforderten Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten. Die Pflicht zur Rechenschaftsablegung, welcher auf Verlangen des Kunden nachzugehen ist, wird entsprechend kürzer dargelegt.



---

## § 10 Rechenschaftsablegungspflichten

Gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR schuldet die beauftragte Bank dem Kunden auf Verlangen jederzeit Rechenschaft über ihre Geschäftsführung.<sup>385</sup> Die Pflicht zur Rechenschaftsablegung bildet zusammen mit den Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten «ein zentrales Element der Fremdnützigkeit des Auftrags».<sup>386</sup> Während die Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten Zukünftiges betreffen, beziehen sich die Rechenschaftspflichten auf Vergangenes.<sup>387</sup>

### 1. Einleitung

Die Rechenschaftspflicht dient dem Auftraggeber der Kontrolle über die Tätigkeiten des Beauftragten.<sup>388</sup> Sie fliesst als Nebenpflicht aus der allgemeinen Treue- und

---

<sup>385</sup> Aus Art. 400 Abs. 1 OR ergibt sich ebenso die Ablieferungs- bzw. Herausgabepflicht des Beauftragten. Konkretisiert wurde diese Pflicht von der Rechtsprechung in Zusammenhang mit Retrozessionen insbesondere in Bezug auf folgende Elemente: Die Anwendbarkeit auf Vermögensverwaltungsverträge, die Voraussetzungen an den Herausgabeverzicht, die Anwendbarkeit auf konzerninterne Vergütungen sowie der Dauer der Verjährungsfrist. Aus der Rechtsprechung BGE 132 III 460, E. 4.2, S. 466; BGE 137 III 393, E. 2.2, S. 396; BGE 138 III 755, E. 8, S. 773 ff.; BGer 4A\_508/2016 vom 16. Juni 2017, E. 5.3; gleichzeitig hat sich auch die Lehre mit der Retrozessions-Thematik auseinandergesetzt. *Vgl.* BRETTON-CHEVALLIER, *Gérant*, S. 153 ff.; JÖRG/ARTER, S. 297 ff.; HSU/STUPP, S. 202 ff.; ABEGGLEN, *Retrozessionen*, S. 190 ff.; LOMBARDINI/MACALUSO, S. 180 ff.; ROBERTO, *Herausgabepflicht*, S. 15 ff.; DE BOTH, *Transparence et secret*, S. 119 ff.

<sup>386</sup> Aus der Rechtsprechung BGE 132 III 460, E. 4.2; S. 465 f., wobei sich diese Ausführungen auf die Ablieferungspflicht beziehen; *vgl.* auch BGE 137 III 393, E. 2.3, S. 397: «Wie die Rechenschaftspflicht ist auch die mit ihr eng verbundene Pflicht zur Ablieferung ein zentrales Element der Fremdnützigkeit des Auftrags.» *Bestätigend* BGE 138 III 755, E. 5.3., S. 762; BGE 139 III 49, E. 4.1.2, S. 54; *vgl.* etwa aus der Lehre BK-FELLMANN, Art. 400 OR, Rz 13, wonach die Pflicht zur Rechenschaftsablegung aus der Tatsache folgt, «dass der Beauftragte bei der Ausführung des Auftrages fremde Interessen wahrnimmt».

<sup>387</sup> TERCIER/FAVRE, *contrats spéciaux IV*, Rz 5164; *siehe* auch FN 397.

<sup>388</sup> SCHALLER, *Handbuch*, Rz 355; CHK-GEHRER/GIGER, Art. 400 OR, Rz 1; *vgl.* auch BGE 110 II 181, E. 2, S. 182: «Seine Pflicht, Rechenschaft abzulegen, ist ein essentielles des Auftragsrechts und ein Minimum dessen, was er zu erfüllen hat, damit wirklich angenommen werden kann, er habe Geschäfte im fremden Interesse zu besorgen; sie stellt sicher, dass der Auftraggeber Klarheit darüber gewinnen kann, wie der Auftrag ausgeführt worden ist.»

Sorgfaltspflicht.<sup>389</sup> Darüber hinaus bildet die Rechenschaft Voraussetzung und Grundlage der Ablieferungs- bzw. Herausgabepflicht des Beauftragten<sup>390</sup>, wobei jedoch die Rechenschaftsablegungspflicht nicht durch den Ablieferungs- bzw. Herausgabeanspruch beschränkt wird.<sup>391</sup> Ferner stellt die Pflicht zur Rechenschaftsablegung grundsätzlich eine selbständig einklagbare Nebenpflicht dar<sup>392</sup>, deren Anspruch auch nach Auftragsbeendigung bestehen bleibt und nach der allgemeinen Regel von Art. 127 OR zehn Jahre nach Beendigung des Auftragsverhältnisses verjährt.<sup>393</sup>

## 2. Inhalt der Rechenschaftsablegung

### 2.1 Pflicht zur Auskunft und Abrechnung

Die Pflicht zur Rechenschaftsablegung lässt sich unterteilen in eine Auskunft- und Abrechnungspflicht.<sup>394</sup> Die Auskunftspflicht umfasst sowohl eine Pflicht zur Berichterstattung über die gesamte Auftragsausführung als auch eine Pflicht zur Einzelauskunftserteilung auf jederzeitiges Verlangen.<sup>395</sup> Unter Art. 400 OR lässt sich aufgrund des Wortlauts nur die Auskunft auf Verlangen des Auftraggebers subsumie-

---

<sup>389</sup> HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 115; vgl. auch BK-FELLMANN, Art. 400 OR, Rz 56, der jedoch nicht klarstellt, ob es sich bei der Rechenschaftsablegungspflicht um eine Nebenleistungs- oder um eine Nebenpflicht handelt, sondern beide aufführt.

<sup>390</sup> BGE 110 II 181, E. 2, S. 182.

<sup>391</sup> Vgl. BGE 139 III 54, E. 4.1.3, S. 55 f.: «Aus dem Umstand, dass bestimmte Dokumente nicht der Herausgabepflicht unterliegen, kann somit [...] nicht automatisch geschlossen werden, dass über diese auch keine Rechenschaft abzulegen sei».

<sup>392</sup> 4C.151/2001 vom 23. Oktober 2001, E. 6b: «Die Rechenschaftsablegung als Vertragspflicht des Beauftragten kann selbständig eingeklagt werden.» *Siehe* auch HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 115 f., der sich für eine selbständig einklagbare Nebenpflicht ausspricht.

<sup>393</sup> BGer 5A\_638/2009 vom 13. September 2010, E. 3.4.5; BGer 5C.305/2005 vom 18. April 2006, E. 2.2; aus der Lehre etwa BK-FELLMANN, Art. 400 OR, Rz 99; BSK-WEBER, Art. 400 OR, Rz 23; vgl. zur Verjährung des Ablieferungsanspruchs bezüglich Retrozessionen BGer 4A\_508/2016 vom 16. Juni 2017, E. 5.3.

<sup>394</sup> HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 115, unterscheidet bei der Rechenschaftsablegung nach Art. 400 Abs. 1 OR zusätzlich noch die unaufgeforderte Benachrichtigungspflicht; BK-FELLMANN, Art. 400 OR, Rz 8, der ausführt die Rechenschaftsablegung beinhaltet die Aufklärung des Auftraggebers und, sofern die Einnahme und Ausgabe von Geld mit dem Auftrag verbunden ist, ebenso eine eigentliche Rechnungslegung; JÖRG/ARTER, S. 298 f., unterscheiden eine Auskunftspflicht und eine Rechenschaftsablegung im engeren Sinne; BSK-WEBER, Art. 400 OR, Rz 1, unterscheidet eine allgemeine Informationspflicht und eine Ablieferungspflicht.

<sup>395</sup> CHK-GEHRER/GIGER, Art. 400 OR, Rz 1a.

ren.<sup>396</sup> Die Auskunftspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR hat retrospektiven Charakter und bezieht sich auf Ereignisse, die bereits eingetreten sind.<sup>397</sup> Neben der Auskunftspflicht besteht für den Beauftragten eine Abrechnungspflicht. Die Auskunft- und Abrechnungspflicht des Beauftragten ermöglicht dem Auftraggeber eine detaillierte und vollständige Kontrolle.<sup>398</sup>

## 2.2 Umfang von Auskunft und Abrechnung

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung beschränkt sich der Umfang der Rechenschaftsablage auf Belange des Auftragsverhältnisses, «wobei der Beauftragte den Auftraggeber vollständig und wahrheitsgetreu zu informieren und ihm alle Dokumente vorzulegen hat, die sich auf die im Interesse des Auftraggebers besorgten Geschäfte beziehen».<sup>399</sup>

Der Beauftragte muss den Auftraggeber über den gesamten Ablauf und die Ereignisse seiner Tätigkeit schriftlich<sup>400</sup> informieren.<sup>401</sup> Aus der Abrechnungspflicht ergibt sich die Pflicht, Dokumente sorgfältig aufzubewahren und «Buch zu führen».<sup>402</sup> Eine Abrechnung über Einnahmen und Ausgaben ist dem Auftraggeber bei Beendigung des Auftrages auch ohne ausdrückliche Aufforderung vorzulegen, hingegen erfolgen Zwischenabrechnungen mangels gegenteiliger Vereinbarung nur auf Verlangen.<sup>403</sup> Dabei hat der Beauftragte «eine vollständige und detaillierte schriftliche Abrechnung zu erstatten»<sup>404</sup> und Unterlagen oder (Original-)Belege zu übergeben, die den Auf-

<sup>396</sup> BK-FELLMANN, Art. 400, Rz 19 ff., 53 f. und 66; ROTH U., Festschrift Kleiner, S. 13; CHK-GEHRER/GIGER, Art. 400 OR, Rz 1a; vgl. zu den unaufgeforderten Informationspflichten § 11.

<sup>397</sup> TERCIER/FAVRE, *contrats spéciaux IV*, Rz 5164: «[...] le renseignements ne doivent être donnés que le manière rétroerspective; c'est-à-dire en relation avec des actes accomplis et des faits importants qui se sont (effectivement) produits».

<sup>398</sup> BGE 110 II 181, E. 2, S. 182; BGer 4A\_144/2012 vom 11. September 2012, E. 3.2.2; aus der Lehre etwa CHK-GEHRER/GIGER, Art. 400 OR, Rz 7; vgl. auch HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 118.

<sup>399</sup> Vgl. BGer C.59/1980 vom 17. Juni 1980, E. 2 [nach ZR: E. 1], in: ZR 80/1981 S. 73); *bestätigend* BGer 4A\_13/2012 vom 19. November 2012, E. 4.1.3; BGE 139 III 49, E. 4.1.3, S. 54.

<sup>400</sup> HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 116 und 118; BK-FELLMANN, Art. 400 OR, Rz 30.

<sup>401</sup> JÖRG/ARTER, S. 299; vgl. auch BGE 110 II 181, E. 2, S. 182.

<sup>402</sup> BSK-WEBER, Art. 400 OR, Rz 7.

<sup>403</sup> HOFSTETTER, SPR VII/2, S. 92; BK-FELLMANN, Art. 400 OR, Rz 35 ff. und insb. Rz 67.

<sup>404</sup> BGE 110 II 181, E. 2, S. 183; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 118.

traggeber in die Lage versetzen, die Auftragsausführung nachzuvollziehen.<sup>405</sup> Ein einlässlicher Bericht ist nicht allgemein üblich und nur auf ausdrückliches Verlangen des Auftraggebers zu erstellen.<sup>406</sup> Die Pflicht zur wahrheitsgemässen und vollständigen Information besteht indessen selbst dann, wenn sich der Beauftragte damit der Gefahr aussetzt, selbst zur Verantwortung gezogen zu werden.<sup>407</sup>

In Bank/Kunden-Beziehungen ist – jedoch abhängig von der vertraglichen Vereinbarung und dem konkreten Verlangen des Kunden – entweder periodisch oder in Form eines Schlussberichts über folgende Aspekte Auskunft und Abrechnung zu erteilen: Stand, Zusammensetzung und wertmässige Entwicklung der verwalteten Vermögensmasse (Konto- und Depotauszug<sup>408</sup>), geschuldetes Honorar und allenfalls weitere anfallende Kosten sowie wesentliche makroökonomische Ereignisse an der Börse.<sup>409</sup>

Zudem steht dem Kunden das Recht zu, Auskunft über ihn betreffende, von der Bank im Rahmen der Geschäftsbeziehung gesammelte Informationen und Dokumente zu verlangen, welche in einem Zusammenhang mit dem Auftrag stehen.<sup>410</sup> Bestätigt hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass «etwa Aufzeichnungen über Kundenbesuche und -kontakte Gegenstand der Rechenschaftspflicht bilden», und dies, «obwohl solche (internen) Aufzeichnungen grundsätzlich nicht der Herausgabepflicht unterliegen».<sup>411</sup> Dabei stützt sich das Bundesgericht auf die Analogie zum Arzt/

---

<sup>405</sup> BGE 110 II 181, E. 2, S. 183: «Der Beauftragte muss ferner dem Auftraggeber die zur Abrechnung gehörenden Belege unterbreiten.» Aus der Lehre HOFSTETTER, SPR VII/2, S. 90: «Dazu gehören schriftliche Aufzeichnungen über seine Tätigkeit, das Anlegen von Krankengeschichten, das Aufbewahren von Plänen, Skizzen, Berechnungen, Quittungen und anderen Dokumenten, die Führung einer Buchhaltung usw.» Vgl. auch BK-FELLMANN, Art. 400 OR, Rz 35 ff.; BSK-WEBER, Art. 400 OR, Rz 7.

<sup>406</sup> BK-FELLMANN, Art. 400 OR, Rz 66 ff. und insb. Rz 68.

<sup>407</sup> BK-FELLMANN, Art. 400 OR, Rz 32; BSK IV-WEBER, Art. 400 OR, Rz 4.

<sup>408</sup> Vgl. BGer 4A\_596/2013 vom 18. März 2014, E. 3.2: «Soweit die Rechenschaftsablegung über von einer Bank geführte Konti und Depots verlangt wird, kommt die Bank dieser Pflicht primär durch Überlassung der Konto- und Depotauszüge nach.» Vgl. auch BGE 139 III 49, E. 4.5.2, S. 59.

<sup>409</sup> SCHALLER, Handbuch, Rz 359; *ähnlich* auch bereits GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 191.

<sup>410</sup> Vgl. BGE 138 III 425, E. 6.4, S. 435, wobei sich das Bundesgericht mit der Verpflichtung einer Bank zur Auskunftserteilung über bankinterne Kundendaten gestützt auf Art. 2 Abs. 2 lit. c, Art. 8, Art. 9 Abs. 4 DSGVO und Art. 2 ZGB beschäftigte, aber darüber hinaus ebenso feststellte, dass «[ü]ber diese Daten müsste die Beschwerdeführerin auch gestützt auf Art. 400 OR Auskunft erteilen.» Vgl. auch TERCIER/FAVRE/CONUS, *contrats spéciaux* IV, Rz 5164.

<sup>411</sup> Entscheidend ist dabei, dass es sich um «Belange des Auftragsverhältnisses» handelt, vgl. BGer 4A\_13/2012 vom 19. November 2012, E. 4.1.3; vgl. auch BGer 5A\_171/2009 vom 15. Oktober 2009, E. 3.5, wobei das Bundesgericht offen liess, ob bankinterne Belege – insbesondere die weitreichende KYC-Informationssammlung im Rahmen der Geldwä-

Patienten-Verhältnis, wonach «Ärzte die erstellten Krankengeschichten nicht herauszugeben, im Rahmen der Rechenschaftspflicht aber zur Einsicht vorzulegen bzw. dem Patienten Kopien auszuhändigen hätten».<sup>412</sup>

Demzufolge kann der Kunde gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR Einsicht in die über ihn im Rahmen der Geschäftsbeziehung gesammelten und erstellten Informationen und Dokumente verlangen.<sup>413</sup> Dieses Recht kommt ihm zudem auch aufsichtsrechtlich gemäss E-FIDLEG zu. Dabei hat der Kunde nach Art. 18 Abs. 1 E-FIDLEG Anspruch auf eine physische Kopie der ihn betreffenden Dokumentation oder auf das Zugänglichmachen einer elektronischen Version.<sup>414</sup> Im Einzelnen muss die Bank nach Art. 18 Abs. 2 E-FIDLEG über Folgendes Rechenschaft ablegen: Die vereinbarten und erbrachten Finanzdienstleistungen, die Zusammensetzung, Bewertung und Entwicklung des Portfolios sowie die mit den Finanzdienstleistungen verbundenen Kosten.<sup>415</sup> Der Ständerat hat sich entgegen der bundesrätlichen Vorlage, welche eine unaufgeforderte Rechenschaftspflicht vorsah, dafür ausgesprochen, dass die Rechenschaftspflicht analog zur zivilrechtlichen «auf Wunsch» bzw. «auf Anfrage» des Kunden zu erbringen ist.<sup>416</sup> Darüber hinaus hat der Kunde einen aufsichtsrechtlichen Anspruch auf Herausgabe des Kundendossiers sowie der übrigen ihn betreffenden Dokumente, die die Bank im Rahmen der Geschäftsbeziehung erstellt hat.<sup>417</sup> Dieser Anspruch nach Art. 75 Abs. 1 E-FIDLEG besteht ebenso auf Anfrage<sup>418</sup> und in Ergänzung zum zivilrechtlichen Anspruch nach Art. 400 Abs. 1 OR. Die zivil-

---

schereipräventions-Bestimmungen – von der Rechenschaftspflicht erfasst sind. Es stellte jedoch fest, dass die Bankkundin im vorliegenden Fall «Aufzeichnungen über die Kundenbesuche und -kontakte herausverlangen» kann, zumal die Rechenschaftspflicht den Verlauf und die Ereignisse der Banktätigkeit umfasst.

<sup>412</sup> BGer 4A\_13/2012 vom 19. November 2012, E. 4.1.3; vgl. aus der Lehre BK-FELLMANN, Art. 400 OR, Rz 139 f., der das Einsichtsrecht des Auftraggeber als unbestritten sieht; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 120, der die Ablieferung bzw. Herausgabe von Krankengeschichten ablehnt, sich jedoch für das Einblickgewähren inkl. der Erstellung von Kopien auf eigene Kosten ausspricht; BSK-WEBER, Art. 400 OR, Rz 13; *ähnlich* auch CR-WERRO, Art. 400 OR, Rz 15.

<sup>413</sup> Ebenso statuiert Art. 8 DSGVO ein Auskunftsrecht, welches unabhängig vom Vorliegen eines Vertrages geltend gemacht werden kann. Diese Auskunftsansprüche schliessen sich gegenseitig nicht aus und bestehen nebeneinander. *Siehe* dazu etwa AEBI-MÜLLER, Arzthafungsrecht, S. 29; EMMENEGGER/GOOD, Anwaltspraxis, S. 952; *siehe* zum Verhältnis FIDLEG und DSGVO etwa REICHART/MEYER, S. 397.

<sup>414</sup> *Siehe* zur Dokumentationspflicht nach Art. 17 E-FIDLEG § 9.2.

<sup>415</sup> Art. 18 Abs. 2 lit. a–c E-FIDLEG.

<sup>416</sup> *Siehe* Fahne StR E-FIDLEG, Art. 18, S. 15.

<sup>417</sup> Art. 75 Abs. 1 E-FIDLEG.

<sup>418</sup> *Vgl.* Art. 76 Abs. 1 E-FIDLEG.

rechtliche Rechenschaftsablegungspflicht der Bank nach Art. 400 Abs. 1 OR gilt jedoch nicht schrankenlos.

### 3. Grenzen der Rechenschaftsablegung

Die Abrechnungs- und Auskunftspflicht des Beauftragten unterliegt gewissen Grenzen. In erster Linie ergeben sich Grenzen aus dem Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 2 ZGB<sup>419</sup>, möglich ist auch, dass sie sich bereits aus dem Vertragsinhalt ergeben<sup>420</sup>.

Dem Beauftragten muss die Rechenschaftsablegung zumutbar sein.<sup>421</sup> Ob ein Auskunftsbegehren unzumutbar ist, ergibt sich durch die Abwägung der gegenseitigen Interessen. Dementsprechend kann die Rechenschaftsablegung infolge eines unverhältnismässigen Aufwands unzumutbar sein.<sup>422</sup> Ebenso liegt bspw. ein Verstoss gegen Treu und Glauben vor, wenn der Auftraggeber jahrelang den Anspruch auf Rechenschaftsablegung nicht erhoben und nicht zu erkennen gegeben hat, dass er sich diesen für später vorbehält.<sup>423</sup> Unverhältnismässigkeit liegt auch dann vor, wenn sich der Auftraggeber leicht selbst informieren könnte, aber die Informationen vom Beauftragen fordert, der dafür einen grösseren Aufwand tätigen muss.<sup>424</sup> Zudem besteht keine Auskunftspflicht zu Informationen, die der Auftraggeber bereits vollumfänglich besitzt, sei es aus früherer Rechenschaftsablegung des Beauftragten oder

---

<sup>419</sup> Vgl. etwa BGer 4C.206/2006 vom 12. Oktober 2006, E. 4.3.1, in casu wurde der Rechtsmissbrauch bejaht; BGer 4A\_144/2012 vom 11. September 2012, E. 3.2.2; BGE 139 III 49, E. 4.1.2, S. 54; BK-FELLMANN, Art. 400 OR, Rz 78.

<sup>420</sup> Vgl. in Bezug auf das auftragsrechtliche Verhältnis zwischen Anwalt und Klient etwa BGer 4A\_132/2015 vom 8. Januar 2016, E. 5: «Sulla base della relativa dottrina, il Tribunale d'appello ha ritenuto che i limiti dell'obbligo di rendiconto si determinano alla luce della natura del contratto e del principio della buona fede, e che il mandatario deve fornire solo le informazioni che si riferiscono al contratto medesimo.»

<sup>421</sup> BK-FELLMANN, Art. 400 OR, Rz 79.

<sup>422</sup> BK-FELLMANN, Art. 400 OR, Rz 79 und 81.

<sup>423</sup> BGer 4C.206/2006 vom 12. Oktober 2006, E. 4.3.1; BK-FELLMANN, Art. 400 OR, Rz 83; OFK-BÜHLER R., Art. 400 OR, Rz 3; Präjudizienbuch OR-KRAUSKOPF, Art. 400 OR, Rz 1.

<sup>424</sup> BK-FELLMANN, Art. 400 OR, Rz 79 und 82; vgl. auch SCHALLER, Handbuch, Rz 356: Unzumutbar ist ein Auskunftsersuchen, wenn es an einer «sinnvollen Relation zwischen Arbeits- und Zeitaufwand des Beauftragten und den schutzwürdigen Interessen des Auftraggebers fehlt».

aus anderen Quellen.<sup>425</sup> Keine Rechenschaftsablegungspflicht besteht bei rein internen Dokumenten, wie etwa nie versandten Vertragsentwürfen<sup>426</sup>, aber auch bei «vorbereitende[n] Studien, Notizen, Entwürfe[n], Materialsammlungen und eigene[n] Buchhaltungen».<sup>427</sup> Letztlich ergeben sich aus dem Zweck der Rechenschaftsablegung Grenzen. So unterliegen nur «Belange des Auftragsverhältnisses», die der Kontrolle des Beauftragten durch den Auftraggeber dienen, der Rechenschaftspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR.<sup>428</sup>

## 4. Zwischenfazit

Aufgrund der Rechenschaftsablegungspflicht ist die beauftragte Bank auf Verlangen des auftraggebenden Kunden einerseits zur Auskunft über den gesamten Ablauf und die Ereignisse ihrer (auftragsrechtlichen) Tätigkeit verpflichtet; andererseits muss sie Rechnung über die Einnahmen und Ausgaben ablegen.

Je nach vertraglicher Vereinbarung und nach Verlangen des Kunden informiert die Bank den Kunden regelmässig über Stand, Zusammensetzung und Entwicklung der verwalteten Vermögenswerte in Form von Konto- und Depotauszügen, Performance-Übersichten, über das geschuldete Honorar und weitere Kosten sowie über wesentliche makroökonomische Ereignisse an der Börse. Darüber hinaus steht dem Kunden zudem aufgrund des E-FIDLEG ein ähnlicher Rechenschafts- und Herausgabeanspruch zu.

Zivilrechtlich besteht die Pflicht zur Rechenschaftsablegung indessen nicht, wenn ihre Durchsetzung dem Grundsatz von Treu und Glauben widerspricht und infolgedessen als rechtsmissbräuchlich qualifiziert wird.

---

<sup>425</sup> BK-FELLMANN, Art. 400 OR, Rz 82; *anderer Meinung* HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 118, der bei Wiederholung der Auskunftsanfrage des Auftraggebers diesem die zusätzlichen Kosten auferlegt.

<sup>426</sup> BGer 4A\_13/2012 vom 19. November 2012, E. 4.1.3, dabei stützt sich das Bundesgericht darauf, dass diese «für die Überprüfung der vertragsgemässen Ausführung des Auftrags durch den Beauftragten ohnehin nicht relevant sind».

<sup>427</sup> Aus der Rechtsprechung BGer C.59/1980 vom 17. Juni 1980, E. 2, 4a bzw. 3a, publiziert in: ZR 80/1981, S. 73 ff.; BGer 4P.34/1993 vom 30. April 1993, E. 4, publiziert in: ZR 93/1994, S. 32; *bestätigend* BGer4A\_13/2012 vom 19. November 2012, E. 4.1.3; BGer 5A\_171/2009 vom 15. Oktober 2009, E. 3.5; BGE 122 IV 322, E. 3c und 3aa, S. 328; aus der Lehre HOFSTETTER, SPR VII/2, S. 92 f.; BK-FELLMANN, Art. 400 OR, Rz 136, der in diesem Zusammenhang von «Handakten» spricht; TERCIER, *contrats spéciaux* II, Rz 4056.

<sup>428</sup> *Siehe* FN 388 und 411. Dies schliesst etwa die weitreichende KYC-Informationssammlung im Rahmen der Bestimmungen zur Geldwäschereiprävention aus.

Nachfolgend findet sich eine Übersicht in tabellarischer Form:

<b><i>Vermittlung von Information gegenüber dem Kunden</i></b>		
<b><i>Inhalt der Information</i></b>	<b><i>Details</i></b>	<b><i>Rechtsgrundlagen</i></b>
Ereignisse der Tätigkeit	Stand, Zusammensetzung und Entwicklung der verwalteten Vermögenswerte, wesentliche makroökonomische Ereignisse sowie Auskunft über die erstellten und gesammelten Kundeninformationen in Zusammenhang mit dem Mandat	Art. 400 Abs. 1 OR, Art. 18 Abs. 1 und 2 sowie Art. 75 E-FIDLEG
Einnahmen und Ausgaben	Honorar und weitere anfallende Kosten	Art. 400 Abs. 1 OR, Art. 18 Abs. 1 und 2 sowie Art. 75 E-FIDLEG

*Tabelle 2: Übersicht Vermittlung von Informationen auf Verlangen*

## § 11 Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten

Die unaufgeforderten Informationspflichten sind, im Vergleich zum aufgeforderten Auskunftsbegehren des Auftraggebers nach Art. 400 Abs. 1 OR, nicht spezifisch geregelt. Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung folgen sie aus der allgemeinen Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR.<sup>429</sup> Für die Bestimmung von Bestand und Inhalt dieser Pflichten spielt es keine Rolle, ob sie als allgemeine Treuepflicht und somit als Hauptpflicht oder als Nebenpflichten eingeordnet werden.<sup>430, 431</sup> Ein-

---

<sup>429</sup> BGE 115 II 62, E. 3a, S. 65; BGE 119 II 333, E. 5a, S. 335; *aus der Lehre* DERENDINGER, Rz 131; BK-FELLMANN, Art. 398 OR, Rz 145 sowie Art. 400 OR, Rz 19 ff. und 53 f.; WIEGAND, Aufklärung, S. 151 f., der ausführt, dass sich die Aufklärungspflicht im Arzt/Patienten-Verhältnis aus der Treuepflicht des Beauftragten ergibt; WIEGAND, Arztrecht, S. 125 f., erklärt die Aufklärungspflicht gestützt auf die heute herrschende Auffassung als Ausprägung der Treuepflicht; ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, S. 77, FN 215; CHK-GEHRER/GIGER, Art. 398 OR, Rz 6; *uneindeutig*, ob sich die unaufgeforderten Informationspflichten aus der Sorgfalts- oder der Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR ergeben etwa BGer 4A\_364/2013 vom 5. März 2014, E. 6.3: «Einen Anlageberater oder Anlagevermittler, der im Hinblick auf die Vermögensverwaltung oder in deren Rahmen tätig wird, treffen neben der erwähnten Aufklärungspflicht auch Beratungs- und Warnpflichten, deren gemeinsame Wurzel in der auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 398 Abs. 2 OR) liegt.» *Ebenso ungenau*, ob Sorgfalts- oder Treuepflicht BGer 4A\_140/2011 vom 27. Juni 2011, E. 3.1; GUTZWILLER, Beweis, S. 412, der ebenso die Sorgfalts- und die Treuepflicht des Beauftragten als Grundlage nennt.

<sup>430</sup> ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, S. 131 ff.; darüber hinaus macht die Unterscheidung auch in Bezug auf die Rechtsfolgen einer Verletzung keinen Unterschied. Beide Pflichtenarten richten sich nach Art. 97 Abs. 1 OR sowie auch hinsichtlich der Verjährung bestehen keine Unterschiede; *vgl.* zur Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenpflichten. etwa CHK-FURRER/WEY, Art. 97 OR, Rz 51 ff. und insb. Rz 57; BSK-WIEGAND, Einleitung zu Art. 97–109 OR, Rz 5 ff.; im Rahmen der Vermögensverwaltung handelt es sich dabei bei den Aufklärungs- und Beratungspflichten ihrer Rechtsnatur nach um vertragliche Hauptpflichten, während die Warnpflichten als vertragliche Nebenpflichten qualifiziert werden. *Vgl.* aus der deutschen Lehre VORTMANN, Rz 17; *anderer Meinung* etwa JENTSCH/VON DER CRONE, S. 646, die alle drei Informationspflichten als Nebenpflichten qualifizieren; *vgl.* zur Einteilung in Haupt- und Nebenpflichten GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 88 f.

<sup>431</sup> Des Weiteren erfolgt in der Lehre teilweise eine weitere Unterscheidung danach, ob ein Vertrag zustande kommt oder nicht. *Vgl.* etwa HUGUENIN, OR AT/BT, Rz 1524; kommt ein Vertrag zustande, sind die vorvertraglichen und die vertraglichen Informationspflichten rechtlich nach denselben Regeln zu beurteilen. *Vgl.* ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, S. 131 ff.; SCHALLER, Handbuch, Rz 101 f.; *vgl.* aus der deutschen Lehre VORTMANN, Rz 32.

zelne Informationspflichten ergeben sich überdies aus Aufsichtsrecht wie dem E-FIDLEG sowie dem Rundschreiben der FINMA.<sup>432</sup>

Das Bundesgericht folgt der deutschen Lehre und unterscheidet in der Vermögensverwaltung drei Arten von Informationspflichten: (i) Als Aufklärungspflicht gilt die unaufgeforderte Mitteilung von Tatsachen oder die Information über entscheidungserhebliche Umstände; (ii) Warnpflichten gelten als spontane Benachrichtigung über eine konkrete, dem Kunden drohende Gefahr; (iii) Beratungspflichten hingegen zeichnen sich durch das wertende Element aus, d. h. durch ein Werturteil über eine Tatsache.<sup>433</sup> Allen Informationspflichten gemein ist, dass die rechtlich geschuldete Information genau, verständlich und vollständig sein muss.<sup>434</sup>

## 1. Bestand und Voraussetzungen

Die Bank ist grundsätzlich verpflichtet, den Kunden treu zu beraten und ihn über alle wesentlichen Umstände aufzuklären, die für ihn von Bedeutung sind. Jedoch darf dies nicht dahingehend verstanden werden, dass eine generelle Informationspflicht besteht. Die Aufklärungs- und Warnpflicht kommt nur bei Vorliegen besonderer Umstände in Betracht: Es gibt keine allgemeine und umfassende Aufklärungs- und Warnpflicht.<sup>435</sup>

Weder im Gesetz noch in der Rechtsprechung oder Lehre findet sich eine präzise allgemeingültige Formel für den Bestand von Informationspflichten im Rahmen der vorliegend interessierenden Finanzdienstleistungen.<sup>436</sup> Demnach kann auch gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht allgemein festgelegt werden, ob eine

---

<sup>432</sup> Siehe FN 436.

<sup>433</sup> So etwa aus der deutschen Lehre VORTMANN, Rz 4 ff., unter «Systematik der Aufklärungspflichten».

<sup>434</sup> BGer 4A\_168/2008 vom 11. Juni 2008, E. 2.4: «L'information doit être exacte, compréhensible et complète.» Früher bereits HOPT, Bankrecht, S. 153–157; ROTH U., Festschrift Kleiner, S. 13; BRETTON-CHEVALLIER, Gérant, S. 95; LOMBARDINI, S. 148 und 149.

<sup>435</sup> Aus der deutschen Lehre CANARIS, Rz 103; VORTMANN, Rz 18; Staudinger BGB-MARTINEK/OMLOR, § 662, Rz 40; Staudinger BGB-OLZEN, § 241, Rz 434; *allgemeiner* TAUPITZ, S. 28 f.; für das schweizerische Recht etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, § 8, Rz 958 ff.; HUGUENIN, OR AT/BT, Rz 1543; ROBERTO, SBT 2017, S. 110.

<sup>436</sup> Durch das FIDLEG werden die Verhaltenspflichten der Bank erstmals strukturiert und auf Gesetzesebene geregelt werden. Bis jetzt bestehen Verhaltensregeln aufgrund des BEHG und der dazugehörigen Selbstregulierung. Für Banken gilt das FINMA Rundschreiben «Eckwerte der Vermögensverwaltung» vom 18. Dezember 2008 (nachstehend FINMA, RS 2009/1).

Aufklärungspflicht besteht und was deren Inhalt ist. Die Aufklärungspflicht hängt von den Umständen des Einzelfalls ab und muss «nach Treu und Glauben und den herrschenden Anschauungen geboten» sein.<sup>437</sup> Namentlich sollen die Ausgestaltung des jeweiligen Beratungsverhältnisses, die Art des konkreten Anlagegeschäftes sowie die Erfahrung und die Kenntnisse des Kunden zur Bestimmung der Aufklärungspflichten zugrunde liegen.<sup>438</sup> Abgestellt wird jeweils auf das persönliche Profil des Kunden und zwar sowohl für den Massstab der geschuldeten Sorgfalt als auch für Inhalt und Umfang der erforderlichen Information.<sup>439</sup>

Lehre und Rechtsprechung haben die Informationspflichten insofern konkretisiert, als der Kunde «hinsichtlich der Risiken der beabsichtigten Investitionen aufzuklären, nach Bedarf in [B]ezug auf die einzelnen Anlagemöglichkeiten sachgerecht zu beraten und vor übereilten Entschlüssen zu warnen» ist.<sup>440</sup> Dabei bestimmen sich diese Informationspflichten inhaltlich durch den Wissensstand des Kunden und die Art des in Frage stehenden Anlagegeschäftes.<sup>441</sup>

Eine nähere Präzisierung ist einzig dahingehend möglich, dass Umstände bezeichnet werden, die eine Informationspflicht auslösen oder als dafür untauglich angesehen werden.<sup>442</sup> Diese Umstände können im Einzelfall im Rahmen der Vermögensverwaltung sowie auch bei der Anlageberatung vorliegen.<sup>443</sup>

## 1.1 «Unbillige» Informationsasymmetrie

Vorausgesetzt wird, dass die Bank Kenntnis über relevante Tatsachen hat (sog. Wissensvorsprung), sie aber auch weiss, dass die Informationen dem Kunden nicht be-

---

<sup>437</sup> BUCHER, OR AT II, § 13 III, S. 220, der auf die deutsche Lehre verweist; *vgl.* auch MERZ, SPR VI/I, S. 66; *ebenso* WEBER, Aktuelle Probleme, S. 184 f.

<sup>438</sup> BGer 4C.205/2006 vom 21. Februar 2007, E. 3.2; SJ 2007 I S. 313.

<sup>439</sup> WIEGAND, Festschrift von Büren, S. 636.

<sup>440</sup> BGE 124 III 155, E. 3a, S. 162 f.; aus der Lehre BK-FELLMANN, Art. 398 OR, Rz 433 f.; HOPT, Bankrecht, S. 135 ff. und S. 155; BSK-WEBER, Art. 398 OR, Rz 26 und 29; ROTH U., Festschrift Kleiner, S. 13; *vgl.* aus der deutschen Lehre HORN, S. 140 f.; CANARIS, Rz 100 ff.

<sup>441</sup> *Siehe* FN 40.

<sup>442</sup> *Vgl.* aus der deutschen Lehre etwa Bankrechts-Handbuch-SIOL, § 43, Rz 15; ASSMANN/SETHE, Festschrift Westermann, S. 88 ff.; *siehe* zu den Elementen des «beweglichen Systems» HOPT, Kapitalanlegerschutz, S. 414 ff.; BREIDENBACH, S. 62 ff.; RÜMKER, Aufklärungs- und Beratungspflichten, S. 37 ff.; ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, S. 166 ff.

<sup>443</sup> *Vgl.* EMMENEGGER/DÖBELI, S. 763.

kannt und für diesen nicht ohne weiteres selber feststellbar sind (sog. Informationsbedarf).<sup>444</sup>

Ein blosses Informationsgefälle begründet noch keine Aufklärungspflicht. Vielmehr muss die Informationsasymmetrie zwischen Bank und Kunde «unbillig» sein.<sup>445</sup> Für eine unaufgeforderte Aufklärung spricht etwa, wenn «der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise die Mitteilung von Tatsachen erwarten durfte, die für die Willensbildung des anderen Teils offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind».<sup>446</sup>

Diese weitgefasste Formel ist stark durch unbestimmte Rechtsbegriffe geprägt. Wie oben erwähnt, ist eine nähere Präzisierung einzig dahingehend möglich, dass Umstände zur Bestimmung der «unbilligen» Informationsasymmetrie bezeichnet werden. Nachfolgend finden sich dafür *Topoi*, welche sich jedoch gegenseitig einschränken oder entwerten können. Diese gelten nicht absolut, sondern sind «beweglich».<sup>447</sup>

## 1.2 *Topoi* zur Begründung einer Aufklärungspflicht

### a. Wesentliche Umstände

Aufzuklären ist insbesondere über wesentliche, gravierende Umstände, die für den Entschluss der anderen Partei von wesentlicher Bedeutung sind, v.a. über Umstände, die den Vertragszweck vereiteln oder erheblich gefährden können.<sup>448</sup> «Die Relevanz des Umstandes ist dabei ins Verhältnis zu seiner Erkennbarkeit für die Gegenpartei zu setzen und eine Aufklärungspflicht daher umso eher zu bejahen, je wichtiger der

---

<sup>444</sup> ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, S. 172–180, der zur Begründung von Bestand, Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten die Elemente «erkennbarer Informationsbedarf, Wissensvorsprung, Rolle und Funktion» verwendet. Wobei der Aufklärungsbedarf als das wichtigste Kriterium gilt; *früher bereits* HOPT, Kapitalanlegerschutz, S. 414 ff.; BREIDENBACH, S. 62 ff.

<sup>445</sup> *Vgl.* aus der deutschen Lehre MünchKomm-BACHMANN, § 241 Rz. 123; STAUDINGER BGB-OLZEN § 241 Rz. 448; *vgl.* auch ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, S. 172 ff., der in Anlehnung an HOPT und BREIDENBACH in ähnlichem Zusammenhang den Begriff «Informationsbedarf» verwendet; *siehe* auch FN 444.

<sup>446</sup> Aus der deutschen Rechtsprechung BGH Urteil vom 11. August 2010, NJW 2010, 3362, Rz 22; *vgl.* auch aus der deutschen Lehre VORTMANN, Rz 21.

<sup>447</sup> *Siehe* in Bezug auf das «bewegliche System» und die fünf *Topoi*, welche dem Richter «einander ergänzend, ersetzend, hemmen» den richtigen Weg zur Inhaltsbestimmung von Aufklärungspflichten weisen sollen HOPT, Kapitalanlegerschutz, S. 414.

<sup>448</sup> Aus der deutschen Rechtsprechung BGH Urteil vom 11. August 2010, NJW 2010, 3362, Rz 22 mit weiteren Verweisen; *vgl. auch* MünchKomm-BACHMANN, § 241, Rz 124a.

Umstand und je ausgeprägter das Informationsgefälle ist.»<sup>449</sup> Nach ABEGGLEN wird «ein Mangel an Wissen über Umstände, bei deren Kenntnis der Aufklärungsadressat sich allenfalls zu einem anderen Verhalten entschlossen hätte» vorausgesetzt.<sup>450</sup>

Besondere, für den Kunden wesentliche Umstände können auch rechtlicher Natur sein. Über besondere rechtliche Hindernisse, wenn sie in der Person der einen Seite begründet sind oder aus anderen Gründen der Gegenpartei nicht bekannt zu sein brauchen, ist ebenso aufzuklären.<sup>451</sup> Die Bank ist verpflichtet, über neuste Änderungen der Rechtslage selbst informiert zu sein.<sup>452</sup> Unter Umständen erwartet der Kunde eine Information, wenn die Bank erkennt, dass die von ihm erstrebten rechtlichen Vorteile nicht erreichbar sind oder wenn der Vertragszweck durch die rechtliche Gestaltung vereitelt werden könnte.<sup>453</sup> Davon abzugrenzen ist die Rechtsberatung, soweit diese nicht Vertragsgegenstand ist.<sup>454</sup>

## **b. Besonderes Vertrauensverhältnis**

Eine Aufklärungspflicht besteht unter Umständen auch unter dem Gesichtspunkt einer besonderen Vertrauensprägung des Verhältnisses der Parteien. Durch das besondere Vertrauensverhältnis «ist der Interessengegensatz zum Vorteil des Aufklärungsberechtigten abgemildert; der <Vertrauensschuldner> darf nicht mehr unbehindert sein Eigeninteresse verfolgen».<sup>455</sup> Ein besonderes Vertrauensverhältnis liegt vornehmlich bei Bank-Kunden-Beziehungen im Rahmen der Vermögensverwaltung und Anlageberatung vor.<sup>456</sup> Überdies besteht zwischen den Parteien oftmals ein Dauerschuldverhältnis, welches in der Regel häufigen und über einen längeren Zeitraum andauernden Kontakt erfordert, wobei die Bank eine zwar entgeltliche, aber fremdnützige Interessenwahrung betreibt.<sup>457</sup> Allgemeiner gilt, je eher eine Dienstleis-

---

<sup>449</sup> Aus der deutschen Lehre MünchKomm-BACHMANN, § 241, Rz 124a mit weiteren Verweisen.

<sup>450</sup> ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, S. 173.

<sup>451</sup> Aus der deutschen Lehre MünchKomm-BACHMANN, § 241, Rz 125.

<sup>452</sup> Aus der deutschen Lehre Staudinger BGB-MARTINEK/OMLOR, § 662, Rz 40 mit weiteren Verweisen.

<sup>453</sup> *Vgl.* aus der deutschen Lehre etwa Bankrechts-Handbuch-SIOL, § 43, Rz 33.

<sup>454</sup> *Siehe* zu den Grenzen der Aufklärungspflicht aus der deutschen Lehre MünchKomm-BACHMANN, § 241, Rz 131 und insb. Rz 137.

<sup>455</sup> Aus der deutschen Lehre MünchKomm-BACHMANN, § 241, Rz 126. *Vgl.* für Fallgruppen mit besonderer Vertrauensprägung Rz 127.

<sup>456</sup> *Ausführlicher* zum Vertrauensverhältnis als Wesensmerkmal des Auftrags § 4 2.2.

<sup>457</sup> *Vgl.* aus der deutschen Lehre Bankrechts-Handbuch-SIOL, § 43, Rz 32, der das Vertrauensverhältnis bereits von Beginn der Geschäftsverbindung an bejaht; *ebenso* RÜMKER,

tungserbringung zur Interessenwahrung wird, desto eher werden Aufklärungspflichten statuiert.<sup>458</sup>

### c. Persönliche Verhältnisse

Aufklärungspflichten können sich einerseits aus den persönlichen Verhältnissen des Kunden ergeben, nämlich durch seine erkennbare Unerfahrenheit wie Rechtsunkennntnis, und andererseits bei besonderer Sachkunde der Bank. Es werden jeweils die Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden berücksichtigt.<sup>459</sup> Dabei ist prinzipiell auf die konkrete, unter Umständen aber auch auf die erkennbare Aufklärungsbedürftigkeit des Kunden abzustellen.<sup>460</sup>

Nach THALMANN geht es um den «Anschein der Aufklärungsbedürftigkeit als Auslöser der Aufklärungspflicht».<sup>461</sup> Die Aufklärungspflicht bezieht sich aber nicht nur auf Umstände mit erkennbarem Wissensbedarf. Vielmehr gilt ein geschäfts- und kundentypischer Informationsbedarf.<sup>462</sup> D. h. es gelten bei der Vermögensverwaltung insbesondere Informationspflichten in Bezug auf Kosten, Erfolgchancen und Gefahren, unzweckmässige Weisungen und erhebliche Verluste.<sup>463</sup> Dabei wird auf die typischerweise vorhandene Aufklärungsbedürftigkeit abgestellt.

Darüber hinaus ist «erkennbaren Abweichungen vom typischen Informationsbedarf», sei dies durch höheres oder geringeres Wissen, Rechnung zu tragen.<sup>464</sup> Erkennt die Bank bei langjährigen Vermögensverwaltungskunden mit Wohnsitz im Ausland geringes Wissen über regulatorische Themen, schuldet sie eher Aufklärung, bspw. bezüglich Meldepflichten und Datenweitergabe an ausländische Steuerbehörden. Einem Kunden mit gehobener Schulbildung kann das Wissen unterstellt werden, dass die Bank kaum die zukünftige Entwicklung einer ausländischen Währung beeinflussen oder vorhersagen kann.<sup>465</sup> Handelt es sich beim Kunden sogar um einen Steuer-

---

Bankhaftungsrecht, S. 82, der sich kritisch zur Unterscheidung zwischen Einmalkunde und Stammkunde und zum «Hausbank-Kriterium» äussert.

<sup>458</sup> ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, S. 181.

<sup>459</sup> THALMANN, Privatrecht, S. 216; BGE 119 II 333, E. 5a, S. 335; BGE 124 III 155, E. 3a, S. 162; BGer 4C.205/2006 vom 21. Februar 2007, E. 3.2; aus der deutschen Lehre VORTMANN, Rz 50.

<sup>460</sup> ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, S. 175.

<sup>461</sup> THALMANN, Privatrecht, S. 216; *gleicher Meinung* HOPT, Kapitalanlegerschutz, S. 419.

<sup>462</sup> ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, S. 175.

<sup>463</sup> BGE 115 II 62, E. 3a, S. 65; HOFSTETTER, SPR VII/2, S. 90, der die unaufgeforderte Informationspflicht jedoch aus Art. 400 Abs. 1 OR ableitet; TERCIER, partie, Rz. 2990.

<sup>464</sup> ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, S. 176.

<sup>465</sup> Aus der deutschen Lehre VORTMANN, Rz 22.

experten oder eine Person, die sich mit Regulatorien auskennt, kann wiederum eher höheres Wissen angenommen werden. Letztlich sind die persönlichen Verhältnisse des Kunden, somit seine Kenntnisse und Erfahrungen abzuwägen.

#### **d. Nähere Umstände des Vertragsabschlusses**

Im deutschen Recht werden auch die näheren Umstände des Vertragsabschlusses zur Bestimmung der Aufklärungspflichten beachtet.<sup>466</sup> Pflichtenbegründend kann bspw. das Erwecken des Anscheins der rechtlichen oder wirtschaftlichen Vertrauenswürdigkeit sein. Gibt der Kunde beim Vertragsabschluss zu erkennen, dass ihm spezielle Gegebenheiten besonders wichtig sind, oder erkundigt er sich danach und verlässt er sich dabei auf die Sachkunde der Bank, ist er hierüber erst recht wahrheitsgemäss zu informieren.<sup>467</sup> Gibt der Kunde bei Vertragsabschluss zu verstehen, dass ihm die Wahrung seiner Privatsphäre besonders wichtig ist, ist er über allfällige Änderungen in diesem Bereich – mindestens in Form eines Hinweises auf diesbezügliche Änderungen – grundsätzlich während der Dauer der Geschäftsbeziehung unaufgefordert zu informieren.

## **2. Inhalt der Aufklärung, Beratung und Warnung**

Lässt sich eine «unbillige» Informationsasymmetrie aufgrund der oben erläuterten Voraussetzungen und *Topoi* bejahen, muss ferner dargelegt werden, was der Inhalt der daraus resultierenden, unaufgeforderten Aufklärung, Beratung und Warnung umfasst. Dabei ergibt sich der gebotene Inhalt der Information direkt aus den Voraussetzungen: «Das Informationsbedürfnis, das den Grund für eine Aufklärungspflicht abgibt, bestimmt auch ihren Umfang.»<sup>468</sup> Dementsprechend muss die Bank über wesentliche, dem Kunden unbekanntete Umstände, welche sie im Rahmen eines von Vertrauen geprägten Verhältnisses als erkennbar entscheidungsrelevant einstufen muss, unaufgefordert informieren. Bezüglich des Inhalts der unaufgeforderten Informationspflicht gestützt auf Art. 398 Abs. 2 OR lassen sich im Rahmen von Vermögensverwaltungs- und Anlageberatungsverhältnissen folgende Kategorien bilden: (i) unbekanntete Tatsachen in direktem Zusammenhang mit dem Dienstleistungsver-

---

<sup>466</sup> Aus der deutschen Lehre MünchKomm-BACHMANN, § 241, Rz 130.

<sup>467</sup> Aus der deutschen Lehre MünchKomm-BACHMANN, § 241, Rz 130, *ähnlich* auch VORTMANN, Rz 52, der als allgemeine Anhaltspunkte «konkrete Anfragen des Kunden, beispielsweise durch besonders erbetene Beratung» berücksichtigt.

<sup>468</sup> Aus der deutschen Lehre MünchKomm-BACHMANN, § 241, Rz 142.

trag; (ii) Interessen- und Pflichtenkollisionen der Bank mit Auswirkungen auf den Kunden; (iii) Gefahr, an der Schädigung des Kunden mitzuwirken.

## 2.1 Aufklärung und Beratung über unbekanntes Tatsachen

Das Bundesgericht hat festgehalten, dass sich das Ausmass der Aufklärungs- und Warnpflichten «nach den Kenntnissen und dem Stand der Erfahrung des Auftraggebers» richtet.<sup>469</sup> Kennt der Kunde die Umstände oder kann er sich ohne nennenswerte Anstrengung Kenntnis darüber beschaffen, so muss er nicht aufgeklärt bzw. gewarnt werden. Die Aufklärung des Kunden dient letztlich dem Ausgleich von Informationsdefiziten und hat keinen Selbstzweck.<sup>470</sup>

Das Informationsdefizit des Kunden kann hinsichtlich unterschiedlicher Aspekte vorliegen. In Betracht kommen vor allem: (i) die Tätigkeit und insbesondere die Fähigkeiten der Bank; (ii) die konkreten Anlagemöglichkeiten; (iii) die Risiken der anvisierten Anlagestrategie und die damit verbundenen Kosten.

### a. Fähigkeiten und Eigenschaften der Bank

Die Bank muss den Kunden zunächst über sich aufklären, soweit dies für die Durchführung des Mandats wesentlich ist.<sup>471</sup> Die Aufklärung schafft Klarheit über die Grenzen der Fähigkeiten und beinhaltet bspw. Informationen über die Stellung und Eigenschaften der Bank im Bereich der Vermögensverwaltung und Anlageberatung.<sup>472</sup> Die Aufklärung der Bank über sich selbst kann die Gesellschaftsform beinhalten, nach welchem Recht sie gegründet worden ist, sowie ihren Aufsichtsstatus.<sup>473</sup> Weiter kann über die angebotenen Dienstleistungen sowie über die Zusammensetzung des Verwaltungsrates informiert werden.<sup>474</sup> Ferner kann von Bedeutung sein, ob Kunden der Bank schweizerischem Recht unterstehen und wo der Gerichtsstand ist.

---

<sup>469</sup> BGE 133 II 97, E. 7.1.1, S. 102.

<sup>470</sup> *Ausdrücklich* BGer 4A\_140/2011 vom 27. Juni 2011, E. 3.1; ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, S. 177–179; *vgl.* aus der deutschen Lehre auch MünchKomm-GRUNDMANN, § 276, Rz 120: «Anlass, dem Kunden die Verantwortung für die eigene Information abzunehmen, besteht also nur, wenn das Institut ungleich besseren Zugang zur Information hat, dh in Bereichen spezifischer Bankexpertise.»

<sup>471</sup> BK-FELLMANN, Art. 398 OR, Rz 151; Art. 9 E-FIDLEG; *vgl.* BBl 2015 8953.

<sup>472</sup> BERTSCHINGER, S. 55.

<sup>473</sup> Art. 9 Abs. 1 lit. b E-FIDLEG.

<sup>474</sup> Art. 9 Abs. 2 lit. a E-FIDLEG.

## b. Einzelne Anlagemöglichkeiten

Inhalt der Beratungspflicht bilden ferner die Empfehlung einer bestimmten Anlagestrategie bzw. die von der Bank vorgenommene Bewertung der Vor- und Nachteile einer Anlagestrategie.<sup>475</sup>

In den Worten der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Kunde «nach Bedarf in Bezug auf die einzelnen Anlagemöglichkeiten sachgerecht zu beraten».<sup>476</sup> Eine solche Beratungspflicht besteht nicht automatisch, sondern nur bei Bedarf des Kunden.<sup>477</sup> Bedarf ist einerseits dann anzunehmen, wenn der Kunde ausdrücklich eine Beratung wünscht und sich dazu äussert. Andererseits ist es nach dem Vertrauensprinzip ebenfalls ausreichend, wenn die Bank erkennt, dass der Kunde eine Beratung wünscht.<sup>478</sup>

Durch die Beratungspflicht wird dem Kunden die Möglichkeit eingeräumt, bei der Festlegung der Anlagestrategie mitzureden.<sup>479</sup> Dies ist aber nicht gleichbedeutend damit, dass sich die Bank so aus der Verantwortung nehmen kann. Zumindest bei Vermögensverwaltungsdienstleistungen ist es die Aufgabe der Bank, und nicht diejenige des Kunden, den Anlageentscheid zu fällen.<sup>480</sup>

Auch im E-FIDLEG finden sich Informationspflichten in Bezug auf die einzelnen Anlagemöglichkeiten, wie bspw. zur Aufklärung über die Finanzinstrumente in Bezug auf deren Eigenschaften und den erwarteten Ertrag.<sup>481</sup> Dabei ist, ohne dass es aus dem Gesetzestext klar hervorgeht, auch in angemessener Form über historische Wertentwicklungen zu informieren.<sup>482</sup> Die bundesrätliche Vorlage zum E-FIDLEG präzisiert die Informationspflichten weiter; so umfasst die Informationspflicht auch den Hinweis über die Ausführungsplätze.<sup>483</sup> Im Rahmen der Vermögensverwaltung nimmt die Bank naturgemäss eine Auswahl von Finanzinstrumenten vor; sodann muss sie offenlegen, welches Marktangebot sie dabei berücksichtigt hat.

---

<sup>475</sup> JENTSCH/VON DER CRONE, S. 651; so auch ABEGGLEN, Vermögensverwaltung II, S. 79 f., der die Umsetzungspflicht als Teil der Beratungspflicht qualifiziert.

<sup>476</sup> BGE 124 III 155, E. 3a, S. 162 und 163; *bestätigend* BGer 4A\_364/2013 vom 5. März 2014, E. 6.6.1; *vgl.* auch BGer 4A\_140/2011 vom 27. Juni 2011, E. 3.1.

<sup>477</sup> JENTSCH/VON DER CRONE, S. 651.

<sup>478</sup> SETHE/HÄRTNER, Vermögensverwaltungshandbuch, § 27, Rz 50; JENTSCH/VON DER CRONE, S. 651.

<sup>479</sup> JENTSCH/VON DER CRONE, S. 651.

<sup>480</sup> JENTSCH/VON DER CRONE, S. 651, FN 115.

<sup>481</sup> BBI 2015 8919 und 8954; Art. 9 Abs. 2 lit. b und c E-FIDLEG.

<sup>482</sup> BBI 2015 8919 und 8954; EFD, erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG, S. 13.

<sup>483</sup> BBI 2015 8919 und 8954.

Die Beratung hat in Bezug auf die Empfehlung und Bewertung einer Anlagestrategie zu erfolgen – und dies bei der Festlegung zu Beginn der Geschäftsbeziehung wie auch bei einer möglichen späteren Änderung.<sup>484</sup> Dabei geht es nicht um die Aufklärung betreffend einzelne Geschäftsarten und Transaktionen, sondern um die konkreten Vor- und Nachteile der Anlagestrategie und deren Umsetzung, wobei es auch zur Information über Risiken und Kosten kommt.<sup>485</sup>

### c. Mit Finanzdienstleistung verbundene Kosten und Risiken

Der Kunde ist umfassend über sämtliche Kosten aufzuklären, die in Zusammenhang mit dem Mandat anfallen können.<sup>486</sup> Mögliche Kosten sind bspw. die Verwaltungsgebühr als Fixhonorar oder eine allenfalls zusätzliche, erfolgsabhängige Performance Fee. Kann es bei einer Allokation des Vermögens in *Funds* und strukturierte Produkte zu einer doppelten Kostenbelastung der Performance kommen, muss die Bank dies dem Kunden ebenfalls deutlich machen.<sup>487</sup>

Zudem muss der Kunde hinsichtlich der Risiken der anvisierten Anlageziele und -strategie informiert werden.<sup>488</sup> Dabei ist wiederum die Formulierung, d. h. Sprache und Inhalt der Risikoaufklärung den Erfahrungen und Vorkenntnissen des Kunden anzupassen.<sup>489</sup> Sie muss so erfolgen, dass der Kunde die Risiken tatsächlich

---

<sup>484</sup> JENTSCH/VON DER CRONE, S. 651; SETHE/HÄRTNER, Vermögensverwaltungshandbuch, § 27, Rz 49.

<sup>485</sup> ABEGGLEN, Vermögensverwaltung II, S. 79.

<sup>486</sup> Art. 9 Abs. 2 lit. a E-FIDLEG; BRETTON-CHEVALLIER, Gérant, S. 97; SCHALLER, Handbuch, Rz 155; SETHE/HÄRTNER, Vermögensverwaltungshandbuch, § 27, Rz 39; vgl. auch ABEGGLEN, Vermögensverwaltung II, S. 79.

<sup>487</sup> SETHE/HÄRTNER, Vermögensverwaltungshandbuch, § 27, Rz 41.

<sup>488</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 2 lit. a E-FIDLEG; FINMA, RS 2009/1, Rz 23: «Der Vermögensverwalter informiert seine Kunden mit Blick auf ihre Erfahrungen und Kenntnisse in angemessener Weise über die Risiken der vereinbarten Anlageziele, -beschränkungen und -strategien.» *Anderer Meinung* WIEGAND, Festschrift von Büren, S. 640, der einen Hinweis auf die Risiken der Geschäftsart ablehnt und einen Hinweis auf die spezifischen Risiken der beabsichtigten Transaktion verlangt.

<sup>489</sup> *Grundlegend* BGE 124 III 155, E. 1b, S. 159, wobei das Bundesgericht einerseits die Unklarheitsregel bestätigt, wonach mehrdeutige Wendungen in vorformulierten Vertragsbedingungen im Zweifel zu Lasten jener Partei auszulegen sind, die sie verfasst hat. Andererseits stimmte es dem Handelsgericht zu, dass nämlich der über keine einschlägigen Fachkenntnisse verfügende Kläger nicht erkennen konnte, welcher Sinn dem in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendeten Fachbegriff «Kontrakt» zukommen sollte. In dem Fall war die Bedeutung des verwendeten Fachbegriffs für den Kläger weder mit Hilfe der Erläuterungen in der Broschüre noch aus einer Auftragsbestätigung klar zu erschliessen. Mit anderen Worten, die Formulierung war nicht den Erfahrungen und Vorkenntnissen des Kunden angepasst. Vgl. zur Anforderung an die Formulierung E. 3b,

versteht. Ein Grundsatz, wonach selbst einem unerfahrenen Kunden ein gewisses Basiswissen unterstellt werden darf, existiert nicht.<sup>490</sup> Gegenüber Privatkunden gelten grundsätzlich erhöhte Anforderungen an die Aufklärungspflichten der Bank; dies insbesondere auch deshalb, weil davon ausgegangen werden muss, dass die Sach- und Fachkunde bei einem Durchschnittsanleger nicht vorauszusetzen ist.<sup>491</sup>

Allerdings soll die Aufklärung nicht dazu führen, «dass der Kunde fundierte Kenntnisse über Börsen, Märkte, Anlagen und Produkte erwirbt».<sup>492</sup> Der Zweck der Risikoaufklärung durch die Bank besteht eben genau darin, dass der Kunde die mit dem Abschluss und der Durchführung des Vertrages verbundenen Risiken beurteilen kann und «die allenfalls vorhandene Informations- und Wissensasymmetrie mit Bezug auf die für das konkrete Vermögensverwaltungsmandat relevanten (Risiko-)Informationen» abgebaut bzw. ausgeglichen wird.<sup>493</sup> Der Informationsbedarf des Kunden ist bei unkonventionellen oder kreditfinanzierten Anlagestrategien in der Regel erhöht.<sup>494</sup>

---

S. 163: «Dazu kommt im vorliegenden Fall, dass die Angaben über die Höhe der zur Verrechnung gebrachten Kommissionen unklar formuliert waren und von der Beklagten anders gehandhabt wurden, als vom Kläger erwartet werden durfte [...], weshalb allein durch die schriftlichen Unterlagen keine ausreichende Information über den Einfluss der Kommissionen auf die Gewinnchancen gewährleistet war.» *Aus der Lehre* WEBER, Haftung, S. 254: «Mit der neuesten Rechtsprechungsentwicklung (dies bezieht sich auf BGE 124 III 155 ff.) wird mithin für unerfahrene Kunden im Kapitalmarktbereich ein spezifischer Verbraucherschutz geschaffen.» *Allgemeiner* ROTH U., Festschrift Kleiner, S. 33: «erforderlich ist zunächst eine Auseinandersetzung mit der Aufnahmefähigkeit und dem Kenntnisstand des Empfängers».

<sup>490</sup> *Wohl gleicher Meinung* WIEGAND, Festschrift von Büren, S. 640, der für die Basisaufklärung Formulare und Broschüren zulässt und sie dementsprechend nicht als vorausgesetzt betrachtet; SCHALLER, Handbuch, Rz 128 der als Basiswissen die grundlegendsten Unterschiede zwischen den einzelnen Anlageklassen wie Aktien, Obligationen, Immobilien etc. nennt.

<sup>491</sup> SCHALLER, Handbuch, Rz 128–131.

<sup>492</sup> SCHALLER, Handbuch, Rz 127; vgl. in Bezug auf deutsches Recht SPROCKHOFF, S. 1741.

<sup>493</sup> ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, S. 177 ff.; *ebenso* SCHALLER, Handbuch, Rz 127; vgl. auch BGer 4A\_140/2011 vom 27. Juni 2011, E. 3.1.

<sup>494</sup> BGer 4C\_68/2007 vom 13. Juni 2008, E. 7.1; BGE 133 III 97, E. 7.1.1, S. 102; BGE 119 II 333, E. 5a, S. 335; BGer 4A\_140/2011 vom 27. Juni 2011, E. 3.1; *allgemeiner* GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 37; BERTSCHINGER, S. 98 bis 102 und 112 f.: «Ziel dieser Aufklärung ist es, den Kunden in die Lage zu versetzen, das Risikopotential des von ihm zu erteilenden Verwaltungsauftrages zu überblicken», sowie S. 172; ROTH U., Festschrift Kleiner, S. 35–37, der eine weitere Differenzierung für die Aufklärung in Bezug auf Investitionen in verschiedene Finanzinstrumente bildet.

Überdies besteht eine Informationspflicht, wenn die vom Kunden gewünschte Anlagestrategie nicht oder nicht vollständig seinem durch die Bank ermittelten Risikoprofil entspricht.<sup>495</sup> Die Bank muss den Kunden auf das dadurch entstehende Risiko hinweisen. Gleiches ergibt sich bei fehlender oder nicht beurteilbarer Eignung nach E-FIDLEG, wenn bspw. der Kunde nicht alle für die Eignungsprüfung relevanten Informationen offenbart. Reichen nämlich die Informationen, die die Bank erhält, nicht aus, um die Eignung eines Finanzinstruments zu beurteilen, so weist sie den Kunden vor der Erbringung der Dienstleistung darauf hin, dass sie diese Beurteilung nicht vornehmen kann.<sup>496</sup> Ebenso besteht eine Informationspflicht der Bank, wenn sie aufgrund der erhaltenen Informationen feststellt, dass ein Finanzinstrument für den Kunden ungeeignet ist. In solchen Fällen muss die Bank den Kunden warnen.<sup>497</sup>

## 2.2 Aufklärung über Interessen- und Pflichtenkollisionen

Bereits aus der auftragsrechtlichen Interessenwahrungspflicht ergibt sich, dass der Beauftragte die Interessen des Auftraggebers zu berücksichtigen sowie alles zu unterlassen hat, «was dem Auftraggeber Schaden zufügen könnte».<sup>498</sup> Es gilt, dass der Beauftragte seine eigenen Interessen hinter jene des Auftraggebers stellen und Interessenkonflikte vermeiden muss.<sup>499</sup> Stellt die Bank nun für den Kunden ein optimales Portfolio zusammen und erhält sie dafür eine Entschädigung, existieren die Interessen der Bank und diejenigen des Kunden grundsätzlich harmonisch nebeneinander.<sup>500</sup>

In der Praxis kommt es jedoch oft zu Konstellationen mit zumindest potentiellen Interessenkonflikten.<sup>501</sup> Ein unvermeidbarer Interessenkonflikt liegt nur dann vor, wenn sich dieser weder durch organisatorische Vorkehrungen oder durch Aufklärung des Kunden noch durch die Gleichbehandlung oder Ausführung nach Priorität ver-

---

<sup>495</sup> SBVG, RL Vermögensverwaltungsaufträge, Art. 1, Ziff. 6; ABEGGLEN, Vermögensverwaltung II, S. 79 f.; SCHENKER, Suitability & Appropriatenss, S. 22; *siehe* zu den Grenzen der Erkundigungspflicht § 6 5.

<sup>496</sup> Art. 16 Abs. 1 E-FIDLEG.

<sup>497</sup> *Vgl.* Art. 16 Abs. 2 FIDLEG; *vgl.* Fahne StR E-FIDLEG, S. 16; *siehe* zu den Grenzen der Erkundigungspflicht § 6 5 und insb. die Ausführungen auf S. 68 f.

<sup>498</sup> BK-FELLMANN, Art. 398 OR, Rz 24; *vgl.* zu den Funktionen der Treuepflicht SETHE, Treuepflichten, S. 86; *vgl.* auch FINMA, RS 2009/1, Rz 11: «Der Vermögensverwalter wahrt die Interessen seiner Kunden.» *Siehe* zur Interessenwahrungspflicht als Wesensmerkmal des Auftrags § 4 2.2 b.

<sup>499</sup> BK-FELLMANN, Art. 398 OR, Rz 25 und 34.

<sup>500</sup> *Siehe* zum Begriff der Interessensparallelität GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 171.

<sup>501</sup> EGGEN, Vermögensverwaltungshandbuch, § 29, Rz 3; mit Bezug auf deutsches Recht SCHÄFER, Vermögensverwaltungshandbuch, § 10, Rz 7.

meiden lässt.<sup>502</sup> In diesen Fällen stehen der Information des Kunden Eigeninteressen der Bank entgegen, so dass der Kunde nach Treu und Glauben eine Aufklärung nicht erwarten kann.<sup>503</sup> In keinem Fall gerechtfertigt ist aber eine Falschinformation des Kunden. Lassen sich im Einzelfall Interessenkollisionen nicht vermeiden, muss der Beauftragte «nach Treu und Glauben so verfahren, wie ein vernünftiger Mensch seine eigenen Interessen wahren würde».<sup>504</sup>

Bei potentiellen Interessenkonflikten wahrt die Bank die auftragsrechtliche Treuepflicht, indem sie den Kunden vor der Mandatsübernahme oder während des Mandats auf die Interessenlage hinweist und ihm so die Wahl lässt, ob er den Vertrag überhaupt eingehen bzw. daran festhalten will.<sup>505</sup> Durch die Aufklärung kann der Kunde entscheiden, ob er den Vertragspartner wechseln oder bei diesem verbleiben möchte.<sup>506</sup> In der Lehre wird die Aufklärung über einen Interessenkonflikt als *ultima ratio* gesehen; so gilt vorrangig die Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten.<sup>507</sup> Vermieden werden können Interessenkonflikte bspw. durch organisatorische Vorkehrungen.<sup>508</sup> Können Interessenkonflikte nicht vermieden werden oder würde ihre Vermeidung der Dienstleistungserbringung *per se* entgegenstehen, sind sie den betroffenen Kunden gegenüber zum Zeitpunkt vor der Leistungserbringung bzw. vor Abschluss des Vertrages offenzulegen, sodass die Kunden «beurteilen können, ob sie an der Dienstleistung festhalten wollen».<sup>509</sup>

Nachfolgende Erläuterungen widmen sich folgenden Aspekten: (i) Interessenkonflikten in Bezug auf Drittvergütungen und Retrozessionen sowie (ii) Pflichtenkollisionen, welche besonders häufig aufgrund zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Bestimmungen bestehen.

---

<sup>502</sup> Aus der deutschen Lehre SETHE, Anlegerschutz, S. 813.

<sup>503</sup> Aus der deutschen Lehre Bankrechts-Handbuch-SIOL, § 43, Rz 27.

<sup>504</sup> BK-FELLMANN, Art. 398 OR, Rz 235.

<sup>505</sup> Vgl. in Bezug auf die Pflichten des externen Vermögensverwalters ROTH M., Dreiecksverhältnis, Rz 100: «Es gilt in jedem Fall, dass die Interessen des Kunden denjenigen des Vermögensverwalters vorgehen.» SCHALLER, Handbuch, Rz 300.

<sup>506</sup> SETHE/HÄRTNER, Vermögensverwaltungshandbuch, § 27, Rz 43.

<sup>507</sup> BURG, Rz 215: «Bei einem wesentlichen Interessenkonflikt wäre daher, trotz der Offenlegung, die Vermutung des pflichtwidrigen Handelns aufrecht zu erhalten, respektive den Ansatz im Umgang mit diesen Interessenkonflikten primär in deren Vermeidung zu suchen.» Mit Bezug auf deutsches Recht SETHE, Anlegerschutz, S. 814; vgl. zur Vermeidung von Interessenkonflikten SBVG, VR Effekthändler, Art. 8 Abs. 2.

<sup>508</sup> Vgl. Art. 27 Abs. 1 E-FIDLEG; FINMA, RS 2009/1, Rz 11–14.

<sup>509</sup> BBl 2015 8965; vgl. Art. 27 Abs. 2 E-FIDLEG; vgl. auch FINMA, RS 2009/1, Rz 12.

## a. **Drittvergütungen und Retrozessionen**

Die Rechtsprechung hat sich in den letzten Jahren vielfach mit Rechtsfragen um Drittvergütungen und Retrozessionen auseinandergesetzt und Konkretisierungen vorgenommen.<sup>510</sup> Das Bundesgericht hat insbesondere die Anforderungen an den rechtsgültigen Verzicht, und welche Bedeutung in diesem Zusammenhang der Offenlegungspflicht der Bank zukommt, festgelegt.<sup>511</sup>

Die Bank hat den Kunden über zu erwartende Retrozessionen zu informieren, wodurch der Kunde in die Lage versetzt wird, erkennen zu können, ob sich die Bank in Bezug auf Retrozessionen in einem Interessenkonflikt befindet. Diese Information über zu erwartende Retrozessionen bildet die Voraussetzung für die Gültigkeit eines allfälligen Verzichts auf die Herausgabe derselben.<sup>512</sup> Mit anderen Worten ist der Verzicht des Kunden auf Herausgabe der Drittvergütungen rechtswirksam, «sofern die Eckwerte und die Grössenordnung der anfallenden Entschädigungen offengelegt werden».<sup>513</sup> Die Anforderung an die Grössenordnung führte das Bundesgericht so aus, dass «beim Vorausverzicht auch beim Einsatz von Anlagefonds und strukturierten Produkten in der Vermögensverwaltung Genüge getan [ist], wenn die Höhe der erwarteten Bestandesspflegekommissionen in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens angegeben wird. Damit wird dem Auftraggeber ermöglicht, im Hinblick auf einen Verzicht sowohl die Gesamtkosten der Vermögensverwaltung zu erfassen, als auch die beim Vermögensverwalter aufgrund der konkreten Anreizstrukturen vorhandenen Interessenkonflikte zu erkennen».<sup>514</sup> Durch das E-FIDLEG wird der Umgang mit Retrozessionen und Drittvergütungen gesetzlich verankert. Gemäss der bundesrätlichen Botschaft soll die Information an den Kunden ausreichend sein,

---

<sup>510</sup> *Vgl.* zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 132 III 460, E. 4.2, S. 466; BGE 137 III 393, E. 2.2, S. 396; BGE 138 III 755, E. 8, S. 773 ff.; BGer 4A\_508/2016 vom 16. Juni 2017, E. 5.3. *Siehe* auch FN 385.

<sup>511</sup> BGer 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012: «Im Hinblick auf einen gültigen Verzicht muss der Vermögensverwaltungskunde vielmehr die Parameter kennen, die zur Berechnung des Gesamtbetrags der Bestandesspflegekommissionen notwendig sind und einen Vergleich mit dem vereinbarten Vermögensverwaltungshonorar erlauben. Hierzu gehören zumindest die Eckwerte der bestehenden Vereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Entschädigungen.» *Vgl.* BGE 137 III 393, E. 2.4, S. 399 und E. 2.5, S. 400.

<sup>512</sup> BGE 137 III 393, E. 2.2, E. 2.4 und E. 2.6; *vgl.* zur 10-jährigen Verjährungsfrist bei Retrozessionen BGer 4A\_508/2016 vom 16. Juni 2017.

<sup>513</sup> ROBERTO, NZZ, 2. Abschnitt unter «Auswirkungen eines Urteils».

<sup>514</sup> BGE 138 III 755, E. 6.3, S. 772 f.

wenn dieser «die Existenz, die Art und den Umfang der Entschädigung vor Vertragsabschluss oder Erbringung der Dienstleistung kennt».<sup>515</sup>

## **b. Pflichtenkollisionen**

Vorliegend interessierende Pflichtenkollisionen gehen für die Bank überwiegend aus dem Zusammentreffen von zivil- und öffentlich-rechtlichen Pflichten hervor. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich für die Bank deswegen, weil sie in eine Lage versetzt wird, in der sie keine der Pflichten ohne Verletzung der anderen erfüllen kann.<sup>516</sup>

Solche Situationen bestehen bspw. bei der Kollision von zivilrechtlichen Informationspflichten mit gesetzlichen Mitteilungsverboten. Dabei befindet sich die Bank unter Umständen in einem Konflikt zwischen ihren auftragsrechtlichen Aufklärungspflichten gegenüber dem Kunden und der Einhaltung ihrer aufsichtsrechtlichen Pflichten. In Betracht kommen hier etwa behördliche Massnahmen, bei denen die Bank zivilrechtlich zur Warnung des Kunden verpflichtet wäre, der Warnung des Kunden jedoch ein gesetzliches Informationsverbot wie bspw. nach Art. 10a Abs. 1 GwG entgegensteht.<sup>517</sup> Dem Grundsatz nach sind Pflichtenkollisionen nach Möglichkeit zu vermeiden. Ist eine Vermeidung unmöglich, lässt sich die Pflichtenkollision nur durch eine Interessenabwägung lösen. Dabei muss die Bank regelmässig das Geheimhaltungsinteresse gegen das Informationsinteresse abwägen. In einigen Fällen hat der Gesetzgeber die Interessenabwägung übernommen: So wird der praktisch wichtigste Konflikt zwischen dem Bankgeheimnis und den gesetzlichen Meldepflichten dahingehend geregelt, dass die gesetzlichen Meldepflichten eine Vorrangstellung einnehmen.<sup>518</sup>

Ungeklärt ist bis anhin, wie es bei Pflichtenkollisionen von gesetzlichen Meldepflichten mit zivilrechtlichen Informationspflichten steht, wenn der Gesetzgeber kein Informationsverbot erlassen hat. Schliesslich befindet sich die Bank auch bei diesen Konstellationen in einem Konflikt, da sie gesetzlich zur Weitergabe von Kundeninformationen verpflichtet ist, jedoch dem Kunden aufgrund der Treueverpflichtung auch die Wahrung seiner Interessen schuldet. Denkbar ist hier, dass die Bank – ähn-

---

<sup>515</sup> BBl 2015 8966; vgl. auch Art. 28 E-FIDLEG.

<sup>516</sup> Vgl. in Bezug auf strafrechtliche Pflichtenkollisionen STRATENWERTH, Strafrecht AT, § 10, Rz 62.

<sup>517</sup> Vgl. dazu § 14 2.3 b.

<sup>518</sup> Vgl. Art. 47 Abs. 5 BankG.

lich wie bei unvermeidbaren Interessenkonflikten – den Kunden über die Existenz, die Art und den Umfang der gesetzlichen Meldepflichten informiert.<sup>519</sup>

Ähnlich heikel gestaltet sich die Interessensabwägung, wenn die Bank entweder die Quelle der Gefährdung herbeigeführt hat oder Gefahr besteht, dass sie an der Schädigung des Kunden mitwirkt.

## 2.3 Warnung vor Gefahren

Ferner sollen Informationspflichten den Kunden vor einer spezifischen Gefahr bewahren.<sup>520</sup> Eine Gefahr kann bestehen, wenn ein Kunde (i) unzweckmässige Weisungen erteilt sowie wenn (ii) der Eintritt eines erheblichen Kursverlustes das Kundenvermögen unmittelbar gefährdet. Charakteristisch für diese Fälle ist, dass die Bank ohne Warnung des Kunden an seiner Schädigung mitwirken würde.<sup>521</sup>

### a. Unzweckmässige Einzelweisungen des Kunden

Nach Art. 397 Abs. 1 OR steht dem Auftraggeber gemäss herrschender Lehre ein unverzichtbares Recht zur Erteilung einer Weisung zu.<sup>522, 523</sup> Dabei handelt es sich um einseitig erteilte, empfangsbedürftige Vorschriften des Kunden über die Ausführung des Vermögensverwaltungsvertrages.<sup>524</sup>

Erweist sich eine Einzelweisung des Kunden im Rahmen der *Suitability*-Prüfung als im Einklang mit der (geplanten oder bereits vereinbarten) Anlagestrategie, hat sie die

---

<sup>519</sup> Vgl. dazu § 14.

<sup>520</sup> MOSER/BERGER, S. 551.

<sup>521</sup> Aus der deutschen Lehre CANARIS, Rz 104, Rz 105 und 109 f.

<sup>522</sup> Den Verzicht auf das Weisungsrecht als unzulässig erachtend BSK-WEBER, Art. 397 OR, Rz 6; BURG, Rz 127–131; GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 211; *gleicher Meinung* BERTSCHINGER, S. 114, der die Unverzichtbarkeit des Weisungsrechts jedoch indirekt aus Art. 404 OR ableitet; *früher bereits* BK-GAUTSCHI, Art. 397 OR, Rz 5a; DERENDINGER, Rz 118; TERCIER, *contrats spéciaux* II, Rz 4026 f.; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 101; *anderer Meinung* BK-FELLMANN, Art. 397 OR, Rz 27 ff., der die Meinung vertritt, dass eine vertragliche Einschränkung des Weisungsrechts möglich ist.

<sup>523</sup> SBVG, RL Vermögensverwaltungsaufträge, Art. 1, Ziff. 9: «Erteilt der Kunde der Bank Weisungen (ständige oder auf einzelne Transaktionen bezogene), so gelten die vorliegenden Richtlinien subsidiär.»

<sup>524</sup> *Allgemein* in Bezug auf Weisungen im Auftragsrecht BK-FELLMANN, Art. 397 OR, Rz 13 ff. und insb. Rz 20; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 101, die notwendig sind, da der Auftrag häufig komplexe Sachverhalte betrifft, «die sich nicht bis in alle Verästelungen voraussehen lassen»; in Bezug auf Weisungen im Rahmen der Vermögensverwaltung GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 211.

Bank auszuführen.<sup>525</sup> Erweist sich aber eine Kundenweisung als unzweckmässig, hat die Bank den Kunden aufgrund der auftragsrechtlichen Treuepflicht auf diesen Umstand aufmerksam zu machen und abzumahnern.<sup>526</sup> Der Beauftragte schuldet «denkenden Gehorsam».<sup>527</sup> Mit dieser Warnung oder Abmahnung teilt die Bank dem Kunden die Gründe mit, warum sie die Weisung als unzweckmässig erachtet:<sup>528</sup> Sie führt dem Kunden die Gefahren vor Augen.<sup>529</sup>

Im Allgemeinen gelten Weisungen als unzweckmässig, wenn sie die Erreichung des Auftragszwecks in Frage stellen<sup>530</sup> oder wenn sie sich negativ auf die Diversifizierung und damit auf die Risikostruktur der Anlagestrategie auswirken<sup>531</sup> oder wenn über bestimmte Titel keine zuverlässigen Research-Unterlagen vorhanden sind und sich dadurch die Überwachung der Titel erschwert.<sup>532</sup>

Nach erfolgter Warnung und Abmahnung stehen der Bank verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung. Die kritiklose Ausführung einer unzweckmässigen Weisung ist keine davon. Dies würde gegen die oberste Pflicht des Beauftragten verstossen, die Interessen des Auftraggebers sorgfältig und treu zu wahren.<sup>533</sup>

<sup>525</sup> Vgl. dazu § 6 4.

<sup>526</sup> BGE 115 II 62, E. 3a, S. 65: «Der Beauftragte hat als Fachmann dem Auftraggeber auch unaufgefordert über die Zweckmässigkeit des Auftrages und der Weisungen, die Kosten und Gefahren sowie die Erfolgchancen Auskunft zu geben.» Vgl. auch BK-GAUTSCHI, Art. 398 OR, Rz 5a und 17 f.; TERCIER, partie, Rz 2988 und 2990; DERENDINGER, Rz 119; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 103; vgl. auch SBVG, RL Vermögensverwaltungsaufträge, Art. 1, Ziff. 10: «Sind bei der Umsetzung von Weisungen besondere Risiken mit der betreffenden Geschäftsart verbunden, orientiert die Bank den Kunden in geeigneter Form darüber.»

<sup>527</sup> BK-FELLMANN, Art. 397 OR, Rz 101, und folglich nicht kritiklose Unterordnung.

<sup>528</sup> BGE 108 II 197, E. 2a, S. 197; GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 219; ABEGGLEN, Konfliktträchtige Bereiche, S. 186.

<sup>529</sup> BERTSCHINGER, S. 131.

<sup>530</sup> BSK-WEBER, Art. 397 OR, Rz 8; BK-FELLMANN, Art. 397 OR, Rz 10 sowie Art. 398 OR, Rz 162.

<sup>531</sup> Nach ABEGGLEN, Konfliktträchtige Bereiche, S. 188 wird die vereinbarte *Asset Allocation* durch die Ausführung spezieller Weisungen gestört, «indem Limiten, z.B. betreffend dem in Aktien zu investierenden Prozentsatz, oder betreffend der Gewichtung eines bestimmten Anlagesektors, [...], nahezu erreicht oder überschritten werden.»

<sup>532</sup> ABEGGLEN, Konfliktträchtige Bereiche, S. 187; vgl. zur Charakterisierung der Unzweckmässigkeit BERTSCHINGER, S. 127 f.

<sup>533</sup> BGE 108 II 197, E. 2a, S. 197; BK-FELLMANN, Art. 397 Abs. 1 OR, Rz 105 ff.; SETHE/HÄRTNER, Vermögensverwaltungshandbuch, § 27, Rz 54, wonach eine Abmahnung nie konkludent erfolgen kann; *früher bereits* BK-GAUTSCHI, Art. 398 OR, Rz 24e: «Passivität gegenüber einer vorhersehbaren erfolgsgefährdenden Entwicklung ist i.d.R. Sorgfaltsverletzung.»

Strebt die Bank an, von der Weisung abzuweichen, hat sie dafür vom Kunden eine Erlaubnis einzuholen.<sup>534</sup> Ist der Kunde mit dem Abweichen einverstanden, widerruft dieser seine Weisung. Beharrt der Kunde auf seiner Weisung, dies trotz der Abmahnung bzw. Warnung sowie dem Hinweis auf die Unzweckmässigkeit der Weisung, hat der Beauftragte diese zu befolgen; ausgenommen, die Weisung sprengt geradezu den Umfang der Finanzdienstleistung.<sup>535</sup> Unter Umständen klärt die Bank zusätzlich ab, ob der Kunde gleichzeitig die Anlagestrategie ändern möchte. Ferner sollte die Bank bei einer Weisung in Form einer einzelnen Transaktion ebenfalls klären, ob eine die frühere Transaktion kompensierende Transaktion durchgeführt werden soll.<sup>536</sup>

Je nach Häufigkeit und Inhalt von ausserhalb der Anlagestrategie liegenden Weisungen empfiehlt es sich unter Umständen, dass die Bank den Kunden auf die Möglichkeit eines separaten Kontos bzw. einer allfälligen Abspaltung eines Depotteiles hinweist, da ansonsten die korrekte Ausführung des Mandates massiv gestört werden kann.<sup>537</sup> Diesen Vermögensteil könnte der Kunde im Rahmen einer *Execution only*-Vereinbarung in eigener Verantwortung verwalten.<sup>538</sup> Sodann bedarf es der Klarstellung, dass die Bank für solche Geschäfte nicht aus dem Vertrag haftet.<sup>539</sup> Schliesslich steht es der Bank angesichts von Art. 404 OR immer frei, das Mandat niederzulegen oder es gar nicht erst anzunehmen.<sup>540</sup>

Durch die Ausführung der Weisung, nach einer klar und deutlich ausgesprochenen Warnung, wird die Bank vor entsprechenden Schadenersatzansprüchen des Kunden geschützt.<sup>541</sup> Inwieweit dies auch für die fortlaufende Überwachungspflicht von Titeln gilt, welche aufgrund zweckwidriger Weisungen erworben worden sind, ist jedoch umstritten. Solche Fälle gebieten, eine vertragliche Regelung über den Umgang mit Kundenweisungen zu vereinbaren. Diese Vereinbarung sollte eine Regelung enthalten, ob die aufgrund einer Kundenweisung durchgeführte Transaktion in die laufende Überwachung des Depots einbezogen werden soll. Im Rahmen der

---

<sup>534</sup> BK-FELLMANN, Art. 397 Abs. 1 OR, Rz 105; BSK-WEBER, Art. 397 OR, Rz 9.

<sup>535</sup> ABEGGLEN, Konfliktträchtige Bereiche, S. 188; *ähnlich* BK-GAUTSCHI, Art. 397 OR, Rz 18b.

<sup>536</sup> *Vgl.* zur Überwachungspflicht bezüglich vom Kunden ausgewählter Anlagen ABEGGLEN, Konfliktträchtige Bereiche, S. 188 f.

<sup>537</sup> ABEGGLEN, Konfliktträchtige Bereiche, S. 186.

<sup>538</sup> *Siehe zu Execution only*-Vereinbarungen FN 32.

<sup>539</sup> SCHALLER, Handbuch, Rz 199 mit Verweis auf deutsche Lehre.

<sup>540</sup> BSK-WEBER, Art. 397 OR, Rz 8; BK-FELLMANN, Art. 398 OR, Rz 162.

<sup>541</sup> ABEGGLEN, Konfliktträchtige Bereiche, S. 186.

laufenden Überwachung erkennt die Bank u.a. auch, ob die Gefahr von erheblichen Verlusten besteht.

## **b. Gefahr von erheblichen Verlusten**

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat die Bank den Kunden «z.B. bei einer wesentlichen Bonitätsverschlechterung eines Emittenten von im Depot liegenden Obligationen» zu warnen.<sup>542</sup> Durch die Warnung der sorgfältigen und die Interessen des Kunden wahren Bank erhält der Kunde die Möglichkeit zur Erteilung einer Weisung, wie auf den drohenden Kursverlust reagiert werden soll. Als Reaktion kommen Veräusserungen oder der Widerruf des Mandates in Betracht.

Nicht abschliessend geklärt ist die Frage der Schwelle, wann sich ein erheblicher Verlust abzeichnet. Richtigerweise orientiert sich die Einschätzung der Erheblichkeit des Verlusts an der verfolgten Anlagestrategie.<sup>543</sup> Je nach Ausgestaltung der Strategie ist die Verlustschwelle eine andere. Hierzu orientiert sich die Bank an der eingeholten Information zur Risikofreudigkeit des Kunden. D. h. je risikoreicher die Strategie ist, desto höher kann auch die Schwelle für das Vorliegen eines erheblichen Verlusts sein. Demnach ist bei einer konservativen Anlage, welche auf Kapitalerhalt ausgerichtet ist, ein Verlust von 5 % des Gesamtportfolios gegenüber dem Stand des Depots am Ende des Vorjahres bereits erheblich.<sup>544</sup> Bei risikoreichen Anlagestrategien kann hingegen erst ab einem Verlust von 20 % des Gesamtdepotwertes – gemessen am Vermögensstand der letzten ordentlichen Berichterstattung – von einer Warnpflicht ausgegangen werden. Die Verlustschwelle bei einer ausgewogenen Anlagestrategie liegt dazwischen und entsprechend zwischen 10 bis 15 %.<sup>545</sup>

Zudem kann es bei bestimmten Mandaten, wie bspw. einem *Relative Return*-Mandat, für die Verlustschwelle entscheidend sein, ob die Performance stark von derjenigen des Benchmark-Portfolios abweicht. Erzielt nämlich ein *Relative Return*-Mandat eine zwar stark negative Performance, welche sich jedoch im Rahmen der Benchmark-Entwicklung bewegt, und führt diese Entwicklung noch nicht dazu, dass bei sorgfältiger Tätigkeit vom Kunden neue Instruktionen einzuholen sind, kann der Kunde im

---

<sup>542</sup> BGer 4A\_525/2011 vom 3. Februar 2012, E. 8.1.

<sup>543</sup> Aus der deutschen Lehre SETHE, Anlegerschutz, S. 914 f.

<sup>544</sup> Aus der deutschen Lehre SETHE, Anlegerschutz, S. 914 f.

<sup>545</sup> SCHALLER, Handbuch, Rz 333; mit Bezug auf deutsches Recht bereits SETHE, Anlegerschutz, S. 914 f.; ebenso ELLENBERGER, Vermögensverwaltungshandbuch, § 13, Rz 6.

Rahmen des periodischen Reportings darüber informiert werden.<sup>546</sup> Überdies ist ebenso die Dauer der Überschreitung einer Verlustschwelle entscheidend.<sup>547</sup>

### 3. Zwischenfazit

Im Sinne eines Zwischenfazits lässt sich festhalten, dass die Bank gestützt auf die Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR bei Vorliegen bestimmter Umstände gegenüber dem Kunden unaufgefordert zur Aufklärung, Warnung oder Beratung verpflichtet ist. Eine allgemeine, umfassende unaufgeforderte Informationspflicht besteht gegenüber dem Kunden indessen nicht. Zudem ergeben sich Informationspflichten in Bezug auf einzelne Aspekte direkt aus dem E-FIDLEG.

Zivilrechtlich ist das Vorliegen einer «unbilligen» Informationsasymmetrie entscheidend, welche sich aufgrund eines Wissensvorsprungs der Bank und eines Wissensdefizits des Kunden ergibt. Im Bereich der vorliegend interessierenden Finanzdienstleistungen wurden bezüglich des Inhalts der Informationspflicht drei Kategorien gebildet.

Die erste Kategorie umfasst die Information über jene dem Kunden unbekanntem Tatsachen, die in direktem Zusammenhang mit dem Dienstleistungsvertrag stehen. Im Einzelnen bezweckt sie den Ausgleich von Informationsdefiziten in Bezug auf die Fähigkeiten der Bank, die Anlagemöglichkeiten und damit verbundene Risiken und Kosten.

Die zweite Kategorie dient dem Ausgleich von Informationsdefiziten im Bereich der Interessens- und Pflichtenkollisionen. Im Allgemeinen sind Interessenkonflikte zu vermeiden oder alternativ gegenüber dem Kunden unaufgefordert offenzulegen. Lehre und Rechtsprechung haben insbesondere die Thematik der Drittvergütungen und Retrozessionen konkretisiert.

Weniger eindeutig gestaltet sich die Rechtslage bei Kollisionen von zivilrechtlichen Pflichten mit gesetzlichen Meldepflichten, und zwar insbesondere in Fällen, in denen der Gesetzgeber die Interessenabwägung nicht übernommen hat. Dabei kollidiert etwa die auftragsrechtliche Treueverpflichtung zur Wahrung der Kundeninteressen

---

<sup>546</sup> ABEGGLEN, Vermögensverwaltung III, S. 52; vgl. dazu § 10.

<sup>547</sup> Vgl. SCHALLER, Handbuch, Rz 335, der eine Warnpflicht bejaht, wenn die Kursschwankungen über 24 Stunden bestehen und zwar selbst dann, wenn sich diese während dieser 24 Stunden teilweise beruhigen; *anderer Meinung* aus der deutschen Lehre SETHE, Anlegerschutz, S. 915, der erst eine Warnpflicht bejaht, wenn das Erreichen des Grenzwertes länger als einen Börsentag andauert.

mit der gesetzlichen Verpflichtung zur Meldung und Weitergabe von Bankkundeninformationen. Es wurde festgestellt, dass auch in diesen Konstellationen eine unaufgeforderte Information des Kunden gestützt auf Art. 398 Abs. 2 OR über die Eckwerte und die Grössenordnung der gesetzlichen Meldepflichten möglich ist. Eine solche Offenlegung gebietet sich insbesondere auch aufgrund von Untersuchungen, die belegen, dass der Kunde den Schutz der persönlichen Daten höher gewichtet als die Transparenz über die mit der Finanzdienstleistung verbundenen Kosten und Risiken.<sup>548</sup> Daraus kann zumindest ansatzweise geschlossen werden, dass der Kunde Transparenz in Zusammenhang mit der Datenweitergabe nicht weniger erwartet als diejenige in Bezug auf Kosten und Risiken.<sup>549</sup> Voraussetzung für die unaufgeforderte Informationspflicht ist in diesem Zusammenhang ebenso, dass überhaupt eine «unbillige» Informationsasymmetrie vorliegt.

Die dritte Kategorie betrifft die Warnung bei unzweckmässigen Kundenweisungen und bei Gefahr von erheblichen Verlusten, wobei die Gemeinsamkeit darin liegt, dass ohne unaufgeforderte Information die Gefahr besteht, dass die Bank an der Schädigung des Kunden mitwirkt.

---

<sup>548</sup> HEIDEN, S. 86: «Um das Bankgeheimnis zu konkretisieren und dies in eine Einordnung mit anderen Erwartungen an eine Bank zu bringen, wurden den Teilnehmern fünf Erwartungen vorgegeben, die in ein Ranking gebracht werden mussten. Bei den Erwartungen, welche an eine Bank gestellt werden, wurde die «Geheimhaltung kundenrelevanter Informationen» mit einer sehr geringen Streuung auf Rang 1 gesetzt. Dies ist umso erstaunlicher, als die Bankkunden der Geheimhaltung mehr Bedeutung beimessen als der «Sicherheit ihrer Einlagen». Auch ist interessant, dass die vermeintlichen Marketing-Zugpferde «Konditionen» (Stichwort: keine Kontoführungsgebühren) und «Service und Zuverlässigkeit» beide als weniger wichtig angesehen werden als die sonstigen Erwartungen. Es könnte aber auch sein, dass die Marketingstrategen der Banken die ersten beiden Ränge bewusst nicht in der Werbung thematisieren, da diese von Bankenseite nicht bzw. nicht vollständig garantiert werden können.» *Vgl.* zur Methodik dieser empirischen Untersuchung S. 41 ff. *Siehe* auch FN 63.

<sup>549</sup> *Siehe* dazu § 14 und § 15.

Nachfolgende Tabelle liefert einen Überblick über den Inhalt möglicher Informationspflichten gegenüber dem Kunden:

<b><i>Vermittlung von Information gegenüber dem Kunden</i></b>		
<b><i>Inhalt der Information</i></b>	<b><i>Details</i></b>	<b><i>Rechtsgrundlagen</i></b>
Unbekannte Tatsachen	Fähigkeiten und Eigenschaften der Bank, Anlagemöglichkeiten, Kosten und Risiken der anvisierten Anlagestrategie	Art. 398 Abs. 2 OR, Art. 9 Abs. 1 und 2 E-FIDLEG
Interessenkonflikte und Pflichtenkollisionen	Drittvergütungen und Retrozessionen sowie Pflichtenkollisionen	Art. 398 Abs. 2 OR, Art. 27 und 28 E-FIDLEG
Schaffung eines Gefährdungstatbestands oder Gefahr, an Schädigung des Kunden mitzuwirken	Unzweckmässige Einzelweisungen und Gefahr bei erheblichen Verlusten	Art. 398 Abs. 2 OR, teilweise auch Art. 13 E-FIDLEG

*Tabelle 3: Übersicht unaufgeforderte Vermittlung von Informationen*

---

## Vierter Teil: Weitergabe von Bankkundeninformationen

Dieser Teil der vorliegenden Arbeit behandelt die Informationsweitergabepflichten der Bank gegenüber Behörden. Die grundsätzlich zur Verschwiegenheit verpflichteten Banken unterliegen verschiedenen Informationsweitergabepflichten, dies in Form von Offenlegungs-, Zeugnis-, Auskunft- oder Meldepflichten. Insofern entbindet auch Art. 47 Abs. 5 BankG die Bank von der Geheimhaltungspflicht dahingehend, dass «die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde» vorbehalten bleiben. Dieser Vorbehalt ist im Bereich einschlägiger bundesrechtlicher Grundlagen überflüssig und ergibt sich bereits aus Art. 14 StGB.<sup>550</sup>

Eine umfassende Erläuterung der für diese Arbeit grundsätzlich interessanten Informationspflichten gegenüber Behörden ist aufgrund des von raschen Veränderungen geprägten Umfelds unmöglich, dies auch, weil sich die Kadenz der lancierten Regulierungsinitiativen zunehmend erhöht. Darum legt diese Schrift den Fokus auf die Regulierung mit den grössten Auswirkungen auf den Schweizer Finanzplatz sowie auf die hier interessierende Thematik der Kundeninformationen und deren Weitergabe an Behörden. Demnach wird das Augenmerk auf die Meldepflichten im Rahmen der Geldwäschereiprävention, des *Foreign Account Tax Compliance Act* sowie des multilateralen internationalen Informationsaustausches gelegt.

---

<sup>550</sup> Art. 14 StGB: «Wer handelt, wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt, verhält sich rechtmässig, auch wenn die Tat nach diesem oder einem andern Gesetz mit Strafe bedroht ist.»



---

## § 12 Voraussetzungen der Meldepflichten

Im vorliegenden Kapitel wird auf die einzelnen Voraussetzungen der Meldepflichten nach GwG, FATCAG und AIAG eingegangen, wobei der Fokus auf der erforderlichen Verdachtsschwelle für die jeweiligen Meldepflichten liegt.

### 1. Meldepflicht nach GwG

Wenn die Bank weiss oder den begründeten Verdacht hat, dass in die Geschäftsbeziehung involvierte Vermögenwerte mit einer Straftat in Verbindung stehen, muss sie gemäss den Vorgaben des GwG Meldung an die *MROS* erstatten. Art. 9 Abs. 1 lit. a GwG enthält damit die unbestimmten Rechtsbegriffe «Wissen» und «begründeter Verdacht». Diese Rechtsbegriffe sind ungenau, so dass sie im Einzelfall zu interpretieren sind.<sup>551</sup> Wissen bedeutet, keine Zweifel zu haben.<sup>552</sup> DE CAPITANI hält dies etwas pointierter fest, indem unter Wissen die zweifelsfreie Kenntnis zu verstehen ist, die damit die dichteste mögliche Form des Verdachts darstellt.<sup>553</sup> Eine Definition der Anforderung an den begründeten Verdacht gestaltet sich jedoch schwieriger und hat dementsprechend Lehre wie auch Rechtsprechung beschäftigt.

Die GwG-Botschaft von 1996 erklärt hinsichtlich der Anforderungen an den begründeten Verdacht: «Der Verdacht muss nicht ein an Sicherheit grenzendes Ausmass annehmen. [...]. Ein Verdacht ist dann begründet, wenn er auf einem konkreten Hinweis oder mehreren Anhaltspunkten beruht, die einen verbrecherischen Ursprung der Vermögenwerte befürchten lassen.»<sup>554</sup> Daraus ergibt sich, dass der begründete Verdacht entweder durch einen konkreten Hinweis oder durch mehrere Anhaltspunkte definiert wird.

Der Bank müssen demnach für die Meldepflicht keine konkreten Kenntnisse vorliegen, d. h. ihr Verdacht muss nicht an Gewissheit grenzen.<sup>555</sup> Die Umstände, die einen Verdacht aufkommen lassen, sind vielfältig. Als Indizien gelten beispielsweise, wenn der Kunde die zeitliche Dringlichkeit einer Transaktion geltend macht, aber auch,

---

<sup>551</sup> FEDPOL, Praxis *MROS*, S. 31.

<sup>552</sup> BStGer SK 2017.54 vom 19. Dezember 2017, E. 2.2.3.1: «Savoir signifie que l'intermédiaire financier ne possède aucun doute sur l'existence de ce lien.»

<sup>553</sup> DE CAPITANI, Kommentar Geldwäscherei, § 8, 2. Kapitel, Art. 9 GwG, Rz 36.

<sup>554</sup> BBI 1996 III 1130.

<sup>555</sup> BStGer SK 2017.54 vom 19. Dezember 2017, E. 2.2.3.1: «S'agissant du soupçon, celui-ci n'a pas à atteindre un degré tel qu'il confine à la certitude.»

wenn es unmöglich ist, den Kunden zu kontaktieren, sowie wenn der Kunde die Bereitstellung der Informationen verweigert, die für die Klärung des wirtschaftlichen Hintergrunds der Transaktion notwendig sind.<sup>556</sup> Darüber hinaus gelten als Anhaltspunkte für eine verbrecherische Herkunft der Vermögenswerte ebenso wirtschaftlich unsinnige Konstruktionen, Durchlaufkonten oder wenn sich die Kenntnisse und Erfahrungen der Bank bezüglich des Kunden und bezüglich des Zwecks der Geschäftsbeziehung nicht vereinbaren lassen.<sup>557</sup> Liegen diese ersten Anhaltspunkte vor, gilt es im Rahmen von zusätzlichen Abklärungen herauszufinden, ob sich diese als konkrete Wahrnehmungen oder sogar als begründeten Verdacht bekräftigen lassen oder ob sie sich entkräften und die Geschäftsbeziehung nach entsprechender Dokumentation der Abklärungsergebnisse weitergeführt werden kann.<sup>558</sup>

Wann in der Praxis die erforderliche Schwelle des Verdachtsgrades für einen begründeten Verdacht explizit erreicht ist, muss einzelfallbezogen beurteilt werden.<sup>559</sup> Dabei ist es der Bank «weder möglich noch zumutbar, die Grenzziehung»<sup>560</sup> vorzunehmen, weswegen sie sich für die Ausübung der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 GwG aussprechen wird, wenn sie Zweifel daran hat, ob ihre Wahrnehmungen bereits einen begründeten Verdacht ausmachen.<sup>561</sup> Erstattet sie nämlich eine Meldung in gutem Glauben, kann sie ohnehin nicht wegen Verletzung des Amts-, Berufs- oder Geschäftsgeheimnisses belangt oder wegen Vertragsverletzung haftbar gemacht

---

<sup>556</sup> DE CAPITANI, Kommentar Geldwäscherei, § 8, 2. Kapitel, Art. 9 GwG, Rz 40 f.

<sup>557</sup> *Siehe* zu den Anhaltspunkten für Geldwäscherei Anhang GwV-FINMA.

<sup>558</sup> *Siehe* zum abgestuften Konzept der Verdachtsgrade BB1 1996 III 1131: «Das Melderecht nach Artikel 305<sup>ter</sup> Absatz 2 StGB und die Meldepflicht nach Artikel 9 des vorliegenden Geldwäschereigesetzes sind als Abstufungen innerhalb desselben Konzepts zu verstehen. Die Meldepflicht setzt das Wissen oder den begründeten Verdacht voraus, dass eine strafbare Handlung nach Artikel 305 StGB tatsächlich begangen wurde, während das Melderecht einen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund schafft für die Meldung von Indizien, wonach Vermögenswerte krimineller Herkunft sein könnten. Die verschiedenen Stufen des Verdachts des Finanzintermediärs bilden eine Palette, die vom unspezifischen Anhaltspunkt bis zur Gewissheit reicht.» *Siehe* für eine übersichtliche Darstellung der Ergänzung von Meldepflicht und Melderecht ORDOLLI, Blanchiment d'argent, S. 67 ff. und insb. S. 71.

<sup>559</sup> REINLE, S. 118.

<sup>560</sup> DE CAPITANI, Kommentar Geldwäscherei, § 8, 2. Kapitel, Art. 9 GwG, Rz 44.

<sup>561</sup> DE CAPITANI, Kommentar Geldwäscherei, § 8, 2. Kapitel, Art. 9 GwG, Rz 44; THELESKLAUF, Kommentar GwG, Art. 9 GwG, Rz 9: «Ein Verdacht ist folglich dann begründet, wenn er sich im Rahmen der Abklärungen nach GwG 6 als nicht unbegründet erweist.» *Kritisch* dazu, dass die Formulierung, wonach «nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren» den Erfordernissen von Art. 9 GwG genügen soll ZOLLINGER, SGHB Finanzmarktrecht, § 32, Rz 17.

werden.<sup>562</sup> Hingegen führt die ungerechtfertigte Nichtausübung der Meldepflicht zu einer Verletzung von Art. 37 GwG sowie Art. 305<sup>bis</sup> StGB.<sup>563</sup>

Neuerdings zeigt sich die Tendenz, dass ein Verdacht schneller als begründet gilt bzw. bereits ein «simple doute» für die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 GwG ausreicht.<sup>564</sup> Darüber hinaus ergibt sich dieser «simple doute» bereits, wenn die ersten Anhaltspunkte dafür, dass die Vermögenswerte mit einer Straftat in Verbindung stehen, sich nicht durch Abklärungen nach Art. 6 GwG widerlegen lassen.<sup>565</sup>

Die Schweiz unterlag von Seiten *FATF* jahrelanger Kritik, weil ihrer Meinung nach die Verdachtsschwelle zu hoch angesetzt war. In jüngster Zeit scheint nun die *FATF* eine Herabsetzung der notwendigen Verdachtsschwelle nach Art. 9 Abs. 1 GwG abzuleiten.<sup>566</sup> Dementsprechend lauten zumindest die Ausführungen im *FATF*-Länderbericht von 2016: «However, according to a more extensive conception of this notion that has been promoted by MROS and courts, a grounded suspicion exists as soon as there is a mere doubt as to the legal origin of assets.»<sup>567</sup>

Neben dem Erreichen der Verdachtsschwelle ist für das Entstehen einer Meldepflicht ebenso erforderlich, dass ein meldepflichtiger Sachverhalt vorliegt.<sup>568</sup> Der begründete Verdacht bezieht sich schliesslich gerade auf das Vorliegen des entsprechenden Sachverhalts.

Die meldepflichtigen Sachverhalte von Art. 9 Abs. 1 GwG haben sich seit Einführung des GwG am 1. Februar 1998 verändert, indem sie diverse Erweiterungen erfuh-

<sup>562</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 1 GwG.

<sup>563</sup> Interessant ist hier die Gegenüberstellung der Folgen bei Verletzung von Art. 37 GwG und derjenigen von Art. 47 Abs. BankG: Die Verletzung des Bankgeheimnisses nach Art. 47 BankG wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft und stellt damit ein Vergehen dar, unter Umständen sogar ein Verbrechen (Art. 47 Abs. 1<sup>bis</sup>). Hingegen kategorisiert Art. 37 GwG die Verletzung der Meldepflicht als Übertretung mit Bussenandrohung. Vgl. ZOLLINGER, SGHB Finanzmarktrecht, § 32, Rz 30 f.

<sup>564</sup> BGer 4A\_313/2008 vom 27. November 2008, E. 4.2.2.3; *bestätigend* BStrGer SK.2017.54 vom 19. Dezember 2017, E. 2.2.3.1.

<sup>565</sup> BStGer SK.2014.14 vom 18. März 2015, E. 4.5.1.1, S. 43 f.: «Ces circonstances sont recueillies au moyen des clarifications particulières effectuées par l'intermédiaire financier sur la base de l'art. 6 LBA [...]. Il s'ensuit qu'un soupçon sera toujours fondé lorsque ces clarifications particulières n'ont pas permis de renverser la présomption selon laquelle les valeurs patrimoniales sont liées à une infraction [...]» Vgl. auch E. 4.5.2.

<sup>566</sup> Vgl. *FATF*, Länderbericht Schweiz 2016, S. 194 f.

<sup>567</sup> *FATF*, Länderbericht Schweiz 2016, S. 194 f.; *siehe* auch SHK-LUCHSINGER, Art. 9 GwG, Rz 32 f., der die Ansicht der *MROS* und deren zugrundeliegenden Gerichtsent-scheide kritisch analysiert.

<sup>568</sup> SHK-LUCHSINGER, Art. 9 GwG, Rz 36.

ren. Bei Einführung des GwG beschränkte sich die Meldepflicht auf Vermögenswerte, welche aus einem Verbrechen herrühren, in Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung nach Art. 305<sup>bis</sup> StGB stehen sowie der Verfügungsmacht der organisierten Kriminalität unterliegen.<sup>569</sup>

Per 1. Januar 2016 wurde im Rahmen der letzten GwG-Revision mit Art. 9 Abs. 1 Bst. c GwG ein weiterer Meldetatbestand eingefügt.<sup>570</sup> Dieser sieht eine Meldepflicht vor, wenn der Finanzintermediär nach der Durchführung der nach Art. 6 Abs. 2 GwG erforderlichen Abklärungen weiss oder Grund zur Annahme hat, dass eine Person oder Organisation, welche sich auf einer von der FINMA, der ESBK oder einer SRO, gestützt auf Art. 22a Abs. 2 GwG, an den Finanzintermediär weitergeleiteten Liste befindet, entweder Vertragspartner, wirtschaftlich Berechtigter oder Zeichnungsberechtigter einer beim Finanzintermediär geführten Geschäftsbeziehung oder von ihm durchzuführenden Transaktion ist. Gleichzeitig wurde am 1. Januar 2016 der meldepflichtige Sachverhalt von Art. 9 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 GwG, der Vermögenswerte umfasst, die aus einem Verbrechen herrühren, erweitert. Die Erweiterung erfolgte dahingehend, dass neu auch Vermögenswerte, welche aus einem qualifizierten Steuerergehen i.S.v. Art. 305<sup>bis</sup> Ziff. 1<sup>bis</sup> StGB stammen, vom Sachverhalt erfasst sind.

<sup>571</sup>

---

<sup>569</sup> Vgl. BBl 1996 III 1130 f. und 1169. Am 1. Februar 2008 erfolgte insbesondere die Ergänzung der meldepflichtigen Sachverhalte um denjenigen der Terrorismusfinanzierung sowie die Erweiterung der Meldepflicht auf Vermögenswerte, welche nicht der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen, aber in Zusammenhang mit der kriminellen Organisation stehen. Vgl. Bundesgesetz zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière vom 3. Oktober 2008, AS 2009 361. Per 1. Februar 2009 wurde in Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 4 GwG ein meldepflichtiger Sachverhalt geschaffen, welcher Vermögenswerte betrifft, die nach begründetem Verdacht des Finanzintermediärs der Terrorismusfinanzierung dienen. Vgl. dazu AS 1998 892. Gemäss Botschaft ging diese Einführung einher mit der generellen Ausweitung der Bekämpfung der Geldwäscherei auf die Terrorismusfinanzierung im Nachgang zu den Ereignissen vom 11. September 2001, welche auch die FATF zu Handlungen veranlasste. Mit der gleichen GwG-Revision 2009 wurde in Art. 9 Abs. 1 lit. b GwG eine Meldepflicht eingeführt, welche vor Aufnahme einer Geschäftsbeziehung durch die Bank zur Anwendung gelangt. D. h. wenn die Bank Verhandlungen zur Aufnahme einer Geschäftsbeziehung wegen eines begründeten Verdachts nach lit. a abbricht. Dieser Meldetatbestand stellt insofern eine Ergänzung zu Art. 9 Abs. 1 Bst. a GwG dar, da für diese Meldepflicht der Bestand einer Geschäftsbeziehung vorausgesetzt wird. Vgl. BBl 2007 6285. Diese Erweiterung beruht auf der FATF-Empfehlungen Nr. 13 in Verbindung mit Nr. 5 von 2008.

<sup>570</sup> Vgl. BBl 2013 685.

<sup>571</sup> Vgl. BBl 2013 685.

## 2. Meldepflichtige Konten nach FATCAG

Die Meldepflicht nach Art. 10 Abs. 1 FATCAG umfasst nur «US-Konten». Als ein US-Konto gilt ein Finanzkonto, das von einem oder mehreren US-Kunden<sup>572</sup> gehalten wird.<sup>573</sup> Dessen ungeachtet wird ein Konto nicht als US-Konto behandelt, wenn es bei Anwendung der erforderlichen Sorgfaltspflichten nach Anhang I nicht als US-Konto identifiziert wird. Die Bank muss demnach die von ihr geführten Konten, die nicht von einer in der Schweiz ansässigen natürlichen Person gehalten werden, zuerst als US-Konten identifizieren.<sup>574</sup> Die erforderliche Verdachtsschwelle ergibt sich aus den Sorgfaltspflichten des Anhangs zum FATCA-Abkommen.<sup>575</sup>

Die Identifizierungspflichten von Anhang I des FATCA-Abkommens unterscheiden sich einerseits nach der Person des Kontoinhabers, wobei nachfolgend nur Konten natürlicher Personen behandelt werden. Andererseits gelten unterschiedliche Sorgfaltspflichten je nach Zeitpunkt der Eröffnung, ob ein Konto «vorbestehend» oder ein «neues» ist, sowie nach der Höhe des Saldos bzw. Wert des Kontos. Als vorbestehend gilt ein Konto, wenn es am 30. Juni 2014 bereits geführt wurde.<sup>576</sup> Als neu gilt wiederum ein Konto, wenn es am oder nach dem 1. Juli 2014 eröffnet wurde.<sup>577</sup>

<sup>572</sup> Unter FATCA erstrecken sich die Identifikations-, Informations- und Meldepflichten der Bank stets auf den Kontoinhaber. Als Kontoinhaber gilt gemäss Art. 2 Abs. 1 Ziff. 24 des FATCA-Abkommens diejenige Person, die vom kontoführenden schweizerischen Finanzinstitut als Inhaber eines Finanzkontos identifiziert ist. Vgl. auch Beurteilungen des FATCA-Qualifikationsgremiums, S. 36, wonach für FATCA-Zwecke die wirtschaftlich berechnete Person als Kontoinhaber gilt. Dies ist insbesondere für die Fälle relevant, bei denen eine natürliche Person ein Konto eröffnet und dabei auf dem Formular A angibt, dass eine andere Person wirtschaftlich berechnete ist. Nachfolgend wird jedoch aus sprachlichen Gründen weiterhin der Begriff «Kunde» verwendet.

<sup>573</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 1 Ziff. 20 FATCA-Abkommen.

<sup>574</sup> Art. 7 FATCAG; von der Identifizierungspflicht ausgenommen sind vorbestehende Individualkonten, die bereits für andere Zwecke, wie bspw. im Rahmen des *Qualified Intermediary*-Systems, dokumentiert wurden und dabei festgestellt worden ist, dass der Kontoinhaber weder US-Staatsbürger noch in den USA ansässig ist. Vgl. Abschn. II Unterabschn. F FATCA-Abkommen.

<sup>575</sup> Keine Sorgfalts- und Meldepflichten bestehen bspw. auf vorbestehende Individualkonten, die am 30. Juni 2014 einen Saldo von nicht mehr als USD 50'000.00 aufgewiesen haben (sog. *De-Minimis*-Regel). Vgl. «Nicht zu überprüfende, zu identifizierende oder zu meldende Konten», Anhang I Abschnitt II Unterabschn. A FATCA-Abkommen.

<sup>576</sup> Art. 2 Abs. 1 Ziff. 18 FATCA-Abkommen.

<sup>577</sup> Art. 2 Abs. 1 Ziff. 19 FATCA-Abkommen.

## 2.1 Identifikation von *US*-Konten unter den vorbestehenden Individualkonten

Für die Identifikation von vorbestehenden *US*-Konten natürlicher Personen wird wiederum danach unterschieden, ob es sich dabei um Konten mit «geringem» oder mit «hohem» Wert oder Saldo handelt.<sup>578</sup> Als Konto von geringem Wert oder Saldo gilt ein Konto im Umfang von mehr als USD 50'000.00, aber weniger als USD 1 Mio. Als Konto mit hohem Wert oder Saldo gilt ein Konto ab einem Saldo von mehr als USD 1 Mio. per 30. Juni 2014 oder per 31. Dezember eines Folgejahres.

### a. Konten mit geringem Wert

Bei vorbestehenden Individualkonten mit niedrigem Wert ist die Bank zu einem elektronischen Datensuchlauf verpflichtet. D. h. die Bank muss die von ihr gehaltenen elektronisch durchsuchbaren Bankkundendaten auf bestimmte *US*-Indizien überprüfen.<sup>579</sup>

Als Indizien gelten die Identifikation des Kontoinhabers als *US*-Staatsbürger oder als in den *USA* ansässige Person; ein unzweideutiger Hinweis auf einen Geburtsort in den *USA*; eine gegenwärtige Post- oder Wohnadresse in den Vereinigten Staaten (einschliesslich eines *US*-Postfachs oder eines «Per-Adresse»-Domizils); eine gegenwärtige *US*-Telefonnummer; ein Dauerauftrag für die Überweisung von Geldern auf ein in den Vereinigten Staaten geführtes Konto; eine gegenwärtig geltende Vollmacht oder Unterzeichnungsberechtigung zugunsten einer Person mit *US*-Adresse; oder eine Banklagernd-Adresse, welche die einzige Adresse ist, über die das rapportierende schweizerische Finanzinstitut für den Kontoinhaber verfügt.<sup>580</sup>

Stellt die Bank bei der Überprüfung der Konten mindestens eines der *US*-Indizien fest, sei dies ein Dauerauftrag für die Überweisung von Geldern auf ein in den *USA* geführtes Konto, muss die Bank die betroffenen Konten grundsätzlich als *US*-Konten behandeln.<sup>581</sup> Davon abweichen kann die Bank lediglich unter gewissen Umständen und bei Einholung zusätzlicher Informationen wie einer Eigenerklärung des betroffenen Kontoinhabers, wodurch der mutmassliche *US*-Bezug revidiert wird.<sup>582</sup> Von der

---

<sup>578</sup> Vgl. Anhang I Abschn. II Unterabschnitt B und C *FATCA*-Abkommen.

<sup>579</sup> Anhang I Abschn. II Unterabschn. B *FATCA*-Abkommen.

<sup>580</sup> Anhang I Abschn. II Unterabschn. B. Ziff. 1 lit. a–g *FATCA*-Abkommen.

<sup>581</sup> Anhang I Abschn. II Unterabschn. B Ziff. 3 *FATCA*-Abkommen.

<sup>582</sup> Anhang I Abschn. II. Unterabschn. B. Ziff. 4 *FATCA*-Abkommen; siehe zu den Anforderungen an die Eigenerklärung FN 592.

Meldepflicht nicht betroffen sind Konten, bei denen keine der *US*-Indizien festgestellt werden.

## **b. Konten mit hohem Wert**

Bei vorbestehenden Individualkonten mit hohem Wert ist ein erweitertes Überprüfungsverfahren vorzunehmen. Als erster Schritt wird wie bei den Konten mit niedrigem Wert ein elektronischer Datensuchlauf durchgeführt.<sup>583</sup> An die elektronischen Daten wird jedoch ein weiterer Anspruch gestellt und zwar müssen sie gewisse Informationen enthalten, ansonsten in einem zweiten Schritt zusätzlich auch physische Unterlagen durchsucht werden. Damit es nicht zur einer Durchsuchung der physischen Daten kommt, müssen die elektronischen Datenbestände folgende Angaben enthalten: die Nationalität oder die Ansässigkeit des Kontoinhabers; eine Wohn- und Zustelladresse; Telefonnummer(n); ob ein Dauerauftrag für die Überweisung von Geldern auf ein anderes Konto (einschliesslich auf ein Konto bei einer anderen Filiale des rapportierenden schweizerischen Finanzinstituts oder bei einem anderen Finanzinstitut) besteht; ob für den Kontoinhaber gegenwärtig ein «Per-Adresse»-Domizil oder eine Banklagernd-Adresse gilt; ob für das Konto eine Vollmacht oder Unterzeichnungsberechtigung besteht.<sup>584</sup>

Enthalten nun die elektronischen Datenbestände nicht alle diese Informationen, muss die Bank auch die bestehende Kundenstammdatei und, soweit die Informationen auch nicht in der Kundenstammdatei enthalten sind, zusätzliche – in den letzten fünf Jahren beschaffte Unterlagen – auf die oben umschriebenen *US*-Indizien überprüfen.<sup>585</sup> Beigezogen werden folgende Bankkundenunterlagen: die neuesten urkundlichen Belege, die in Zusammenhang mit dem Konto erhoben worden sind; der neueste Kontoeröffnungsvertrag oder -beleg; die neueste Dokumentation, die im Rahmen von *AML/KYC*-Verfahren<sup>586</sup> oder für andere regulatorische Zwecke beschafft worden ist; jede gegenwärtig in Kraft stehende Vollmacht oder Unterzeichnungsberechtigung; jeden gegenwärtig in Kraft stehenden Dauerauftrag betreffend die Überweisung von Geldern.

---

<sup>583</sup> Anhang I Abschn. II. Unterabschn. D Ziff. 1 *FATCA*-Abkommen.

<sup>584</sup> Anhang I Abschn. II. Unterabschn. D Ziff. 3 *FATCA*-Abkommen.

<sup>585</sup> Anhang I Abschn. II. Unterabschn. D Ziff. 2 *FATCA*-Abkommen.

<sup>586</sup> Der Ausdruck «*AML/KYC*-Verfahren» bedeutet die Sorgfaltspflicht bei der Identifizierung von Kunden einer Bank aufgrund von Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäscherei oder ähnlicher schweizerischer Anforderungen, denen die Bank unterliegt. *Vgl.* Anhang I Abschn. IV Unterabschn. B Ziff. 1 *FATCA*-Abkommen.

Neben Indizien in den genannten Unterlagen kann auch die tatsächliche Kenntnis eines Kundenbetreuers über einen *US*-Bezug einer seiner Kunden dazu führen, dass ein Konto als *US*-Konto behandelt wird.<sup>587</sup>

Wird im Rahmen des erweiterten Überprüfungsverfahrens bei einem Konto ein *US*-Indiz festgestellt, sei dies ein unzweideutiger Hinweis auf einen Geburtsort in den *USA*, eine Post- oder Wohnadresse in den *USA*, eine *US*-Telefonnummer oder ein Dauerauftrag für die Überweisung von Geldern auf ein in den *USA* geführtes Konto, muss die Bank dieses grundsätzlich als *US*-Konto behandeln und es entsprechend melden.<sup>588</sup> Es sei denn, der *US*-Bezug lässt sich durch die Einholung weiterer Kundeninformationen widerlegen.<sup>589</sup> Nicht der Meldepflicht unterstehen Konten, bei denen kein *US*-Indiz festgestellt wurde. Dies gilt solange, bis sich die Umstände ändern.<sup>590</sup>

## 2.2 Identifikation von *US*-Konten unter den neuen Individualkonten

Bei allen neuen Konten natürlicher Personen, die nicht unter den *De-Minimis*-Schwellenwert<sup>591</sup> fallen, muss sich die Bank bei Kontoeröffnung eine Eigenerklärung des Kunden beschaffen.<sup>592</sup> Durch die Eigenerklärung muss die Bank bestimmen, ob der Kontoinhaber steuerlich in den *USA* ansässig ist (ein *US*-Staatsbürger gilt für diese Zwecke als steuerlich in den *USA* ansässig, selbst wenn er auch in einem anderen Staat steuerlich ansässig ist). Zudem muss die Bank, gestützt auf die im Rahmen der Kontoeröffnung beschafften Informationen, einschliesslich der im Rahmen von *AML/KYC*-Verfahren beschafften Dokumentation, die Plausibilität einer solchen Eigenerklärung bestätigen.<sup>593</sup>

---

<sup>587</sup> Anhang I Abschn. II Unterabschn. B Ziff. 4 *FATCA*-Abkommen.

<sup>588</sup> Anhang I Abschn. II Unterabschn. B Ziff. 5 lit. b *FATCA*-Abkommen.

<sup>589</sup> *Vgl.* Anhang I Abschn. II Unterabschn. B Ziff. 4 *FATCA*-Abkommen.

<sup>590</sup> Anhang I Abschn. II Unterabschn. B Ziff. 5 lit. a *FATCA*-Abkommen.

<sup>591</sup> *Vgl.* Anhang I Abs. III Unterabschn. A Nr. 1 und 2 *FATCA*-Abkommens.

<sup>592</sup> Anhang I Abschn. III Unterabschn. B *FATCA*-Abkommen; bezüglich Verlass auf Eigenerklärungen und Urkundenbeweise gilt, dass sich die Bank nicht auf Eigenerklärungen oder Urkundenbeweise verlassen darf, wenn sie weiss oder annehmen muss, dass die Eigenerklärung oder die Urkundenbeweise unrichtig oder unzuverlässig sind. *Siehe* für die zusätzlichen Regeln und Begriffsbestimmungen Anhang I Abschn. VI Unterabschn. A *FATCA*-Abkommen.

<sup>593</sup> Anhang I Abschn. III Unterabschn. B *FATCA*-Abkommen; *siehe* auch Anhang I Abschn. III Unterabschn. D *FATCA*-Abkommen.

Ergibt die – entweder bei Kontoeröffnung oder spätestens innert 90 Tagen – eingeholte Eigenerklärung, dass der Kunde steuerlich in den *USA* ansässig ist, muss die Bank das Konto als identifiziertes *US*-Konto behandeln und entsprechend an den *IRS* melden. Dafür sind vom Kunden zusätzliche Informationen, wie dessen *US-Tax Identification Number* (nachfolgend *TIN*) sowie insbesondere seine Zustimmungserklärung für die Offenlegung gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. c *FATCA*-Abkommen, einzuholen. Bevor der Bank die Zustimmungserklärung vorliegt, darf sie das Konto nicht eröffnen.<sup>594</sup>

Ähnliches gilt, wenn bei einem Neukunden bereits die Eigenerklärung nicht oder nicht innert der 90-tägigen Frist eingeholt werden kann. Hier darf die Bank das betroffene Konto ebenso gar nicht erst eröffnen.<sup>595</sup>

### 3. Meldepflichtige Konten nach AIAG

Ähnlich wie bei *FATCA* besteht die Meldepflicht im Rahmen des AIA nur über identifizierte meldepflichtige Konten. Als «meldepflichtiges Konto» gilt ein Konto, das nach den Sorgfaltspflichten einer Bank als meldendes Finanzinstitut<sup>596</sup> als solches identifiziert wurde.<sup>597</sup> Die für die Meldepflicht erforderliche Verdachtsschwelle ergibt sich aus den Sorgfaltspflichten der Beilage zur AIA-Vereinbarung. Im Gegensatz zum Verfahren des *FATCA* besteht beim AIA für bestehende Konten kein *De-Minimis*-Schwellenwert.<sup>598</sup>

Davon abgesehen sind die Identifizierungspflichten im Rahmen des AIA ähnlich aufgebaut wie bei *FATCA* und unterscheiden sich ebenso nach der Person des Kontoinhabers, wobei nachfolgend nur Konten natürlicher Personen behandelt werden. Daneben gelten unterschiedliche Sorgfaltspflichten je nach Zeitpunkt der Eröffnung,

---

<sup>594</sup> Dies geht aus dem *FATCA*-Abkommen und dem *FATCAG* nicht direkt hervor, wurde jedoch im Rahmen der Beurteilungen des *FATCA*-Qualifikationsgremiums, S. 37, entsprechend beantwortet. *Vgl.* auch Art. 45 VSB 16.

<sup>595</sup> *Siehe* FN 594.

<sup>596</sup> *Vgl.* Abschn. I Unterabschn. 1 lit. d, wonach als ein «meldendes Finanzinstitut» ein Finanzinstitut gilt, bei dem es sich nicht um ein «nicht meldendes Finanzinstitut» handelt. *Vgl.* zur Definition der «nicht meldepflichtigen Finanzinstitute» Art. 3 AIAG.

<sup>597</sup> Abschn. I Unterabschn. 1 lit. e AIA-Vereinbarung.

<sup>598</sup> *Siehe* FN 575.

d. h. ob ein Konto «bestehend» bzw. ein «Neukonto»<sup>599</sup> ist, sowie nach der Höhe des Saldos bzw. Wert des Kontos.

### **3.1 Identifikation von meldepflichtigen Konten unter den bestehenden Konten natürlicher Personen**

Innerhalb des Überprüfungsverfahrens wird eine weitere Unterscheidung vorgenommen je nach Wert bzw. Saldo des Kontos. Es erfolgt eine Unterscheidung nach Konten von «geringem» oder solchen von «hohem» Wert. Als Konto von geringerem Wert gilt ein Konto, das am relevanten Stichtag<sup>600</sup> einen Gesamtsaldo oder Gesamtwert von höchstens CHF 1 Mio. aufweist.<sup>601</sup> Als Konto von hohem Wert gilt ein Konto, das zum gleichen Zeitpunkt einen Gesamtsaldo oder Gesamtwert von mehr als CHF 1 Mio. aufweist.<sup>602</sup>

#### **a. Konten mit geringem Wert**

Bei Konten mit geringem Wert kann ein vereinfachtes Verfahren zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten angewendet werden. Es gilt, die Ansässigkeit anhand einer mit

---

<sup>599</sup> Bezüglich der Einteilung der Konten in Bestandes- und Neukonten wird grundsätzlich auf das Datum der Anwendbarkeit des AIA mit einem Partnerstaat abgestellt. *Vgl.* Art. 2 Abs. 1 lit. i und j AIAG. Banken können jedoch den sog. *Wider Approach* anwenden mit der Folge, dass als Stichtag des Inkrafttretens des AIA am 1. Januar 2017 gilt. *Siehe* zur Möglichkeit des *Wider Approach* ESTV, Wegleitung AIA, Ziff. 10.4 Anhang 4. Dieser Stichtag tritt anstelle der unterschiedlichen Daten der Anwendbarkeit mit den Partnerstaaten. Somit qualifizieren sich sämtliche Konten, welche vor dem 1. Januar 2017 eröffnet wurden, als Bestandskonten. Konten, die ab dem 1. Januar 2017 eröffnet wurden und werden, stellen Neukonten dar. Dies gilt unabhängig davon, ob der Kontoinhaber per Stichtag in einem meldepflichtigen Staat oder in einem Drittstaat, mit welchem per Stichtag kein oder noch kein AIA-Abkommen besteht, ansässig ist. *Vgl.* ESTV, Wegleitung AIA, Ziff. 10.4.3.

<sup>600</sup> *Siehe* FN 599.

<sup>601</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. k AIAG.

<sup>602</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. l AIAG.

Belegen dokumentierten Hausanschrift (sog. Hausanschriftsverfahren<sup>603</sup>) oder mittels Suche nach Indizien in den elektronischen Datensätzen zu belegen.<sup>604</sup>

Die Identifizierung mittels Hausanschrift bedeutet, dass die Bank einen Kunden als im Staat der aktuellen Hausanschrift ansässig betrachten darf, wenn diese Anschrift bspw. auf einer Ansässigkeitsbescheinigung basiert oder aus einem von einer staatlichen Stelle ausgestellten Identifikationsdokument, wie einem gültigen Pass oder einer gültigen Identitätskarte, hervorgeht.<sup>605</sup>

Sind jedoch diese Voraussetzungen zur Bestimmung der Ansässigkeit mittels einer mit Belegen dokumentierten Hausanschrift nicht erfüllt, muss die Bank die Ansässigkeit mittels der elektronischen Indiziensuche bestimmen.<sup>606</sup> Die Bank hat ihre elektronischen Datensätze auf Indizien zu durchforschen, welche Hinweise auf eine Ansässigkeit liefern. Nebst der Identifizierung des Kontoinhabers als Ansässiger eines meldepflichtigen Staates kann eine aktuelle Post- oder Hausanschrift ein Indiz sein.<sup>607</sup> Enthält das Kundendossier eine Telefonnummer eines meldepflichtigen Staates und keine Telefonnummer im Staat des meldenden Finanzinstituts, bildet auch dieser Umstand ein Indiz für eine Ansässigkeit.<sup>608</sup> Weitere Indizien bilden Daueraufträge für Überweisungen auf ein in einem meldepflichtigen Staat geführtes Konto oder eine an eine Person mit Anschrift in einem meldepflichtigen Staat erteilte Vollmacht oder Zeichnungsberechtigung.<sup>609</sup> Daneben können auch ein Postlagerungsauftrag oder eine c/o-Adresse in einem meldepflichtigen Staat als Indiz verwendet werden, sofern dem Institut keine andere Adresse des Kontoinhabers vorliegt.<sup>610</sup>

---

<sup>603</sup> Im Rahmen des Hausanschriftsverfahrens gilt eine Adresse, die gestützt auf Art. 3 und 4 GwG mit einem Formular erhoben wurde, das darauf hinweist, dass die Erteilung einer falschen Auskunft mit Strafe bedroht wird, als auf Belegen beruhend. *Vgl.* Art. 11 Abs. 5 AIAG; *siehe* für Präzisierungen und Beispiele zum Hausanschriftsverfahren ESTV, Wegleitung AIA, S. 132–134.

<sup>604</sup> Abschn. III Unterabschn. B Nr. 1 und 2 Beilage zur AIA-Vereinbarung; BUNDESRAT, erläuternder Bericht AIA, S. 25.

<sup>605</sup> BUNDESRAT, erläuternder Bericht AIA, S. 26.

<sup>606</sup> Abschn. III Unterabschn. B Nr. 2 Beilage zur AIA-Vereinbarung; *siehe* für Präzisierungen und Beispiele zur Suche in den elektronischen Datensätzen ESTV, Wegleitung AIA, S. 134 ff.

<sup>607</sup> Abschn. III Unterabschn. B Nr. 2 lit. a und b Beilage zur AIA-Vereinbarung.

<sup>608</sup> Abschn. III Unterabschn. B Nr. 2 lit. c Beilage zur AIA-Vereinbarung.

<sup>609</sup> Abschn. III Unterabschn. B Nr. 2 lit. d und e Beilage zur AIA-Vereinbarung.

<sup>610</sup> Abschn. III Unterabschn. B Nr. 2 lit. f Beilage zur AIA-Vereinbarung; schweizerische Banken sind aus geldwäschereirechtlicher Sicht verpflichtet, Angaben über den effektiven Wohnsitz der natürlichen Person einzuholen. *Vgl.* Art. 7 Abs. 1 und Art. 10 VSB 16. Die Feststellung des Wohnsitzes entfällt einzig dann, wenn der Kunde aus einem Land stammt, in dem Wohnsitzadressen nicht verwendet werden. *Vgl.* Art. 7 Abs. 3 VSB.

Stellt die Bank Indizien mit Bezug zu einem AIA-Partnerstaat fest, sei dies bspw. eine Adresse, Telefonnummer, ein Dauerauftrag oder eine erteilte Vollmacht oder Zeichnungsberechtigung, ist der Kunde dadurch als steuerpflichtige Person in jedem AIA-Partnerstaat, für den mindestens ein Indiz festgestellt worden ist, zu betrachten.<sup>611</sup> Ausnahme davon bildet der Umstand, wenn die Bank vom Kunden zusätzliche Informationen und Dokumente in Form einer Selbstauskunft oder Belegen beschafft, aus welchen hervorgeht, dass der Kunde keine Ansässigkeit in einem der AIA-Partnerstaaten hat.<sup>612</sup> Von der Meldepflicht ausgenommen sind Konten, bei denen im Rahmen der Durchsuchung der Kundendossiers keine der Indizien gefunden wurden.<sup>613</sup>

## **b. Konten mit hohem Wert**

Bei Konten mit aggregiertem Wert von über CHF 1 Mio. gelten erweiterte Sorgfaltspflichten.<sup>614</sup> Demnach ist die Suche in den elektronischen Datensätzen zu erweitern um die Suche in den Papierunterlagen sowie die Nachfrage beim Kundenberater nach den ihm bekannten Fakten bezüglich des Ansässigkeitsstatus des Kunden.<sup>615</sup> Das Hausanschriftenverfahren ist nicht anwendbar.<sup>616</sup>

Die Suche in elektronischen Datenbanken umfasst die Suche nach den bereits im vorhergehenden Kapitel erwähnten Indizien.<sup>617</sup> Sind ebendiese Informationen in den elektronischen Datenbanken nicht erfasst, so muss das Finanzinstitut die aktuelle physische Kundenstammakte auf die erwähnten Informationen prüfen.<sup>618</sup> Soweit auch im physischen Kundendossier die erwähnten Informationen nicht enthalten sind, ist die Suche fortzuführen. Es gilt diverse, in den letzten fünf Jahren beschaffte Dokumente, wie bspw. Belege oder Kontoeröffnungsverträge sowie auch weitere

---

<sup>611</sup> Abschn. III Unterabschn. B Nr. 4 Beilage zur AIA-Vereinbarung.

<sup>612</sup> Abschn. III Unterabschn. B Nr. 4–6 Beilage zur AIA-Vereinbarung.

<sup>613</sup> Abschn. III Unterabschn. B Nr. 3 Beilage zur AIA-Vereinbarung.

<sup>614</sup> Abschn. III Unterabschn. C Nr. 1–9 Beilage zur AIA-Vereinbarung; BUNDESRAT, erläuternder Bericht AIA, S. 26.

<sup>615</sup> Abschn. III Unterabschn. C Nr. 1, 2 und 4 Beilage zur AIA-Vereinbarung; im Rahmen der Wissensabfrage bestätigt der Kundenberater, dass ihm kein anderes oder zusätzliches massgebliches Steuerdomizil als das in den Systemen der Bank für AIA-Zwecke erfasste Steuerdomizil bekannt ist sowie dass er keine Gründe zur Annahme hat, dass das in den Systemen erfasste Steuerdomizil nicht korrekt ist. *Siehe* dazu ESTV, Wegleitung AIA, S. 139 f.

<sup>616</sup> BUNDESRAT, erläuternder Bericht AIA, S. 26.

<sup>617</sup> *Vgl.* dazu § 12 3.1 a.

<sup>618</sup> Abschn. III Unterabschn. C Nr. 2 Beilage zur AIA-Vereinbarung.

Unterlagen, welche aufgrund von Verfahren zur Geldwäschereibekämpfung beschafft wurden, zu überprüfen.<sup>619</sup>

Stellt die Bank im Rahmen der Identifizierungsverfahren ein Indiz mit Bezug zu einem AIA-Partnerstaat fest, sei dies bspw. die Post- oder Hausanschrift, die Telefonnummern oder eine Vollmacht oder Zeichnungsberechtigung, führt dies dazu, dass sie das Konto für jeden AIA-Partnerstaat, für den mindestens ein Indiz festgestellt worden ist, als meldepflichtiges Konto betrachten muss.<sup>620</sup> Von der Meldepflicht ausgenommen sind nur Konten, bei denen weder bei der erweiterten Überprüfung noch bei der Befragung des Kundenbetreuers Indizien festgestellt wurden.<sup>621</sup>

### **3.2 Identifikation von meldepflichtigen Konten unter den Neukonten natürlicher Personen**

Während die Verfahren bei bestehenden Konten primär auf bereits bei der Bank vorhandene Informationen über den Kunden und die Geschäftsbeziehung in den elektronischen Datensätzen und/oder Papierunterlagen abzielen, bedarf es bei Neukonten der Einholung zusätzlicher Informationen.<sup>622</sup> Dementsprechend sieht die AIA-Vereinbarung bei Neukonten natürlicher Personen die Einholung einer Selbstauskunft im Rahmen der Kontoeröffnung vor, wobei für alle Neukonten natürlicher Personen dieselben Sorgfaltspflichten gelten, d. h. ohne Kategorisierung nach Konten mit geringem oder hohem Wert.<sup>623</sup> Die Selbstauskunft bildet Bestandteil der Kontoeröffnungsunterlagen und muss es der Bank ermöglichen, die steuerliche Ansässigkeit des Kunden festzustellen. Dabei stützt sich die initiale Selbstauskunft des Kunden auf das zivilrechtliche Verhältnis zwischen ihm und der Bank.<sup>624</sup>

Die Selbstauskunft des Kunden wird sodann auf ihre Plausibilität hin überprüft. Hierfür werden alle von der Bank beschafften Informationen, einschliesslich der

---

<sup>619</sup> Abschn. III Unterabschn. C Nr. 2 lit. a–e Beilage zur AIA-Vereinbarung.

<sup>620</sup> Abschn. III Unterabsch. C Nr. 5 lit. b Beilage zur AIA-Vereinbarung.

<sup>621</sup> Abschn. III Unterabsch. C Nr. 5 lit. a Beilage zur AIA-Vereinbarung.

<sup>622</sup> *Siehe* zur Einteilung in Bestandes- und Neukonten FN 599.

<sup>623</sup> Abschn. IV Unterabschn. A Beilage zur AIA-Vereinbarung; Art. 11 Abs. 1 AIAG; *vgl.* für die Konsequenzen einer falschen Selbstauskunft Art. 35 AIAG.

<sup>624</sup> Das AIAG enthält keine allgemeine Verpflichtung zur Abgabe einer Selbstauskunft. Eine Mitteilungspflicht besteht einzig bei einer Änderung der Gegebenheiten bei Selbstauskünften, *vgl.* Art. 18 AIAG. Dabei wird das Unterbleiben dieser Aktualisierung wie auch eine falsche Selbstauskunft unter Strafe gestellt, *vgl.* Art. 35 AIAG. Davon ist die Weigerung, überhaupt eine Auskunft abzugeben, durch die Strafnorm nicht berührt, *siehe* BBl 2015, S. 5513.

aufgrund von Verfahren zur Bekämpfung der Geldwäscherei erfassten Unterlagen, beigezogen.<sup>625</sup> Sofern im Rahmen der Kontoeröffnung und nach der Überprüfung aller Informationen, welche in Zusammenhang mit der Kontoeröffnung erfasst wurden, keine Kenntnis oder keine Gründe zur Annahme vorliegen, dass die Selbstauskunft nicht zutreffend oder unglaubwürdig ist, kann die Plausibilität der Selbstauskunft von der Bank als bestätigt erachtet werden.<sup>626</sup> Besteht jedoch die Selbstauskunft die Plausibilitätsprüfung nicht, muss die Bank eine gültige Selbstauskunft oder eine plausible Erklärung bzw. Unterlagen beschaffen, welche die Plausibilität der bestehenden Selbstauskunft bestätigen. Können diese Dokumente nicht eingeholt werden, darf die Bank die Selbstauskunft nicht akzeptieren.<sup>627</sup> Die Kontoeröffnung wird in solchen Fällen unterbunden bzw. das Konto nach Ablauf von 90 Tagen nach Eröffnung für alle Zu- und Abgänge gesperrt, bis der Bank die notwendigen Informationen vorliegen.<sup>628</sup>

Eine gültige Selbstauskunft ist vom Kontoinhaber mit Unterschrift und Datum zu versehen sowie mit Angaben zu Name, Wohnadresse, Staat(en) der steuerlichen Ansässigkeit, Steueridentifikationsnummer(n)<sup>629</sup> und Geburtsdatum zu vervollständigen.<sup>630</sup>

Der Kunde, welcher eine Selbstauskunft erteilt hat, muss der Bank bei einer Änderung der Gegebenheiten<sup>631</sup> die neu zutreffenden Angaben im Rahmen der Selbstauskunft mitteilen, dabei obliegt ihm eine Mitteilungspflicht.<sup>632</sup> Die Selbstauskunft ist

---

<sup>625</sup> Abschn. IV Unterabschn. A Beilage zur AIA-Vereinbarung.

<sup>626</sup> ESTV, Wegleitung AIA, S. 148.

<sup>627</sup> ESTV, Wegleitung AIA, S. 148 Beispiel 158; *siehe* zu plausiblen Erklärungen OECD-Kommentar zur Beilage der AIA-Vereinbarung, S. 133 und 134, Rz 24 und 25.

<sup>628</sup> Art. 11 Abs. 9 AIAG; vorbehalten bleibt die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 GwG, *vgl.* dazu § 12 1 und § 13 1.

<sup>629</sup> Liegt lediglich die Steueridentifikationsnummer nicht vor, muss das Konto nicht allein deshalb für Zu- und Abgänge gesperrt werden, *vgl.* Art. 27 AIAV. Die Bank ist jedoch verpflichtet, angemessene Anstrengungen zu unternehmen, um die Steueridentifikationsnummer zu beschaffen, *vgl.* Art. 11 Abs. 2 AIAV; *siehe* zum Ganzen ESTV, Wegleitung AIA, S. 18 f.

<sup>630</sup> Abschn. IV Unterabschn. B Beilage zur AIA-Vereinbarung; BUNDESRAT, erläuternder Bericht AIA, S. 27; zur Ausnahme der Nichteinholung der Steueridentifikationsnummer, *vgl.* Abschn. I Unterabschn. D Beilage zur AIA-Vereinbarung; *siehe* zu Voraussetzungen für die Gültigkeit einer Selbstauskunft ESTV, Wegleitung AIA, S. 144; *siehe* zu den zivilrechtlichen Anforderungen an die Self-Certification EGGEN/DÖBELI, SBT 2016, S. 67–110.

<sup>631</sup> *Siehe* für die allgemeinen Regeln bei Änderung der Gegebenheiten ESTV, Wegleitung AIA, S. 187 Anhang 5.

<sup>632</sup> Art. 18 AIAG.

ferner nur gültig, «bis eine Änderung der Gegebenheiten eintritt, aufgrund derer dem meldenden Finanzinstitut bekannt ist oder bekannt sein müsste, dass die ursprüngliche Selbstauskunft nicht zutreffend oder unglaubwürdig ist». <sup>633</sup> Die Bank darf sich in diesen Fällen nicht auf die ursprüngliche Selbstauskunft verlassen, sondern sie muss eine gültige Selbstauskunft beschaffen, aus der die aktuelle steuerliche Ansässigkeit hervorgeht. <sup>634</sup> Die Verantwortung zur Aktualisierung der bei der Bank dokumentierten Angaben liegt nicht nur bei ihr, sondern auch bei der Person, welche die Selbstauskunft abgegeben hat. <sup>635</sup>

Geht aus der (plausiblen) Selbstauskunft eine steuerliche Ansässigkeit des Kontoinhabers in einem meldepflichtigen Staat hervor, muss die meldende Bank das Konto als meldepflichtiges Konto betrachten. <sup>636</sup>

## 4. Zwischenfazit

Im Rahmen der Geldwäschereiprävention wurden die Anforderungen an die erforderliche Verdachtsschwelle für die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 GwG seit deren Einführung am 1. April 1998 herabgesetzt. Dies geht aus dem *FATF*-Länderbericht von 2016 hervor, der sich auf das Verständnis der *MROS* sowie auf jüngere Gerichtsentscheide stützt. Gleichzeitig wurde der meldepflichtige Sachverhalt, überwiegend aufgrund internationaler Bestrebungen, mehrfach erweitert und ausgebaut. Eine tiefere Verdachtsschwelle führt in Zusammenhang mit einer Erweiterung des meldepflichtigen Sachverhalts konsequenterweise zu einer Zunahme der Anzahl Meldungen. Der Straf- und Haftungsschluss bei einer Meldung in gutem Glauben sowie die Strafandrohung bei fahrlässiger Nichtausübung der Meldepflicht verstärken diese Tendenzen nochmals.

Die erforderliche Verdachtsschwelle für eine Meldepflicht im Rahmen von *FATCA* und des *AIA* ist noch tiefer angesetzt, so genügt bei Bestandeskonten bereits ein Indiz für eine steuerliche Ansässigkeit in den *USA* bzw. in einem *AIA*-Partnerstaat. Als Indizien gelten unter Umständen bereits Post- oder Hausanschriften, Telefonnummern, oder ein Dauerauftrag für Überweisungen auf ein in einem meldepflichtigen Staat geführtes Konto.

---

<sup>633</sup> Abschn. IV Unterabschn. C Beilage zur *AIA*-Vereinbarung.

<sup>634</sup> Abschn. IV Unterabschn. C Beilage zur *AIA*-Vereinbarung.

<sup>635</sup> BUNDESRAT, erläuternder Bericht *AIA*, S. 27.

<sup>636</sup> Abschn. IV Unterabschn. B Beilage zur *AIA*-Vereinbarung.

Darüber hinaus sind die für die Identifizierung beizuziehenden Datenmengen erheblich, sie reichen von bereits vorhandenen Kundeninformationen bis hin zur Einholung zusätzlicher Informationen beim Kunden und schliesslich werden auch Kundenberater befragt. Deshalb ist davon auszugehen, dass auch Informationen, welche der Kundenberater im Laufe der Geschäftsbeziehungen, sei es bewusst, zufällig oder im Rahmen von *Smalltalk* erhalten hat, in die Indiziensuche miteingeschlossen werden.

## § 13 Umfang der Meldepflichten

Nachfolgend wird auf den Umfang der weiterzugebenden Informationen sowie auf allfällige weitere mit der Meldung einhergehende behördliche Massnahmen eingegangen.

### 1. Meldepflicht bei begründetem Verdacht nach GwG

Die GwG-Meldung an die *MROS* enthält diverse Informationen, beginnend mit den Angaben zur Bank.<sup>637</sup> Dazu kommen die zur Identifikation der Vertragspartei erforderlichen Angaben nach Massgabe von Art. 3 GwG wie Name und Vorname, Wohnsitzadresse, Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit sowie, falls bekannt, Heimatort, Telefon, Fax und Beruf; die zur Identifikation der wirtschaftlich berechtigten Person erforderlichen Angaben nach Massgabe von Art. 4 GwG; Angaben zu weiteren Personen, die zeichnungsberechtigt oder zur Vertretung der Vertragspartei bei der Bank befugt sind; der Vermögensstatus des Kunden per Meldedatum; eine möglichst genaue Darlegung des Vorgangs, welcher zur Meldung veranlasst hat; sowie eine möglichst genaue Darlegung der Verdachtsmomente, auf die sich die Meldung stützt.<sup>638</sup> Die Unterlagen zu den Finanztransaktionen und über die getroffenen erforderlichen Abklärungen sowie jegliche weitere Belege müssen der Meldung beiliegen.

#### 1.1 Kundenaufträge und Vermögenssperre

Während der Analyse durch die *MROS* nach Art. 23 Abs. 2 GwG führt die Bank Kundenaufträge, die nach Art. 9 Abs. 1 lit. a GwG oder nach Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 2 StGB gemeldete Vermögenswerte betreffen, aus.<sup>639</sup> Zu einer Vermögenssperre kommt es demnach erst, nachdem die *MROS* eine vertiefte Analyse durchgeführt hat. Dadurch ergibt sich zunächst eine Entkoppelung zwischen Meldung und Vermögenssperre; die Schweiz trägt damit der Kritik der *FATF* an ihrem System Rechnung. Durch eine

---

<sup>637</sup> Art. 9 Abs. 1<sup>ter</sup> GwG; Art. 3 MGwV.

<sup>638</sup> *Siehe* zum Meldeformular [www.fedpol.admin.ch](http://www.fedpol.admin.ch), «Meldeformular bei einer Verdachtsmeldung gemäss Art. 9 GwG», gefunden am 15. Dezember 2017 unter [https://www.fedpol.admin.ch/dam/data/fedpol/kriminalitaet/geldwaescherei/meldeformulare/9gwg/9\\_GwG\\_formular-d.pdf](https://www.fedpol.admin.ch/dam/data/fedpol/kriminalitaet/geldwaescherei/meldeformulare/9gwg/9_GwG_formular-d.pdf).

<sup>639</sup> Art. 9a GwG.

automatische Sperre könnte der Kunde, der einen Auftrag erteilt hat und bemerkt, dass dieser nicht ausgeführt wird, Verdacht schöpfen, dass die Behörden über ihn informiert wurden.<sup>640</sup> Durch die Entkoppelung soll das sog. *tipping off*-Risiko vermindert werden.

Sobald die *MROS* der Bank mitteilt, dass sie die Meldung an eine Strafverfolgungsbehörde weiterleitet, sperrt die Bank die ihr anvertrauten Vermögenswerte, die mit der Meldung in Zusammenhang stehen.<sup>641</sup> Während der Vermögenssperre sind Verfügungen über die Vermögenswerte grundsätzlich zu unterbinden. Die Sperre bleibt solange aufrecht, bis eine Verfügung der zuständigen Strafverfolgungsbehörde eintrifft, höchstens jedoch fünf Werktage, berechnet ab dem Zeitpunkt der Mitteilung der *MROS*.<sup>642</sup>

## 1.2 Herausgabepflicht von zusätzlichen Informationen

Benötigt die Meldestelle zusätzliche Informationen für die Analyse einer bei ihr eingegangenen Meldung, sei es nach Art. 9 GwG oder nach Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 2 StGB, trifft die Bank auf Aufforderung hin eine Herausgabepflicht.<sup>643</sup> Dies beruht auf der Empfehlung 29 der *FATF* und entspricht grundsätzlich der Praxis der Meldestelle, Banken zur Vervollständigung bereits erstatteter Meldungen anzuhalten.<sup>644</sup> Eine Erweiterung besteht insofern, als die *MROS* Informationen auch bei Drittfinanzintermediären einfordern kann, selbst wenn diese selber keine Verdachtsmeldung erstattet haben.<sup>645</sup> Nach Art. 11a Abs. 2 GwG genügt allein der Umstand, dass die *MROS* bei der Analyse einer eingegangenen Meldung feststellt, dass neben der meldenden Bank weitere Finanzintermediäre an einer Transaktion oder Geschäftsbeziehung beteiligt sind, um diese zu verpflichten, alle mit dem Sachverhalt zusammenhängenden Informationen herauszugeben. Den Dritten trifft die Herausgabepflicht, auch wenn er selbst keinen Verdacht auf Geldwäscherei hat und dies zu einem Zeitpunkt, in dem noch nicht feststeht, ob der Verdacht überhaupt begründet ist.<sup>646</sup>

---

<sup>640</sup> BBl 2013 689.

<sup>641</sup> Art. 10 Abs. 1 GwG.

<sup>642</sup> Art. 10 Abs. 2 GwG; vgl. Art. 23 Abs. 5 und 6 GwG.

<sup>643</sup> Art. 11a GwG.

<sup>644</sup> *Siehe FATF*, Recommendations 2012–2017, No. 29, «Operational and Law Enforcement».

<sup>645</sup> *Vgl.* Art. 11a Abs. 2 GwG.

<sup>646</sup> *Kritisch* dazu KÜNZLE, S. 529 f.

Dazu kommt, dass der Umfang der zusätzlich herauszugebenden Informationen durch den Drittfinanzintermediär sehr beträchtlich ist. Von der Herausgabepflicht an die *MROS* nach Art. 11a Abs. 2 GwG betroffen sind alle mit einer Transaktion oder einer Geschäftsbeziehung zusammenhängenden Informationen, d. h. sämtliche Detailbelege und Unterlagen zum Kunden oder zu Transaktionen, soweit sie beim Drittfinanzintermediär vorhanden sind.

### 1.3 Internationaler Informationsaustausch

Auf internationalen Druck hin, insbesondere seitens der *FATF*, beinhaltet nun auch der Geldwäschereibereich einen internationalen Informationsaustausch. So forderte die *FATF* von den nationalen Meldestellen, dass diese sämtliche Informationen gegenseitig austauschen.<sup>647</sup>

Die Meldestelle wird nach Art. 30 Abs. 1 GwG befugt, alle Personendaten und übrigen Informationen, die bei ihr vorhanden sind oder von ihr gemäss GwG-Bestimmungen beschafft worden sind, an ausländische Meldestellen weiterzugeben. Die Weitergabe der Informationen darf nach Abs. 2 die Nennung des Kontoinhabers, der Kontonummern und die Kontosalidi, die Nennung der wirtschaftlich berechtigten Person sowie Angaben zu Transaktionen umfassen. Die Befugnis der *MROS* zur Weitergabe der Informationen ist an gewisse Voraussetzungen geknüpft.<sup>648</sup>

## 2. Meldepflicht über identifizierte *US*-Kunden nach FATCAG

Identifiziert die Bank im Rahmen ihrer Sorgfaltspflichten *US*-Konten<sup>649</sup>, ist sie zur Meldung bestimmter Informationen verpflichtet.<sup>650</sup> Wie die Berichterstattung zu erfolgen hat, ist vom jeweiligen Modell abhängig. Die *USA* stellen für die erleichterte Umsetzung von *FATCA* zwei Modelle für bilaterale Abkommen zur Verfügung.<sup>651</sup> Beim dem für Schweizer Banken anzuwendenden Modell 2 melden die Finanzinsti-

---

<sup>647</sup> Siehe *FATF*, Recommendations 2012–2017, No. 39–40, «International Cooperation».

<sup>648</sup> Vgl. für die Voraussetzungen an die Zusammenarbeit mit ausländischen Meldestellen Art. 30 Abs. 1 lit. a–e GwG; vgl. für den Umfang der Datenweitergabe Art. 30 Abs. 2 lit. a–d. Darüber hinaus ist auch die Weiterleitung durch die ausländische Meldestelle an eine Drittbehörde möglich, vgl. Art. 30 Abs. 4 GwG.

<sup>649</sup> Vgl. dazu § 12 2.

<sup>650</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. a *FATCA*-Abkommen; siehe auch Art. 10 Abs. 1 lit. a FATCAG.

<sup>651</sup> BBl 2013 3187; vgl. dazu § 5 2.2 c.

tute die Kontodaten aufgrund einer Zustimmungserklärung der Kunden direkt an den *IRS*.<sup>652</sup>

Die Meldung bei zustimmenden Kontoinhabern umfasst grundsätzlich folgende Informationen: Name und Adresse des Kunden, Informationen über die wirtschaftliche Berechtigung, eine Kopie des Formulars W-9 des *IRS* und/oder einige oder alle im Formular W-9 des *IRS* enthaltenen Daten, Kontoauszüge, die Höhe des bei der Bank deponierten Vermögens, die Höhe der Einkommen und Erträge sowie sonstige Informationen bezüglich der Beziehung, die vom *IRS* angefordert oder benötigt werden.<sup>653</sup>

Bei Kunden, die die Zustimmung nicht erteilen, erfolgt die Berichterstattung in aggregierter Form und ohne Namensnennung separat.<sup>654</sup> Die Bank meldet in diesem Fall (vorerst) lediglich das Gesamtvermögen dieser *US*-Konten. Auf der Basis der aggregierten Meldung kann die *US*-Steuerbehörde schliesslich mittels eines Amtshilfesuchs die Übermittlung von spezifischen Kunden- und Kontodaten verlangen, sofern dies im Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und den *USA* vorgesehen ist.<sup>655</sup>

---

<sup>652</sup> Vgl. zu den zwei Modellen § 5 2.2 c; siehe zum Modell 1 FN 764.

<sup>653</sup> *Unpräzise* BBl 2013 3187, wonach die Bank verpflichtet ist, «dem *IRS* periodisch über die Beziehungen mit diesen Kundinnen und Kunden zu rapportieren»; vgl. jedoch 26 U.S. Code § 1471 – Withholdable payments to foreign financial institutions, (c), S. 2344 f.; *ähnlich* ist bspw. auch das Formular «Ermächtigung zur Weitergabe von Daten an den Internal Revenue Service und die *US*-Depotbank der Bank» der Credit Suisse AG. Dabei ermächtigt der Kunde die Bank durch seine Unterschrift zur Weitergabe von folgenden Informationen: «Name und die Adresse des Kunden, Informationen zur wirtschaftlichen Berechtigung, eine Kopie des Formulars W-9 des *IRS* («Request for Taxpayer Identification Number and Certification») und/oder einige oder alle im Formular W-9 des *IRS* enthaltenen Daten, Kontoauszüge, die Höhe des bei der Bank deponierten Vermögens, die Höhe der Einkommen und Erträge sowie sonstige Informationen bezüglich der Beziehung, die vom *IRS* angefordert oder benötigt werden», siehe [www.credit-suisse.ch](http://www.credit-suisse.ch), gefunden am 6. Mai 2017 unter <https://www.credit-suisse.com/media/sites/fatca/docs/credit-suisse-switzerland-ltd/ermachtigung-des-kontoinhabers-de.pdf>; siehe auch BEAN/WRIGHT, S. 349 «The essence of FATCA is information reporting of account details for accounts in which the *IRS* has an interest. [...] Reporting information includes the name of the U.S. person, the related Tax Identification Number, the account number for each such account, the highest balance in such accounts for the prior year, and the gross proceeds from such accounts.»

<sup>654</sup> BBl 2013 3187.

<sup>655</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern von Einkommen vom 2. Oktober 1996.

### 3. Meldepflicht über identifizierte Konten nach AIAG

Nachdem die Bank gemäss den erläuterten Sorgfaltspflichten Informationen gesammelt und meldepflichtige Konten identifiziert hat<sup>656</sup>, übermittelt sie die identifizierten, meldepflichtigen Konten jährlich an die ESTV.<sup>657</sup> Anschliessend übermittelt die ESTV diese Informationen an die zuständigen Behörden der Partnerstaaten.<sup>658</sup>

Die für jedes meldepflichtige Konto auszutauschenden Informationen lassen sich in drei Kategorien (Identifikations-, Konto- sowie Finanzinformationen) unterteilen.

Die erste Kategorie dient der Identifikation des Kontoinhabers durch den empfangenden Staat. Grundsätzlich umfasst sie bei natürlichen Personen den Vor- und Nachnamen, die Adresse<sup>659</sup>, den oder die Staaten der steuerlichen Ansässigkeit<sup>660</sup>, die Steueridentifikationsnummer(n), das Geburtsdatum und gegebenenfalls den Geburtsort.<sup>661</sup> Der Geburtsort muss von der Bank nicht gemeldet werden, da nach schweizerischem Recht keine Verpflichtung besteht, diese Information zu beschaffen.<sup>662</sup> Als Steueridentifikationsnummern gelten diejenigen, welche dem Kontoinhaber von den meldepflichtigen Staaten, in welchen dieser steuerlich ansässig ist, zugeteilt wurden.<sup>663</sup> Grundsätzlich sind Banken eines teilnehmenden Staates zur Meldung der

<sup>656</sup> Vgl. dazu § 12 3.

<sup>657</sup> Art. 6 und 22 Amtshilfeübereinkommen; Abschn. 2 Unterabschn. 1.1 AIA-Vereinbarung; Abschn. I Unterabsch. A Beilage zur AIA-Vereinbarung Art. 15 Abs. 1 AIAG; diese Meldepflicht besteht ungeachtet der Informationspflicht gegenüber dem Kunden nach Art. 14 AIAG.

<sup>658</sup> Art. 15 Abs. 2 AIAG.

<sup>659</sup> Die zu meldende Adresse ist diejenige, welche die Bank für den Kontoinhaber nach Anwendung der Sorgfaltspflichten identifiziert hat. Die zu meldende Adresse liegt gewöhnlich im Staat der steuerlichen Ansässigkeit. Davon sind Abweichungen möglich, wenn bspw. eine Person in mehreren Staaten steuerlich ansässig ist oder eine Meldung aufgrund der Indiziensuche erfolgt.

<sup>660</sup> Die Bank meldet für jeden Kontoinhaber oder beherrschende Person die identifizierten Staaten der steuerlichen Ansässigkeit. Falls festgestellt wird, dass eine Person in mehreren Staaten steuerlich ansässig ist, sind sämtliche Staaten zu melden, sofern es sich dabei um meldepflichtige Staaten handelt. *Siehe* für Beispiele zur Feststellung der Staaten steuerlicher Ansässigkeit ESTV, Wegleitung AIA, S. 17.

<sup>661</sup> Abschn. 2 Unterabsch. 2 lit. a AIA-Vereinbarung; Abschn. I Unterabschn. A Nr. 1 Beilage zur AIA-Vereinbarung.

<sup>662</sup> ESTV, Wegleitung AIA, S. 15; BUNDESRAT, erläuternder Bericht AIA, S. 24.

<sup>663</sup> *Siehe* für einen Überblick zu den jeweiligen inländischen Regeln der AIA-Staaten zur Emission, Struktur, Verwendung und Gültigkeit der Steueridentifikationsnummern [www.oecd.com](http://www.oecd.com), «Tax identification numbers (TINs)», gefunden am 18. April 2017 unter [http://](http://www.oecd.com)

Steueridentifikationsnummer verpflichtet.<sup>664</sup> Davon abgesehen werden kann, wenn vom betreffenden meldepflichtigen Staat keine Steueridentifikationsnummern ausgegeben werden oder einzelnen Gruppen von Personen, wie bspw. Minderjährigen, keine Steueridentifikationsnummern zugeteilt werden sowie wenn das innerstaatliche Recht des betreffenden meldepflichtigen Staates nicht zur Erfassung einer Steueridentifikationsnummer verpflichtet wird.<sup>665</sup> Nach schweizerischem Recht sind Banken nicht zur Erfassung der Steueridentifikationsnummer verpflichtet. Eine Ausnahme davon bildet jedoch das *FATCA*-Abkommen. Demnach sind Banken nicht zur Meldung der Steueridentifikationsnummer verpflichtet, wenn diese zum Zeitpunkt, in dem das Konto als meldepflichtiges Konto identifiziert wurde, nicht bereits in den Unterlagen der meldenden Bank enthalten ist.<sup>666</sup> Bezüglich Meldung des Ausstellungsstaats der Steueridentifikationsnummer verhält es sich ähnlich. Eine Bank ist nicht verpflichtet diesen festzustellen. Ist er ihr aber bekannt, hat sie ihn zu melden. Ist der Ausstellungsstaat nicht bekannt, kann auf diese Angabe verzichtet werden.<sup>667</sup>

Die zweite Kategorie dient der Identifikation des Kontos und des Finanzinstituts, bei dem das Konto gehalten wird. Ausgetauscht werden die Kontonummer, der Name und die Adresse sowie gegebenenfalls die Identifikationsnummer der meldenden Bank.<sup>668</sup>

---

[www.oecd.org/tax/automatic-exchange/crs-implementation-and-assistance/tax-identification-numbers/#d.en.347759](http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/crs-implementation-and-assistance/tax-identification-numbers/#d.en.347759).

<sup>664</sup> Abschn. 1 Unterabschn. A Nr. 1 der Beilage zur AIA-Vereinbarung.

<sup>665</sup> *Siehe* für die Ausnahmen, bei denen die Steueridentifikationsnummer nicht gemeldet werden muss Abschn. 1 Unterabschn. C (bestehendes Konto) und Unterabschn. D (Neukonto) der Beilage zur AIA-Vereinbarung; *siehe* auch ESTV, Wegleitung AIA, S. 18.

<sup>666</sup> Bezüglich Neukonten konkretisiert das AIAG die Pflichten dahingehend, dass bei fehlenden Informationen, die nach dem anwendbaren Abkommen und dem AIAG notwendig sind, das betroffene Konto nach 90 Tagen für Zu- und Abgänge gesperrt wird, *siehe* Art. 11 Abs. 9 AIAG. Von dieser Bestimmung darf der Bundesrat explizit Ausnahmen regeln, *siehe* Art. 11 Abs. 10 AIAG. Schliesslich präzisiert Art. 27 AIAV die Sorgfaltpflichten bei Neukonten dahingehend, dass selbst, wenn nach 90 Tagen nach Eröffnung eines meldepflichtigen Kontos die Steueridentifikationsnummer des Kontoinhabers fehlt, das Konto nicht allein deshalb für Zu- und Abgänge gesperrt werden muss, *siehe* Art. 11 Abs. 1 AIAV. Die Bank ist jedoch verpflichtet, angemessene Anstrengungen zu unternehmen, um die Steueridentifikationsnummer zu beschaffen, *siehe* Art. 11 Abs. 2 AIAV; *siehe* zum Ganzen ESTV, Wegleitung AIA, S. 18 und 19.

<sup>667</sup> Die Bank hat dabei keine besonderen Anstrengungen zu unternehmen. *Vgl.* für Beispiele ESTV, Wegleitung AIA, S. 19.

<sup>668</sup> Abschn. I Unterabschn. A, Nr. 2 und Beilage zur AIA-Vereinbarung; ESTV, Wegleitung AIA, S. 22.

Unter Finanzinformationen werden die «Informationen in Bezug auf die im Konto stattfindende Tätigkeit» verstanden.<sup>669</sup> Diese der dritten Kategorie zuzuordnenden Informationen hängen überwiegend von der Art des Finanzkontos ab. Es wird zwischen Verwahrkonten, Einlagenkonten und anderen nach dem gemeinsamen Meldestandard nicht weiter definierten Konten unterschieden.<sup>670</sup> Die auszutauschenden Informationen umfassen jedoch für sämtliche Typen der Finanzkonten den Gesamtsaldo oder -wert. Daneben beinhalten die Finanzinformationen je nach Typ des Finanzkontos Zinsen, Dividenden, Einkünfte aus bestimmten Versicherungsprodukten, Verkaufserlöse aus Finanzvermögen und sonstige Einkünfte aus auf dem Konto gehaltenem Vermögen oder in Bezug auf das Konto geleistete Zahlungen.<sup>671</sup> In den Meldungen müssen die schweizerischen Finanzinstitute die Währung nennen, auf welche die Beträge lauten.<sup>672</sup> Ebenso möglich ist die Angabe der Beträge in der Währung, in der das Konto geführt wird, oder in der vom Kunden gewünschten Referenzwährung sowie in Schweizer Franken und *US-Dollar*.

#### 4. Zwischenfazit

Es lässt sich festhalten, dass aufgrund der einzelnen Meldepflichten sehr umfangreiche Bankkundeninformationen an Behörden weitergegeben werden, die von diesen Behörden unter Umständen nochmals weitergereicht werden können. Dadurch werden die Daten der Kontrolle, wie auch der Verantwortung des Datensammlers entzogen.

Während die GwG-Datenherausgabe – bei Vorliegen der Meldevoraussetzungen – jeden Kunden einer schweizerischen Bank treffen kann, sollten unter *FATCA* und dem AIA in der Schweiz steuerpflichtige Bankkunden, welche ihre Finanzkonten bei einer schweizerischen Bank halten, nicht automatisch gemeldet werden. Dies gilt unter der Bedingung, dass sich bei diesen Personen nicht doch Indizien für eine steuerliche Ansässigkeit in den *USA* bzw. in einem AIA-Partnerstaat feststellen lassen

---

<sup>669</sup> ESTV, Wegleitung AIA, S. 22.

<sup>670</sup> Abschn. I Unterabschn. A, Nr. 5, 6 und 7 Beilage zur AIA-Vereinbarung; *siehe* für Präzisierungen und Beispiele für jeden Finanzkonto-Typ ESTV, Wegleitung AIA, S. 22–41.

<sup>671</sup> Abschn. I Unterabschn. A, Nr. 4–7 Beilage zur AIA-Vereinbarung; *siehe* für die Präzisierung des Betrages und der Einordnung von Zahlungen Art. 22 AIAV; *siehe* für eine ganzheitliche Übersicht über die Kategorien und Ereignisse ESTV, Wegleitung AIA, S. 179 Anhang 2.

<sup>672</sup> Art. 26 Abs. 1 AIAV.

und sie nicht bspw. durch eine Stellung als wirtschaftlich berechtigte Person in eine Meldung involviert werden.

Nachfolgend findet sich in tabellarischer Form eine Übersicht dazu, welche Informationen im Rahmen der Meldepflichten nach GwG, FATCAG und AIAG an Behörden übermittelt werden.

<b>Meldepflicht nach Art. 9 GwG</b>		
<b>Art der Informationen und Dokumente</b>	<b>Details</b>	<b>Hintergrund der Informationen und Dokumente<sup>673</sup></b>
Angaben zur Geschäftsbeziehung	Ort der Geschäftsbeziehung bzw. Ort, wo sich der meldepflichtige Vorgang abgespielt hat, Konto- und Depotnummer(n)	Geldwäschereirechtliche Abklärungspflichten
Angaben zum Vertragspartner (bei natürlichen Personen)	Name, Vorname, Wohnsitzadresse, Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit und Heimatort, Telefon und Fax, Beruf, Identifikationsdokument und dessen Nummer, ausstellende Behörde, Ausstellungsdatum, Art und Ort der Korrespondenzzustellung, Angaben zu weiteren in die Meldung involvierte Dritte, Art des Kontos wie bspw. Einzel- oder Gemeinschaftskonto, Angaben zu weiteren Geschäftsbeziehungen des Vertragspartners, wie zusätzliche Konten und Depots	Geldwäschereirechtliche Identifikations- und Feststellungspflichten
Angaben zu Bevollmächtigten bzw. Zeichnungsberechtigten	Name, Vorname, Wohnsitzadresse, Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit und Heimatort	Geldwäschereirechtliche Dokumentationspflicht

<sup>673</sup> Vgl. dazu auch die Übersicht in Tabelle 1.

<b>Meldepflicht nach Art. 9 GwG</b>		
<b>Art der Informationen und Dokumente</b>	<b>Details</b>	<b>Hintergrund der Informationen und Dokumente</b> <sup>673</sup>
Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten	Name, Vorname, Wohnsitzadresse, Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit, Heimatort	Geldwäschereirechtliche Identifikations- und Feststellungspflichten
Angaben zum Auslöser für die Meldung	Bspw. Transaktionsmonitoring und -analyse, Presseartikel, Medienberichte, Informationen der Strafverfolgungsbehörden wie Editionsverfügungen, Informationen Dritter, konzerninterne Informationen, Terrorismusliste	Geldwäschereirechtliche Abklärungspflichten
Angaben zur Bank	Firma, Strasse, PLZ und Ort, Ansprechpartner, Telefon und Fax, Datum der Meldung	–
Unterlagen zur Eröffnung der Geschäftsbeziehung und Formalitäten mit den Angaben	Identifikationsdokumente, Formular A, Vollmachtnehmer bzw. Zeichnungsberechtigte etc.	Geldwäschereirechtliche Identifikations-, Feststellungs- und Dokumentationspflichten
Involvierte Vermögenswerte	Saldomeldung	Geldwäschereirechtliche Abklärungspflichten
Charakterisierung der Kundenbeziehung, Datum der Eröffnung bzw. Beendigung der Beziehung bzw. Saldierung von Konten, falls zutreffend		Geldwäschereirechtliche Abklärungspflichten
Dokumentierung der Verdachtsmomente	Bspw. Ausdruck von World Check-Einträgen, Presse- bzw. Medienartikel etc. oder andere greifbare Dokumente, z.B. allfällige Verfügungen von Strafverfolgungsbehörden	Geldwäschereirechtliche Abklärungspflichten

<b>Meldepflicht nach Art. 9 GwG</b>		
<b>Art der Informationen und Dokumente</b>	<b>Details</b>	<b>Hintergrund der Informationen und Dokumente<sup>673</sup></b>
Kontoauszüge und Detailbelege zur Dokumentation der verdächtigen Transaktionen		Geldwäschereirechtliche Abklärungspflichten

<b>Meldepflicht nach Art. 10 FATCAG</b>		
<b>Art der Informationen und Dokumente</b>	<b>Details</b>	<b>Hintergrund der Informationen und Dokumente<sup>674</sup></b>
Angaben zum Vertragspartner	Name, Vorname, Adresse des identifizierten US-Kunden	Geldwäschereirechtliche Identifikations- und Feststellungspflichten, FACTA-Gesetz, aber auch zivilrechtliche Bestimmungen
Angaben über die wirtschaftliche Berechtigung	Informationen zur wirtschaftlichen Berechtigung	Geldwäschereirechtliche Identifikations- und Feststellungspflichten
Kopie des Formulars W-9 des IRS («Request for Taxpayer Identification Number and Certification»)		FATCA-Abkommen
Angaben über Finanzen	Kontoauszüge, Höhe des bei der Bank deponierten Vermögens, die Höhe der Einkommen und Erträge	Geldwäschereirechtliche Abklärungspflichten sowie auch Pflichten zivilrechtlicher Natur
Sonstige Informationen bezüglich der Beziehung, die vom IRS angefordert oder benötigt werden		Geldwäschereirechtliche Identifikations-, Feststellungs- und Abklärungspflichten sowie auch weitere aufsichtsrechtliche und zivilrechtliche Bestimmungen

<sup>674</sup> Vgl. auch die Übersicht in Tabelle 1.

<b>Meldepflicht nach Art. 15 AIA</b>		
<b>Art der Informationen und Dokumente</b>	<b>Details</b>	<b>Hintergrund der Informationen und Dokumente<sup>675</sup></b>
Identifikationsinformationen des Kontoinhabers	Name, Vorname, Adresse, steuerliche Ansässigkeit, Steueridentifikationsnummer, Geburtsdatum und -ort	Geldwäschereirechtliche Identifikations-, Feststellungspflichten sowie Pflichten zivilrechtlicher Natur
Kontoinformationen	Kontonummer, Name, Adresse und Identifikationsnummer der Bank	–
Finanzinformationen	Gesamtsaldo oder -wert, je nach Typ des Finanzkontos Zinsen, Dividenden, Einkünfte und/oder Erlöse Währung	Geldwäschereirechtliche Abklärungspflichten sowie auch Pflichten zivilrechtlicher Natur

*Tabelle 4: Übersicht Weitergabe von Bankkundeninformationen*

<sup>675</sup> Vgl. auch die Übersicht in Tabelle 1.



---

## **Fünfter Teil: Banken im Spannungsfeld der Informationspflichten**

Wie eingangs aufgezeigt, besteht im Rahmen der Vermögensverwaltung und Anlageberatung eine Vielzahl von Informationspflichten. Im zweiten, dritten und vierten Teil dieser Arbeit wurden die relevanten Informationspflichten gegenüber beiden Seiten – gegenüber Kunden und Behörden – identifiziert. Die Pflichten der Bank gegenüber Kunden sowie Behörden verfolgen unterschiedliche Zwecke und Interessen: Bei auftragsrechtlichen Beziehungen, wie dies auf Vermögensverwaltungsverträge zutrifft, besteht eine konkrete Interessenwahrungspflicht dem Kunden gegenüber. Doch wird die Bank durch die Inkorporierung für staatliche Aufgaben, wie der Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung sowie der grenzüberschreitenden Steuerhinterziehung, gleichzeitig zum Hilfspolizisten des Staates und verfolgt dementsprechend öffentliche Interessen.

Die Informationspflichten der Bank gegenüber Kunden und Behörden sind komplex. Betreffen sie auch unterschiedliche Adressaten und befriedigen unterschiedliche Interessen, sind sie dennoch mit einer Tätigkeit – der Erbringung von Finanzdienstleistungen – verbunden und bedingen sich dadurch gegenseitig. Dreh- und Angelpunkt bilden Kundeninformationen.

Ein Spannungsfeld wird definiert als ein «Bereich mit unterschiedlichen, gegensätzlichen Kräften, die aufeinander einwirken, sich gegenseitig beeinflussen und auf diese Weise einen Zustand hervorrufen, der wie mit Spannung geladen zu sein scheint.»<sup>676</sup> Für Banken resultiert dieser Zustand aus den verschiedenen Verpflichtungen zum Sammeln und Weitergeben von Kundeninformationen. Dieses Spannungsfeld ist dogmatisch schwer einzuordnen, da ihm kollidierende Rechtspositionen zugrunde liegen und es durch verschiedene Interessen sowie Zwecke geprägt ist.

Im Folgenden wird ein Versuch unternommen, das Aufeinandereinwirken und das sich gegenseitige Beeinflussen der verschiedenen Informationspflichten der Bank aufzuzeigen. Der Fokus liegt auf der Kollision der gesetzlichen Meldepflichten mit auftragsrechtlichen Wesensmerkmalen. Dabei stehen das besondere Vertrauensverhältnis und die zivilrechtlichen Treuepflichten im Vordergrund. Anschliessend werden die Auswirkungen der Pflichtenkollisionen anhand der vertraglichen Ausgestal-

---

<sup>676</sup> *Siehe* [www.duden.de](http://www.duden.de), «Spannungsfeld», gefunden am 20. Dezember 2017 unter <https://www.duden.de/rechtschreibung/Spannungsfeld>.

tung aufgezeigt, bevor Massnahmen zum Schutz des Kundenvertrauens in die Bank herausgearbeitet werden.

---

## § 14 Kollisionen der gesetzlichen Meldepflichten mit Wesensmerkmalen des Auftragsrechtes

Im vorliegenden Kapitel wird das Spannungsfeld der Bank aufgrund verschiedener Informationspflichten und daraus resultierender Kollisionen erläutert. Eine Pflichtenkollision ist dann gegeben, wenn zwei oder mehrere Rechtspflichten in derselben Situation so zusammentreffen, dass der Verpflichtete keine von ihnen ohne Verletzung der anderen erfüllen kann.<sup>677</sup> Wird die Interessenabwägung zugunsten der gesetzlichen Meldepflichten und dementsprechend zulasten der zivilrechtlichen Pflichten entschieden, lässt dies die Frage aufkommen, was von der Rechtsbeziehung zwischen Bank und Kunde übrig bleibt, wenn zentrale Elemente des finanzmarktrechtlichen Auftrags ausgehöhlt werden.

### 1. Vertrauensverhältnis

#### 1.1 Kundenvertrauen in die Bank

Wie in § 4 des Grundlagen-Teils erläutert, zeichnet sich die Bank/Kundenbeziehung durch ein besonderes Vertrauensverhältnis aus. Das Kundenvertrauen in die Bank kann in Grundvertrauen, Integritätsvertrauen, praktisches Vertrauen sowie in strategisches Vertrauen unterteilt werden.<sup>678</sup> Bei Kundenbefragungen zum Thema Vertrauen werden diese oft danach gefragt, ob sie die Vermögenswerte bei der Bank als sicher einschätzen, ob die persönlichen und finanziellen Daten geschützt werden, ob Transparenz bei Kosten und Gebühren besteht sowie ob die Bank eine individualisierte, unvoreingenommene Beratung bietet.<sup>679</sup> Wenig überraschend basieren die Grundlagen des Kundenvertrauens schlicht auf der Erfüllung der grundlegendsten Erwartungen, nämlich dem Schutz von Vermögen und Identität.<sup>680</sup> Durch die Weitergabe von Bankkundeninformationen an Behörden ist schliesslich das Vertrauen des Kunden in die Integrität der Bank sowie in die Wahrung seiner Interessen am stärksten betroffen.

---

<sup>677</sup> *Siehe* FN 516.

<sup>678</sup> EMMENEGGER/DÖBELI, S. 753 f., die in Bezug auf die Vertrauensebenen im Bankgeschäft diese Unterteilung machen. *Siehe* dazu auch FN 53.

<sup>679</sup> *Siehe* EY, Banking Survey Schweiz, S. 10.

<sup>680</sup> EY, Consumer Trust, S. 4: «The foundations of trust are built on fulfilling the most basic expectation that consumers have of all financial institutions: to protect their money and identity.»

### a. Vertrauen in die Integrität der Bank

Integritätsvertrauen bezeichnet das Vertrauen des Kunden darauf, dass die Bank seine Privatsphäre schützt.<sup>681</sup> Der Schutz der persönlichen und finanziellen Daten ist für den Bankkunden von zentraler Bedeutung. Dies wurde mehrfach durch Kundenbefragungen und Untersuchungen bestätigt.<sup>682</sup> Die Privatsphäre des Kunden schützt die Bank einerseits dadurch, dass sie seine persönlichen und finanziellen Daten nicht weitergibt, und andererseits, indem sie diese Daten vor externen Angriffen bewahrt.<sup>683</sup>

Das Kundenvertrauen in die Integrität der Bank wie auch der Schutz der Privatsphäre geniessen rechtlichen Schutz. Der Schutz der Privatsphäre beruht auf dem Bankgeheimnis, welches wiederum seine Rechtsgrundlagen im Vertrags- sowie im Persönlichkeitsrecht, im Datenschutzgesetz, im Strafrecht wie auch im Aufsichtsrecht hat.<sup>684</sup>

### b. Vertrauen in die Wahrung der eigenen Interessen

Die zweite, vorliegend interessierende Vertrauensebene kann als strategisches Vertrauen bezeichnet werden.<sup>685</sup> Dabei geht es um das Vertrauen des Kunden in Bezug darauf, ob die Bank ihr Handeln an seinem Interesse ausrichtet. Durch Aufnahme der Geschäftsbeziehung setzt sich der Kunde gewissermassen Gefahren aus; er übergibt der Bank seine Vermögenswerte und legt persönliche Informationen offen. Zusätzlich kommt der Bank ein Handlungsspielraum zu und sie geniesst in vieler Hinsicht einen Wissensvorsprung gegenüber dem Kunden. Der Kunde vertraut darauf, dass

---

<sup>681</sup> EMMENEGGER/DÖBELI, S. 754.

<sup>682</sup> SBVG, Aktuelle Bankfragen, S. 32: «Es besteht ein grundsätzlicher Konsens darüber, dass finanzielle Daten der Bankkunden gegenüber Dritten geschützt werden sollen (Grafik 13): 87 % der befragten Schweizerinnen und Schweizer finden, dass dies gewährleistet und nur ein Zehntel denkt, dass dies nicht der Fall sein sollte. Diese Daten deuten darauf hin, dass das Prinzip der finanziellen Privatsphäre in der Schweiz stark verankert ist.» *Siehe* auch EY, Banking Survey Schweiz, S. 23, wonach 82 % der befragten Schweizer Bankkunden bei der Frage welche Merkmale bei der Entscheidung wichtig seien, ein Finanzprodukt und/oder -service von einem nicht traditionellen Finanzdienstleister zu erwerben, mit der «Sicherheit über den Schutz der persönlichen und finanziellen Informationen» geantwortet haben; *siehe* für eine internationale Kundenbefragung EY, Consumer trust, S. 12: «It is not news that customers are concerned about data security and privacy, but its impact on banking relationships and customer trust seems to be nearing a tipping point. [...] 59 % [of global consumers] worry about the amount of personal information private and public sector organizations have about them.»

<sup>683</sup> *Ausführlicher* zu Informationspflichten bei Datenleaks ROBERTO, SBT 2017, S. 105–137.

<sup>684</sup> *Siehe* für die einzelnen Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses EMMENEGGER/ZBINDEN, SBT 2009, S. 202 ff.

<sup>685</sup> EMMENEGGER/DÖBELI, S. 754.

die Bank in Zusammenhang mit der Erbringung der Finanzdienstleistungen eine für ihn geeignete Anlagestrategie verfolgt, ihn über alle für ihn wesentlichen Informationen unterrichtet sowie seine Interessen wahrt.

Das Vertrauen des Kunden soll durch zivilrechtliche, aber auch durch aufsichtsrechtliche Pflichten der Bank sichergestellt werden. Das Auftragsrecht auferlegt der Bank hierfür diverse Pflichten, sei dies in Form von Erkundigung, Aufklärung, Warnung und Beratung. Die Bank hat stets sorgfältig und interessenwährend zu handeln. Als Ausfluss dieser Interessenwahrungspflicht hat die Bank ihre eigenen Interessen den Interessen des Kunden unterzuordnen. Daraus ergibt sich, dass Interessenkonflikte zu vermeiden oder zumindest gegenüber dem Kunden offenzulegen sind. Sodann enthält auch das Aufsichtsrecht entsprechende Verhaltenspflichten, welche durch das E-FIDLEG erstmals eine gesetzliche Regelung erfahren.<sup>686</sup>

## 1.2 Vertrauen bei Weitergabe von Bankkundeninformationen

Die Zurückhaltung der Schweiz betreffend den automatischen Informationsaustausch von Kundendaten wurde aufgrund internationalen Drucks aufgegeben. Das Schweizer Modell zeichnete sich dadurch aus, dass der auf dem Vertrauensverhältnis beruhende Informationsfluss vom Kunden zur Bank sichergestellt war, da in der Folge die gesammelten Kundeninformationen vor Dritten geschützt waren.<sup>687</sup> Aufgrund der Umsetzung von globalen Standards wie *FATCA* und *AIA* ins nationale Recht wurde das Bankkundengeheimnis im internationalen Steuerbereich gegenüber Behörden schliesslich aufgehoben.

Die Weitergabe von Bankkundeninformationen steht dem Kundenvertrauen in die Integrität der Bank und ihrer kundenbezogenen Interessenwahrungspflicht entgegen. Nachfolgend wird erläutert, inwiefern sich diesbezüglich die Meldepflicht nach Art. 9 GwG von der Meldepflicht nach Art. 10 FATCAG bzw. Art. 15 AIAG unterscheidet.

---

<sup>686</sup> *Vgl.* Art. 27 E-FIDLEG; *vgl.* auch die explizite Interessenwahrungspflicht im bundesrätlichen Entwurf nach Art. 8 Abs. 2 VE-FIDLEG. Dieser Absatz 2 wurde jedoch im Rahmen der parlamentarischen Beratungen durch den Ständerat gestrichen. *Vgl.* dazu Fahne StR E-FIDLEG, Art. 8, S. 9.

<sup>687</sup> *So etwa* STÖCKLI, Steuern, S. 57.

### a. Weitergabe von Kundeninformationen im Rahmen des GwG

Die Informationen, welche die Bank aufgrund von Art. 9 Abs. 1 GwG an die *MROS* weiterzugeben hat, sind grundsätzlich Informationen, welche überwiegend aufgrund von Bestimmungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei gesammelt worden sind.<sup>688</sup> Teilweise decken sich die hierzu notwendigen Abklärungen mit Informationen, welche der Bank auch im Rahmen der auftragsrechtlichen Erkundigungspflicht zugekommen sind (bspw. Beruf und Alter bzw. Geburtsdatum).<sup>689</sup>

Als Auslöser für die Meldung nach Art. 9 Abs. 1 GwG gilt Wissen oder ein begründeter Verdacht, dass in die Geschäftsbeziehung involvierte Vermögenwerte mit einer Straftat in Verbindung stehen. Die für die Abklärungen des Wissens bzw. des begründeten Verdachts notwendigen Informationen und Dokumente werden überwiegend mittels schriftlicher oder mündlicher Auskünfte beim Kunden eingeholt<sup>690</sup> und ergeben sich aus den geldwäschereirechtlichen Identifikations-, Feststellungs- und Abklärungspflichten. Gemäss TAUBE besteht faktisch sogar ein «symbioseähnliches Verhältnis» zwischen Berufsgeheimnis der Banken und einer wirkungsvollen Geldwäschereiprävention.<sup>691</sup> D. h. der Kunde ist grundsätzlich bereit, die Bank mit diesen für die Geldwäschereiprävention unabdingbaren Informationen zu beliefern und umfassend Auskunft zu erteilen, solange er davon ausgehen kann, dass diese sensiblen Informationen Dritten nicht zur Kenntnis gelangen bzw. anderweitig verwendet werden.

Schon die Datenweitergabe nach Art. 9 Abs. 1 GwG ist grundsätzlich geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen Kunde und Bank zu beeinträchtigen, steht diese doch im Widerspruch zum Schutz der persönlichen und finanziellen Daten sowie auch zur Wahrung des Kundeninteresses. Doch sei an dieser Stelle vermerkt, dass die Bank die Informationen nur dann weiterzuleiten hat, wenn sie mindestens einen begründeten Verdacht hat, dass der Kunde in Finanzkriminalität verwickelt ist.<sup>692</sup> Gemäss einer empirischen Erhebung von 2009 in Deutschland lehnen Kunden eine Informationsweitergabe an Behörden ab. Liegt aber bereits ein konkreter Verdacht gegen eine einzelne Person vor, stimmen hingegen knapp 96 % der befragten Kunden einer Informationsweitergabe zu.<sup>693</sup>

---

<sup>688</sup> Vgl. dazu § 13 1.

<sup>689</sup> Vgl. dazu die Übersicht in Tabelle 4.

<sup>690</sup> Vgl. Art. 16 GwV-FINMA.

<sup>691</sup> TAUBE, S. 284.

<sup>692</sup> Vgl. für die Anforderungen an den begründeten Verdacht nach GwG § 12 1.

<sup>693</sup> HEIDEN, S. 276: «Allgemeine Ermittlungen ohne konkreten Verdacht gegen alle Bankkunden stimmen aber nur 4.3 % zu, d.h. die Bank soll bei der Aufklärung helfen, nicht

Die Informationsweitergabe nach GwG ist nach der hier vertretenen Ansicht in Bezug auf das Vertrauensverhältnis aus den folgenden zwei Gründen weniger problematisch: Einerseits sind die Informationen, welche zum Zweck der Bekämpfung von Geldwäscherei gesammelt werden, auch Inhalt der Informationsweitergabe. Das heisst, es werden keine zusätzlichen Informationen weitergegeben. Andererseits liefern (u.a. alle seriösen) Kunden die notwendigen Informationen, weil sie davon ausgehen, dass diese bei der Bank bleiben und vor Dritten geschützt werden.<sup>694</sup> Die Bereitschaft der Kunden, Informationen zu liefern, ist unumgängliche Voraussetzung, dass die Bank Geldwäschereifälle überhaupt erkennen kann.

Wenn nun die aufgrund der Geldwäschereiprävention gesammelten Informationen nicht mehr nur für die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung verwendet werden, sondern der meldepflichtige Sachverhalt dadurch ausgeweitet wird, dass er auch Vermögenswerte umfasst, die aus einem qualifizierten Steuervergehen herrühren, führt dies noch nicht zu einer zusätzlichen Belastung für das Vertrauensverhältnis. Es kann jedoch zu Unsicherheiten führen in Bezug auf das, was wirklich meldepflichtige Tatbestände sind, weil sich die Erkennbarkeit eines Vergehens unter Umständen schwieriger gestaltet.<sup>695</sup> Für eine effiziente Geldwäschereiprävention ist es unausweichlich notwendig, dass die Bank verdächtige und nicht verdächtige Geschäftsbeziehungen erkennen kann.<sup>696</sup> Ist eine Unterscheidung nicht möglich, führt dies zu einer Flut von Meldungen.<sup>697</sup> Eine Flut von Meldungen an die *MROS* steht wiederum dem Vertrauen in den Schutz der persönlichen und finanziellen Daten sowie der Wahrung des Kundeninteresses entgegen. Ausserdem bringt die Umsetzung von *FATCA* und des *AIA* eine zusätzliche Belastung für das Vertrauensverhältnis zwischen Bank und Kunde mit sich.

---

aber die informatorischen Grundlagen für einen Anfangsverdacht bereitstellen.» *Vgl.* zur Methodik dieser empirischen Untersuchung S. 41 ff. *Siehe* auch FN 63.

<sup>694</sup> TAUBE, S. 284.

<sup>695</sup> REINLE, Rz 178–179; NOBEL, Finanzmarktrecht II, § 6, Rz 62.

<sup>696</sup> *Siehe* zur Effizienz des schweizerischen Meldewesens im Vergleich mit ausländischen Geldwäscherei-Abwehrdispositiven QUELOZ/BOLLER/HAAG, S. 5 ff. Die Autoren stellten die Anzahl der von den Meldestellen erhaltenen und von dieser an die Strafbehörden weitergeleiteten Meldungen sowie die gefällten Strafurteile wegen Geldwäscherei in der Schweiz und in Kanada, wo ein angelsächsisches «Frühwarn-System» herrscht, gegenüber. Obwohl in Kanada die absolute Zahl an Meldungen mehr als 10'000 Mal höher war, wurden aus der geringen Anzahl an Meldungen an die *MROS* mehr Meldungen an die Strafjustiz weitergeleitet und Geldwäschereurteile gesprochen. Im Ergebnis gilt das schweizerische Meldesystem als sehr effizient; *siehe* auch FUCHS S., Steuergeldwäscherei, S. 377 ff.

<sup>697</sup> REINLE, Rz 179.

## **b. Weitergabe von Kundeninformationen im Rahmen des FATCAG und des AIAG**

Wie in § 12 erläutert, hat die Bank bei der Umsetzung der Meldepflichten nach FATCAG und AIAG bei bestehenden Individualkonten von hohem Wert eine Befragung der Kundenbetreuer durchzuführen sowie die in den letzten fünf Jahren beschafften Unterlagen auf Indizien zu überprüfen.<sup>698</sup> Hierfür überprüft die Bank namentlich Belege, Urkunden, Kundeneröffnungsverträge bzw. -unterlagen, beschaffte Unterlagen aufgrund von Verfahren zur Bekämpfung der Geldwäscherei oder für sonstige aufsichtsrechtliche Zwecke (sog. *KYC/AML*-Dokumentationen), gültige Vollmachten oder Zeichnungsberechtigungen sowie gültige Daueraufträge für Überweisungen.<sup>699</sup> Als Folge dieser zusätzlichen Suche können auch Dokumente und Unterlagen auf Indizien geprüft werden, welche der Bank bzw. dem Kundenbetreuer im Rahmen einer langjährigen Geschäftsbeziehung mit dem Kunden zugekommen oder vom Kunden auch nur beiläufig erwähnt worden sind. Dabei konnte der Kunde kaum davon ausgehen, dass diese Informationen jemals Gegenstand eines Informationsaustausches in Steuersachen sein bzw. für die Identifizierung meldepflichtiger Konten beigezogen werden. Das bedeutet, dass bei der Identifizierung meldepflichtiger Konten unter Umständen Informationen, welche aufgrund des auftragsrechtlichen Vertrauensverhältnisses gesammelt worden sind, beigezogen und an ausländische Behörden gemeldet werden müssen.

Dass sich letztlich doch keine (ausländische) Behörde am schweizerischen Bankgeheimnis «die Zähne ausbeissen» muss, war seit dem Bundesratsentscheid vom 13. März 2009 absehbar.<sup>700</sup> Dadurch konnte zumindest ab diesem Zeitpunkt spekuliert werden, dass das Bankkundengeheimnis im internationalen Verhältnis früher oder später fallen wird. Weniger absehbar war, dass Informationen und Dokumente, die aufgrund geldwäschereirechtlicher Bestimmungen zur Bank gelangen, später auch der Identifizierung einer allfälligen Steuerpflicht dienen können und insbesondere einer automatischen Informationsweitergabe an ausländische Behörden unter-

---

<sup>698</sup> Diese Verfahren kommen zur Anwendung, wenn die elektronischen Datenbanken sowie die physischen Dokumente bestimmte Informationen nicht enthalten. *Vgl.* dazu § 12 2 und 3.

<sup>699</sup> *Vgl.* in Bezug auf *FATCA* Anhang I Abschn. II Unterabschn. D Ziff. 3 *FATCA*-Abkommen; *vgl.* in Bezug auf den *AIA* Abschn. III Unterabschn. C Nr. 2 lit. a–e Beilage zur *AIA*-Vereinbarung.

<sup>700</sup> Mit dem Entscheid des Bundesrats vom 13. März 2009, den Standard gemäss Art. 26 OECD-MA bei der Amtshilfe in Steuersachen zu übernehmen, wurde der erste Schritt zur Aufhebung des Bankkundengeheimnisses – zumindest im internationalen Verhältnis – eingeleitet, *siehe* EFD, Medienmitteilung vom 13. März 2009.

liegen. Dies betrifft insbesondere Auskünfte des Kunden, die im Rahmen von Art. 15 Abs. 1 GwV-FINMA eingeholt worden sind. Werden diese Dokumente nun im Rahmen von *FATCA* und *AIA* beigezogen, führt dies zu einer Modifikation der *KYC/AML*-Dokumentation, welche letztlich kaum spurlos am Verhältnis zwischen Bank und Kunde vorbeigehen wird und allenfalls in einen Vertrauensverlust des Kunden in die Integrität der Bank münden kann. Kommt es zu einem «Vertrauensschwund», stellt dies letztlich die Erreichung des Vertragszwecks in Frage.<sup>701</sup>

Unter dem Gesichtspunkt des öffentlich-rechtlichen Vertrauensschutzes kann die oben genannte Modifikation zudem als heikel erachtet werden, da die Suche die in den letzten fünf Jahren beschafften *KYC/AML*-Unterlagen umfasst.<sup>702</sup> In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob der Bankkunde zum Zeitpunkt seiner Auskünfte und unter dem damals anwendbaren Recht voraussehen konnte, dass diese irgendwann einmal Gegenstand eines automatischen Informationsaustausches mit ausländischen Steuerbehörden werden können.<sup>703</sup>

Es zeigt sich, dass die Bank im Rahmen ihrer Sorgfaltspflicht zur Identifizierung meldepflichtiger Konten unter Umständen einerseits Informationen beziehen kann, welche sie zufällig insbesondere aufgrund des Vertrauensverhältnisses erhalten hat. Andererseits stellen sich bezüglich des Abstellens auf bei der Bank vorliegende Informationen – in Zusammenhang mit der Voraussehbarkeit der Verwendung dieser Informationen – Fragen zum öffentlich-rechtlichen Vertrauensschutz.

Nicht zuletzt soll auch darauf hingewiesen werden, dass die Bank aufgrund der Indiziensuche nicht in der Lage ist, eine tatsächlich vorhandene, steuerliche Ansässigkeit zu erkennen. Die Verdachtsschwelle ist sehr tief angesetzt. Indizien wie Telefonnummern, Daueraufträge für Überweisungen auf ein in einem meldepflichtigen Staat geführtes Konto sowie eine an eine Person mit Adresse in einem meldepflichtigen Staat erteilte Vollmacht oder Zeichnungsberechtigung sollen nämlich ausreichen, um eine Meldepflicht zu begründen. Dabei muss die Bank ein Konto allen Partnerstaaten melden, wenn sie mindestens ein Indiz für eine steuerliche Ansässigkeit in diesen Partnerstaaten festgestellt hat. D. h. es kann unter Umständen zu Meldungen über Konten von Personen kommen, die in dem Staat nicht steuerpflichtig sind. Dadurch können Konten gemeldet werden, welche für die jeweiligen Steuerbehörden nicht von Relevanz sind. Vor diesem Hintergrund vermag auch das Argument, dass es sich bei steuerehrlichen Kunden bei den übermittelten Informationen nicht mehr um Ge-

---

<sup>701</sup> HOFSTETTER, SPR VII/2, S. 33.

<sup>702</sup> *Siehe* zum Vertrauensschutz im öffentlichen Recht WEBER-DÜRLER, S. 5 ff.

<sup>703</sup> *Kritisch* zur Rückwirkung bei der internationalen Amtshilfe in Steuersachen ROHNER/KELLER, S. 808 ff.

heimnisse handelt, weil Kunden die Informationen der Steuerbehörde gegenüber bereits offenbart haben, nicht zu überzeugen.<sup>704</sup> Die sehr tiefe Verdachtsschwelle ist unter dem Gesichtspunkt der finanziellen Privatsphäre heikel. Der Problematik von fälschlicherweise übermittelten Kundeninformationen kann die Bank nur entgegen-treten, indem sie beim Kunden zusätzliche Informationen zu seiner steuerlichen Ansässigkeit einholt, dies wiederum gestützt auf das privatrechtliche Verhältnis und das diesem inhärenten Vertrauensverhältnis.

## 2. Treueverpflichtung und Interessenwahrung

### 2.1 Bedeutung

Die Bank muss bei Erbringung der Finanzdienstleistungen aufgrund der auftragsrechtlichen Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR die Interessen des Kunden wahren.<sup>705</sup> Als Grundsatz gilt, dass der Beauftragte gestützt auf seine Treuepflicht die Interessen des Auftraggebers zu berücksichtigen hat sowie «alles zu unterlassen, was dem Auftraggeber Schaden zufügen könnte».<sup>706</sup> Dabei muss die Bank ihre eigenen Interessen hinter jene des Kunden stellen und Interessenkonflikte vermeiden.<sup>707</sup> Mit anderen Worten soll sie ihre Handlungsstrategien am Kundeninteresse ausrichten.<sup>708</sup> Dieser Verpflichtung kommt sie nach, wenn sie dem Kunden geeignete Produkte empfiehlt, ihn über Kosten und Risiken aufklärt, bei drohenden Verlusten warnt oder ihm unvermeidbare Interessenkonflikte offenlegt.<sup>709</sup>

In Zusammenhang mit der Weitergabe von Kundeninformationen aufgrund gesetzlicher Meldepflichten sind die Diskretions- und Geheimhaltungspflichten sowie die Aufklärungspflichten des Beauftragten, welche Ausfluss aus der auftragsrechtlichen

---

<sup>704</sup> *Anderer Meinung* und mit weiteren Ausführungen zur zulässigen Einschränkung des Rechts auf Privatsphäre und des Bankgeheimnisses EXPERTENGRUPPE BRUNETTI, S. 19.

<sup>705</sup> *Vgl.* BGE 115 II 62, E. 3, S. 64; BGer 4C.295/2006 vom 30. November 2006, E 4.2; BGer 4A.168/2008 vom 11. Juni 2008, E 2.4; darüber hinaus enthält auch das Aufsichtsrecht Regelungen zur Interessenwahrung und zur Vermeidung bzw. Offenlegung von Interessenkonflikten. *Vgl.* Art. 11 Abs. 1 lit. b und c BEHG; FINMA, RS 2009/1, Rz 11 f.; Art. 27 ff. E-FIDLEG.

<sup>706</sup> BK-FELLMANN, Art. 398 OR, Rz 24; *siehe* zu den Funktionen der Treuepflicht SETHE, Treuepflichten, S. 86.

<sup>707</sup> BK-FELLMANN, Art. 398 OR, Rz 25 und 34.

<sup>708</sup> *Ausführlicher* dazu, ob Kunden der Bank in Bezug auf die kundenbezogene Interessenwahrung vertrauen EMMENEGGER/DÖBELI, S. 754.

<sup>709</sup> *Vgl.* dazu § 11.

Treuepflicht bilden<sup>710</sup>, von besonderem Interesse. Diese zivilrechtlichen Pflichten kollidieren nämlich mit der Weitergabe von Bankkundendaten.

## 2.2 Diskretion und Geheimhaltung

### a. Allgemeine Voraussetzungen

Die Diskretions- und Geheimhaltungspflicht der Bank stellt einen Teilgehalt ihrer Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR dar. Dabei handelt es sich um eine wesentliche Nebenpflicht<sup>711</sup>, welche die Bank zur Verschwiegenheit verpflichtet.<sup>712</sup> Das dem Auftrag zugrunde liegende Vertrauensverhältnis erfordert vom Beauftragten «jedenfalls Diskretion und meist – weitergehend – auch Geheimhaltung».<sup>713</sup>

Hintergrund bildet die Tatsache, dass die Bank bei der Ausführung des Auftrages notwendigerweise Einblicke in die persönlichen und geschäftlichen Verhältnisse des Kunden erhält.<sup>714</sup> Diese Kenntnisse sind sogar Voraussetzung für eine wirkungsvolle Tätigkeit<sup>715</sup> und dienen der Erreichung des Vertragszwecks.

Wie beim Verhältnis zwischen Arzt und Patient offenbart sich der Auftraggeber gegenüber dem Beauftragten bloss dann rückhaltlos, wenn ersterer mit absoluter Verschwiegenheit des letzteren rechnen kann.<sup>716</sup> Denn auch beim vorliegend interes-

---

<sup>710</sup> BK-FELLMANN, Art. 398 OR, Rz 39 ff. und 143 ff.

<sup>711</sup> WEBER, Praxis, S. 85; BK-FELLMANN, Art. 398 OR, Rz 45; BSK-WEBER, Art. 398 OR, Rz 8; *andere Ansätze* BK-MERZ, Art. 2 ZGB, Rz 262 f.; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Allgemeine Einleitung OR, Rz 94, die die Pflicht zur Verschwiegenheit den Nebenleistungspflichten zuordnet; *anderer Meinung* BERGER, S. 184 und 185, der die vertragsrechtliche Begründung ablehnt; ALTHAUS STÄMPFLI, S. 39 und 40; ROTH M., Spielregeln, S. 187, die das Bankgeheimnis aus Vertrag sowie aus Treu und Glauben ableitet; *siehe* zur materiell-rechtlichen Grundlage des Bankgeheimnisses BBl 1970 I 1161.

<sup>712</sup> BK-FELLMANN, Art. 398, Rz 43: «Ob diese Pflicht im Vertrag ausdrücklich niedergelegt ist, kann für den Umfang der Geheimhaltung von Bedeutung sein, nicht aber für die grundsätzliche Verpflichtung. Eine Schweigepflicht kann sich deshalb auch bloss aus den Umständen ergeben, ohne dass der Auftraggeber eine entsprechende mündliche oder schriftliche Weisung erteilt hat.» So auch AUBERT/BÉGUIN/BERNASCONI/GRAZIANO-VON BURG/SCHWOB/TREUILLAUD, S. 50 und 51: «[...] il est en effet évident que les parties connaissent (ou du moins doivent connaître) l'usage que constitue le secret bancaire et s'y soumettent donc au moins tacitement».

<sup>713</sup> BSK-WEBER, Art. 398 OR, Rz 11.

<sup>714</sup> BK-FELLMANN, Art. 398 OR, Rz 40.

<sup>715</sup> BK-FELLMANN, Art. 398 OR, Rz 40.

<sup>716</sup> BK-FELLMANN, Art. 398 OR, Rz 42, der dies für das Verhältnis zwischen Anwalt und Klient sowie zwischen Arzt und Patient aufgrund des besonderen Vertrauensverhältnisses bejaht.

sierenden Verhältnis stellt der Einblick in die persönlichen und geschäftlichen Verhältnisse des Bankkunden die Voraussetzung für eine wirkungsvolle Tätigkeit, nämlich die kundengerechte Verwaltung des Vermögens, dar. Nur wenn die Bank über diese Kenntnisse verfügt, kann sie die geeigneten Massnahmen treffen.<sup>717</sup> Die Bank erhält die Auskünfte, weil der Kunde damit rechnet, dass sie für die Auftragsausführung notwendig sind, sie darüber hinaus seine Auskünfte jedoch vertraulich behandelt.<sup>718</sup>

Gegenstand der Diskretions- und Geheimhaltungspflicht bilden sodann alle Informationen, die die Bank von ihrem bzw. über ihren Kunden im Rahmen ihrer Geschäftsbeziehung erfährt.<sup>719</sup> Dies umfasst weiter Tatsachen, die die Bank in Ausführung des Auftrages erfährt, auch solche, von denen der Kunde nicht weiss, dass sie der Bank bekannt geworden sind.

Im Verhältnis Arzt und Patient untersteht namentlich die Krankengeschichte der Diskretions- und Geheimhaltungspflicht.<sup>720</sup> Die Informationen der Krankengeschichte sind «Dinge, welche dem Arzt infolge seines Berufes anvertraut werden oder die er in Ausübung seines Berufes wahrnimmt und an deren Geheimhaltung der Patient ein grosses Interesse hat».<sup>721</sup>

---

<sup>717</sup> *Siehe* zur auftragsrechtlichen Treuepflicht und der daraus resultierenden Diskretions- und Geheimhaltungspflicht BK-FELLMANN, Art. 398 OR, Rz 39; *früher bereits* BK-GAUTSCHI, Art. 398 OR, Rz 13; *vgl.* in Bezug auf die Notwendigkeit der Kenntnis vertraulicher Tatsachen im Verhältnis Anwalt und Klient BGE 91 I 200, E. 3, S. 205 und 206: «In dieser Hinsicht fällt in Betracht, dass der Anwalt zur richtigen Ausübung seines Berufs und zur Erfüllung der Aufgaben, die ihm das Prozessrecht im Rechtsstaate zuerkennt, auf das unbedingte Vertrauen seines Klienten zählen können muss. Das aber setzt voraus, dass der Klient seinerseits voll auf die Verschwiegenheit des Anwalts vertrauen darf. Wenn der Klient sich ihm nicht rückhaltlos anvertraut und ihm nicht Einblick in alle erheblichen Verhältnisse gewährt, so ist es für den Anwalt schwer, ja oft unmöglich, den Klienten richtig zu beraten und ihn im Prozess wirksam zu vertreten.»

<sup>718</sup> *Ähnlich* HERRLER, S. 35: «Wenn daher der Bankkunde nur im Hinblick auf die erwarteten Vertragsabschlüsse der Bank Tatsachen anvertraut, die er ansonsten streng geheim zu halten wünscht, richtet sich sein Interesse gerade in Zeiten moderner Informationsverarbeitung auf Geheimhaltung der überlassenen Unterlagen.»

<sup>719</sup> BGE 137 II 431, E. 2.1.1, S. 436 f.; BBI 1982 II 1201, Rz 73; WINZELER, S. 158 f.; MARGIOTTA, S. 60 ff.; AUBERT/BÉQUIN/BERNASCONI/GRAZIANO-VON BURG/SCHWOB/TREUILLAUD, S. 41 ff.

<sup>720</sup> BK-FELLMANN, Art. 398 OR, Rz 67: Die Krankengeschichte enthält «für gewöhnlich Angaben des Patienten über sich selbst, Beobachtungen des Arztes während der Behandlung, Mitteilungen von Drittpersonen über den Patienten, über dessen Angehörige und andere nahestehende Personen, Schlussfolgerungen des Arztes aus all diesen Tatsachen und endlich Angaben über den Krankheits- und Heilungsverlauf».

<sup>721</sup> BK-FELLMANN, Art. 398 OR, Rz 67.

In Analogie zum Bank-Kunden-Verhältnis entspricht das zivilrechtliche Kundendossier der Krankengeschichte im Arzt-Patienten-Verhältnis.<sup>722</sup> Neben der auftragsrechtlichen Pflicht zur Geheimhaltung untersteht die Bank sodann einer strafrechtlichen Geheimhaltungspflicht, z.B. dem Bankgeheimnis nach Art. 47 BankG.<sup>723</sup> Diese Pflichten zur Geheimhaltung erfahren jedoch durch verschiedene gesetzliche Normen einer Entbindung.<sup>724</sup>

## **b. Diskretion und Geheimhaltung bei gesetzlichen Meldepflichten**

Die auftragsrechtliche Pflicht zur Geheimhaltung und Diskretion unterliegt zahlreichen Einschränkungen. Ganz allgemein kann eine Entbindung durch den Kunden als Geheimnisherrn, durch den Richter in Fällen des Interessenvorrangs oder durch den schweizerischen Gesetzgeber erfolgen.<sup>725</sup> Bereits Art. 47 Abs. 5 BankG konkretisiert die Entbindung durch den Gesetzgeber und regelt den praktisch wichtigsten Konflikt ausdrücklich dahingehend, dass «die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde» vorbehalten bleiben.<sup>726</sup> Dieser Vorbehalt entfaltet direkt Wirkung auf das privatrechtliche Verhältnis. Besteht nämlich eine öffentlich-rechtliche Auskunfts- oder Anzeigepflicht gegenüber Behörden, ist der Beauftragte auch gegen den Willen des Auftraggebers berechtigt bzw. verpflichtet auszusagen.<sup>727</sup> Ein allfälliges Verbot des

---

<sup>722</sup> Vgl. dazu § 9.

<sup>723</sup> Siehe für eine umfassende Aufzählung der strafrechtlichen Geheimhaltungspflichten sowie zu den Unterschieden des Umfangs des privat- und strafrechtlichen Geheimnisschutzes BSK-WEBER, Art. 398 OR, Rz 11.

<sup>724</sup> Siehe auch FN 550.

<sup>725</sup> Darüber hinaus ergeben sich Grenzen der Diskretions- und Geheimhaltungspflichten bei (i) Einwilligung des Auftraggebers oder, (ii) wenn es die sachgemässe und weisungskonforme Mandaterfüllung erfordert oder (iii) zur Abwehr ehrenrühriger oder schädigender Vorwürfe des Auftraggebers. Vgl. dazu BK-GAUTSCHI, Art. 398, Rz 15 und 18a; HOFSTETTER, SPR VII/2, S. 84; BK-WEBER, Art. 398, Rz 13.

<sup>726</sup> BSK-STRATENWERTH, Art. 47 BankG, Rz 29; dem Bankgeheimnis kommt sodann auch nicht der Rang eines geschriebenen oder ungeschriebenen verfassungsmässigen Rechts zu, welches bei Kollision mit anderen Interessen stets Vorrang beanspruchen kann, sondern es handelt sich um eine gesetzliche Norm, die gegebenenfalls auch gegenüber staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz zurückzutreten hat. Siehe dazu BGE 104 Ia 49, E. 4a, S. 53; siehe auch BGE 123 II 153, E. 7b, S. 160, wobei die Rechtshilfe aber auch verweigert werden kann, wenn es sich bei der vom ausländischen Staat verlangten Auskunft um eine solche handelt, deren Preisgabe das Bankgeheimnis geradezu aushöhlen oder der ganzen schweizerischen Wirtschaft Schaden zufügen würde.

<sup>727</sup> BK-FELLMANN, Art. 394 OR, Rz 88.

Auftraggebers verstösst in diesen Fällen gegen zwingendes öffentliches Recht und wäre unbeachtlich.<sup>728</sup> Erfolgt die Offenbarung des Geheimnisses gestützt auf eine öffentlich-rechtliche Bestimmung, stellt sie dementsprechend keine Vertragsverletzung dar. Den öffentlich-rechtlichen Auskunfts- oder Anzeigepflichten gegenüber Behörden gleichgestellt sind die vorliegend interessierenden gesetzlichen Meldepflichten gegenüber Behörden.<sup>729</sup> Ein Verbot des Auftraggebers bezüglich der Herausgabe von Informationen verstiesse gegen die gesetzlichen Meldepflichten, welche zwingendes öffentliches Recht darstellen, und wäre deshalb unbeachtlich.<sup>730</sup>

Zudem leitet sich die Diskretions- und Geheimhaltungspflicht, wie oben erläutert, aus den Treuepflichten des Beauftragten ab und gründet letztlich auf dem Grundsatz von Treu und Glauben. «Der Grundsatz von Treu und Glauben ist daher auch Schranke des Interessenschutzes des Auftraggebers.»<sup>731</sup> Das bedeutet, dass der Auftraggeber seine Interessen zurückzustellen hat, wenn die Interessen des Beauftragten eindeutig prävalieren und eine Berufung auf die Geheimhaltungspflicht letztlich dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen würde. In Bezug auf die geldwäschereirechtliche Meldepflicht der Bank lässt sich zudem argumentieren, dass der Vertrauensbruch bei Vorliegen eines begründeten Verdachts von Seiten des Kunden ausgeht und eine allfällige Berufung auf die Geheimhaltung der Informationen dem Grundsatz von Treu und Glauben zuwiderläuft.<sup>732</sup> In diesen Fällen ist das Interesse der Bank an der Durchbrechung der Geheimhaltung schutzwürdiger als jenes des Kunden an der Einhaltung der Schweigepflicht.<sup>733</sup> Dennoch befindet sich die Bank

---

<sup>728</sup> Vgl. Art. 19 Abs. 2 OR.

<sup>729</sup> Den in Art. 47 Abs. 5 BankG genannten Auskunfts- und Anzeigepflichten gleichgestellt ist u.a. die Meldepflicht nach Art. 9 GwG, sowie nach Art. 10 FATCAG und Art. 15 AIAG. Vgl. dazu BSK-STRATENWERTH, Art. 47 BankG, Rz 31: «Den Auskunftsspflichten gleichzustellen sind die in Art. 47 nicht ausdrücklich erwähnten Meldepflichten.» BK-FELLMANN, Art. 398 OR, Rz 87: «Den Zeugnis- und Auskunftsspflichten stehen die übrigen gesetzlichen Informations- und Anzeigepflichten gleich.» Es liegt auch keine Vertragsverletzung vor, wenn die Verletzung des Berufsgeheimnisses zulässig ist. Mit der Rechtswidrigkeit entfällt sodann auch die Vertragswidrigkeit. D. h. bei einer gesetzlichen Melde- oder Auskunftspflicht entfällt auch die vertragliche Pflicht zur Verschwiegenheit.

<sup>730</sup> Vgl. Art. 19 Abs. 2 OR; BK-FELLMANN, Art. 398 OR, Rz 88.

<sup>731</sup> BK-FELLMANN, Art. 398 OR, Rz 89.

<sup>732</sup> CANARIS, Rz 58: «[W]er das Vertrauensverhältnis zu Angriffen gegen den anderen Teil missbrauche, gehe insoweit des Vertrauensschutzes verlustig»; darüber hinaus sind bei konkreten Verdachtsfällen Bankkunden auch eher mit dem Zugriff auf Bankinformationen einverstanden, vgl. HEIDEN, S. 102. Vgl. zur Methodik der empirischen Untersuchung S. 41 ff. Siehe auch FN 63.

<sup>733</sup> BK-FELLMANN, Art. 398 OR, Rz 90, der eine solche Ausnahmesituation nur mit grosser Zurückhaltung bejaht; WEBER R., Praxis, S. 85.

bereits bei der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 GwG in einer Konfliktsituation zwischen Pflicht zur Weitergabe der Kundendaten sowie ihren vertraglichen Treuepflichten gegenüber dem Bankkunden nach Art. 398 Abs. 2 OR.<sup>734</sup>

In Bezug auf *FATCA* und *AIA* und im Bewusstsein dieser heiklen Abgrenzung und des Konfliktes zwischen der Pflicht zur Herausgabe von Kundendaten sowie den vertraglichen Sorgfalts- und Treuepflichten des Finanzinstituts hat der Gesetzgeber von vornherein mit Art. 10 Abs. 1 FATCAG bzw. Art. 15 Abs. 1 AIAG eine gesetzliche Grundlage geschaffen, welche die Finanzinstitute zur Meldung bestimmter Kundeninformationen verpflichtet. So verfügt die Bank über einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund zur Datenweitergabe, der sowohl die privatrechtliche sowie darüber hinaus auch die strafrechtliche Geheimhaltungspflicht aufhebt.<sup>735</sup>

Gerade durch diese Aufhebungskraft der gesetzlichen Meldepflichten in Bezug auf elementare zivilrechtliche Treuepflichten, wie der Diskretions- und Geheimhaltungspflicht, erhalten die zivilrechtlichen Aufklärungspflichten der Bank eine enorme Bedeutung. Da sich die Anzahl der lancierten Regulierungsinitiativen, welche den Tatbestand der Auskunfts- und Anzeigepflichten bzw. der Meldepflichten<sup>736</sup> erfüllen, in den letzten Jahren massiv erhöht hat, ergeben sich verstärkt schwerwiegende Fragestellungen hinsichtlich der davon ebenso tangierten zivilrechtlichen Informationspflicht der Bank gegenüber dem Bankkunden.

---

<sup>734</sup> *Ähnlich* REINLE, S. 1 ff., der ein Spannungsfeld zwischen Geldwäschereibekämpfung, Bankgeheimnis, vertraglichen Pflichten gegenüber dem Kunden sowie aufsichtsrechtlichen (Organisations-)Pflichten bejaht; *früher bereits* zu dieser Thematik BBl 1993 324, wonach im Finanzwesen tätige Personen nur aus dem Dilemma zwischen der Einhaltung der Rechtsordnung und ihren zivilrechtlichen Pflichten gegenüber Kunden befreit werden können, wenn die Weiterleitung von verdächtigen Tatsachen als nicht rechtswidrig bewertet wird; HEINE, E-Banking, S. 124; WOHLERS/GIANNINI, S. 623 f.; RAPPO, *secret bancaire*, S. 43: «Cette législation place le banquier entre Charybde et Scylla: la limite entre la violation du secret bancaire et l'obligation de lever le secret bancaire devient d'une extrême complicité.» *Siehe* zum Dilemma der Bank vor der Einführung des Melderechts STRATENWERTH, *Modellfall Schweiz*, S. 112; *ebenso* CASSANI, *organisations criminelles*, S. 71 f.

<sup>735</sup> *Siehe* zu den Aufhebungsgründen des Bankgeheimnisses etwa EMMENEGGER/ZBINDEN, *SBT* 2009, S. 275 ff.

<sup>736</sup> *Siehe* FN 729.

## 2.3 Aufklärungspflichten

### a. Allgemeine Voraussetzungen

Wie im dritten Teil dieser Arbeit erläutert, ist die Bank nach Art. 398 Abs. 2 OR nicht verpflichtet, den Kunden unaufgefordert über alle möglichen Umstände aufzuklären, die für ihn von Bedeutung sein könnten. Es gibt keine allgemeine und umfassende Informationspflicht<sup>737, 738</sup>. Der Bestand der Informationspflichten hängt von bestimmten Umständen ab und muss «nach Treu und Glauben und den herrschenden Anschauungen geboten» sein.<sup>739</sup> Vorausgesetzt wird stets, dass die Bank Kenntnis über die relevanten Tatsachen hat (sog. Wissensvorsprung), sie aber auch weiss, dass die Informationen dem Kunden nicht bekannt und für diesen nicht ohne weiteres selber feststellbar sind (sog. Informationsbedarf).<sup>740</sup> Das zur Begründung der zivilrechtlichen Aufklärungspflicht erforderliche Informationsdefizit des Kunden muss sich auf entscheidungsrelevante Informationen beziehen.<sup>741</sup>

Basierend auf den Konkretisierungen und den *Topoi* für die Ermittlung des Bestandes der Informationspflichten, welche in § 11 ausführlich erläutert wurden, wird im Allgemeinen bei behördlichen Massnahmen in Form von Kontosperrungen und dergleichen eine zivilrechtliche Aufklärungspflicht gegenüber dem Kunden bejaht.<sup>742</sup> Vorausgesetzt, die Bank erlangt Kenntnis von einer den Kunden betreffenden behördlichen Massnahme, welche für den Kunden wesentlich ist, und davon auszugehen ist, dass der Kunde davon noch keine Kenntnis hat, hat sie ihn im Rahmen einer bestehenden Geschäftsbeziehung, gestützt auf das zwischen ihnen bestehende Ver-

---

<sup>737</sup> Die praktische Differenzierung zwischen den einzelnen (unaufgeforderten) Informationspflichten in Form von Aufklärung, Beratung und Warnung gestaltet sich schwierig, da die Übergänge oft fließend sind. *Vgl.* SETHE/HÄRTNER, Vermögensverwaltungshandbuch, § 27, Rz 3. Im vorliegenden Kapitel wird, wie auch bereits aus dem Titel hervorgeht, überwiegend der Begriff «Aufklärungspflicht» verwendet. Als Aufklärungspflicht gilt die unaufgeforderte Mitteilung von Tatsachen oder die Information über entscheidungserhebliche Umstände. *Vgl.* zur Definition aus der deutschen Lehre VORTMANN, Rz 2.

<sup>738</sup> *Siehe* FN 435.

<sup>739</sup> *Siehe* FN 437.

<sup>740</sup> Aus der deutschen Lehre VORTMANN, Rz 5: «Die Aufklärungspflicht erstreckt sich nur auf solche Gegebenheiten, die dem Aufklärungsempfänger verborgen bleiben. Sie besteht niemals hinsichtlich solcher Umstände, über die sich jede Vertragspartei aufgrund allgemeinen Informationsquellen ohne Weiteres selbst informieren kann.»

<sup>741</sup> Aus der deutschen Lehre VORTMANN, Rz 7: «Dem Aufklärungspflichtigen obliegt deshalb die Mitteilung aller für die Entschliessung des Aufklärungsempfängers bedeutsamen Informationen.»

<sup>742</sup> *So etwa* SETHE/HÄRTNER, Vermögensverwaltungshandbuch, § 27, Rz 59, die in diesem Zusammenhang von einer Warnpflicht sprechen.

trauensverhältnis, grundsätzlich darüber zu informieren.<sup>743</sup> Es sei denn, die zuständige Behörde verfüge eine Geheimhaltungspflicht.<sup>744</sup>

In Zusammenhang mit gesetzlichen Meldepflichten kann sich das entscheidungsrelevante Informationsdefizit des Kunden (i) auf die gesetzlichen Meldepflichten der Bank an sich beziehen; (ii) auf die Informationen, welche von der Bank weitergegeben werden; letztlich aber auch (iii) darauf, welche Informationen zur Identifizierung der meldepflichtigen Konten von der Bank beigezogen werden.

Ein blosses Informationsgefälle begründet jedoch noch keine Aufklärungspflicht. Vielmehr muss die Informationsasymmetrie zwischen Bank und Kunde «unbillig» sein.<sup>745</sup> Eine «unbillige» Informationsasymmetrie liegt etwa dann vor, wenn «der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise die Mitteilung von Tatsachen erwarten durfte, die für die Willensbildung des anderen Teils offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind».<sup>746</sup>

In Fällen von gesetzlichen Informationsverboten gegenüber Kunden kommt es zu einer Kollision mit der zivilrechtlichen Informationspflicht. Darüber hinaus kollidiert die gesetzliche Verpflichtung zur Weitergabe der Bankkundeninformationen mit der auftragsrechtlichen Interessenwahrungspflicht. Im Rahmen der Weitergabe von Bankkundeninformationen aufgrund gesetzlicher Meldepflichten stellt die Bank öffentliche, wie letztlich auch ihre eigenen Interessen, vor die Kundeninteressen.

Die drei vorliegend interessierenden Meldepflichten nach GwG, FATCAG und AIAG sind in Bezug auf ihre Wirkung auf das Verhältnis zwischen Bank und Kunde unterschiedlich ausgeprägt: Nach GwG besteht ein Informationsverbot gegenüber dem Kunden, nach FATCAG bedarf es in der Regel einer Zustimmungserklärung des Kunden. Nach AIAG wiederum besteht sogar eine öffentlich-rechtliche Informationspflicht gegenüber dem Kunden.

Im nachfolgenden Kapitel wird geprüft, ob im Rahmen der einzelnen Meldepflichten ein Informationsdefizit des Kunden über für ihn entscheidungsrelevante Informationen besteht und die Bank entsprechend ihrer zivilrechtlichen Interessenwahrungspflicht dem Kunden gegenüber zur Information verpflichtet ist.

---

<sup>743</sup> Ähnlich SCHWOB/COSANDEY, Kommentar BankG, Rz 127 ff.

<sup>744</sup> AUBERT/BÉQUIN/BERNASCONI/GRAZIANO-VON BURG/SCHWOB/TREUILLAUD, S. 162–164 bezüglich Strafverfahren.

<sup>745</sup> Siehe FN 445.

<sup>746</sup> Siehe FN 446.

## **b. Aufklärung im Rahmen der Meldepflicht nach GwG**

Weiss eine Bank oder hat sie einen begründeten Verdacht, dass in die Geschäftsbeziehung involvierte Vermögenwerte mit einer Straftat in Verbindung stehen, muss sie gemäss Art. 9 Abs. 1 GwG eine Meldung an die MROS erstatten. Mit der Meldepflicht gehen weitere behördliche Massnahmen einher, wie bspw. die Pflichten zur Kontosperre oder zur Herausgabe von zusätzlichen Kundeninformationen.<sup>747</sup> Vorliegend bedeutender ist jedoch, dass das GwG eine Geheimhaltungspflicht enthält.

### **(1) Informationsverbot nach GwG**

Die zivilrechtliche Aufklärungspflicht trifft damit auf das strafbewehrte Informationsverbot. Nach dem geldwäschereirechtlichen Informationsverbot nach Art. 10a Abs. 1 GwG darf die Bank weder Betroffene noch Dritte «über die Tatsache der Meldung, noch über deren Inhalt informieren».<sup>748</sup> Im vorliegenden Zusammenhang hat das geldwäschereirechtliche Informationsverbot Vorrang und die zivilrechtlichen Pflichten treten zurück. Hintergrund bildet der Umstand, dass die Aufklärung des Kunden dem behördlichen Bedürfnis nach einer möglichst ungestörten und kollisionsfreien Untersuchung entgegensteht. Durch das Informationsverbot nach Art. 10a Abs. 1 GwG soll sichergestellt werden, dass der Kunde nicht vorgewarnt wird (sog. *tipping-off*) und dass die Strafverfolgungsbehörde rechtzeitig über notwendige Untersuchungsmassnahmen entscheiden kann.<sup>749</sup>

War das Informationsverbot früher mit der Vermögenssperre gekoppelt, wurde dies nun thematisch getrennt.<sup>750</sup> Daraus ergibt sich, dass das Informationsverbot fortan zeitlich unbeschränkt gilt.<sup>751</sup> Mit der Abschaffung des auf die Zeit der Vermögenssperre begrenzten Informationsverbots folgt der Gesetzgeber der von der FATF abgegebenen Empfehlung 21(b), wonach Betroffene niemals darüber informiert werden dürfen, dass eine Verdachtsmeldung erstattet worden ist.<sup>752</sup> Das Informationsverbot kollidiert jedoch mit dem Informationsanspruch des Kunden über für ihn wesentliche, ihm jedoch soweit unbekannt Tatsachen, welche er aufgrund des auftragsrechtlichen Verhältnisses mit der Bank erwartet.

---

<sup>747</sup> Vgl. dazu § 13 1.

<sup>748</sup> SHK-KESSLER/WAYGOOD-WEINER, Art. 10a GwG, Rz 10.

<sup>749</sup> Vgl. BBl 2012 6974: «Damit wird dem Grundsatz des Verbots des *tipping-off* der GAFI entsprochen, wonach keine warnenden Hinweise auf eine Verdachtsmeldung erfolgen dürfen.»

<sup>750</sup> Vgl. BBl 2013 689.

<sup>751</sup> BBl 2013 687 f.

<sup>752</sup> Siehe FATF, Recommendations 2012–2017, Empfehlung 21(b) betreffend «Tipping-off and confidentiality»; siehe auch FN 749.

## (2) *Informationsdefizit des Kunden*

Das gesetzliche Informationsverbot verdrängt demnach die zivilrechtliche Informationspflicht gegenüber dem Kunden, dies obschon auf Basis der notwendigen Voraussetzungen eine Aufklärungspflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR grundsätzlich bejaht werden kann. Die Bank hat nämlich im Rahmen der GwG-Verdachtsmeldung einen Wissensvorsprung, da der Verdacht gerade bei ihr entsteht. Der Kunde wiederum weiss nicht darüber Bescheid, dass die Bank eine Geldwäscherei-Meldung erstattet, und dieser Umstand ist für den Kunden auch nicht ohne weiteres selber feststellbar. Der Kunde weiss in diesem Zusammenhang weder über die den Verdacht auslösenden Tatsachen und Vermutungen Bescheid, noch dass eine Meldung über ihn erstattet wird oder wurde. Darüber hinaus ist er sich kaum bewusst, welche Informationen die Bank weitergeben wird. Aufgrund der zivilrechtlichen Treuepflicht erwartet der Kunde jedoch Mitteilung von Tatsachen, die für ihn von ausschlaggebender Bedeutung sind. Bereits der Umstand, dass gegen ihn eine Geldwäscherei-Meldung erstattet wird, ist für ihn wesentlich. Im Lichte der allfällig daraus resultierenden Konsequenzen für den Kunden muss die Wesentlichkeit bejaht werden.

In diesem Zusammenhang lässt sich fragen, wie sich eine zivilrechtliche Aufklärungspflicht der Bank verneinen lassen soll, wenn der Kunde der Bank aktiv oder passiv sehr vertrauliche und höchstpersönliche Informationen zur Verfügung stellt, auf welche die Bank für ihre Tätigkeit und insbesondere zur Erreichung des Vertragszwecks indessen auch angewiesen ist, sie diese aber ohne sein Wissen an Behörden herausgeben darf, ohne ihn darüber in Kenntnis zu setzen.

Aufgrund des die Beziehung zwischen Bank und Kunde kennzeichnenden Vertrauensverhältnisses sowie der zivilrechtlichen Pflichten der Bank befindet sie sich durch das Informationsverbot in einem Spannungsfeld. Die Bank ist vor und während der Geschäftsbeziehungen auf die Bereitschaft des Kunden zur Offenlegung seiner Informationen angewiesen. Ihr wiederum obliegt eine Schweige- bzw. Lügepflicht nach GwG. Bei Meldungen, gestützt auf einen begründeten Verdacht, welcher sich mit hoher Wahrscheinlichkeit<sup>753</sup> zu einem späteren Zeitpunkt als gerechtfertigt herausstellt, ist die daraus resultierende negative Wirkung auf die Beziehung zwischen Bank und Kunde gering. Dabei verhält sich die Bank im Rahmen von Treu und Glauben, nämlich so, «wie ein vernünftiger Mensch seine eigenen Interessen wahren würde».<sup>754</sup> Solche Geschäftsbeziehungen werden nach Ablauf des Verfahrens der Strafverfolgungsbehörden üblicherweise aufgelöst. Ungerechtfertigte Meldungen, die

---

<sup>753</sup> *Siehe* zur Effizienz des Schweizer Meldewesens im Vergleich mit ausländischen Geldwäscherei-Abwehrdispositiven FN 696.

<sup>754</sup> BK-FELLMANN, Art. 398 OR, Rz 235.

aufgrund eines einfachen Verdachts erstattet werden, können wiederum bei den betroffenen Kunden in einen starken Vertrauensverlust in die Bank münden. Durch die Ausweitung des meldepflichtigen Sachverhalts in Kombination mit der Herabsetzung der Verdachtsschwelle wird sich die Anzahl der nach GwG erstatteten Meldungen voraussichtlich erhöhen.<sup>755</sup>

Haftungsrechtlich bestehen für die Bank jedoch geringe Risiken.<sup>756</sup> Schliesslich enthält Art. 11 GwG einen Straf- und Haftungsausschluss für die eine Meldung erstattende Bank. Sie kann nicht wegen Verletzung des Amts-, Berufs- oder Geschäftsgeheimnisses belangt oder wegen Vertragsverletzung haftbar gemacht werden, wenn sie die Meldung guten Glaubens erstattet hat. In der ursprünglichen Regelung spielte der Haftungsausschluss nur, wenn die Bank mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt vorgegangen war.<sup>757</sup> Diese gesetzgeberische Strenge wurde von der *FATF* kritisiert, die darin einen der Gründe für die vergleichsweise geringe Zahl von Meldungen sah, die in der Schweiz erstattet wurden.<sup>758</sup> In diesem Zusammenhang lässt sich festhalten, dass auf Behördenseite die Erhöhung der Anzahl erstatteter GwG-Meldungen angestrebt wird.

Zusammengefasst ist feststellbar, dass im Rahmen der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 GwG das gesetzliche Informationsverbot mit der auftragsrechtlichen Aufklärungspflicht kollidiert, wobei das Informationsverbot eine Vorrangstellung innehat und die zivilrechtlichen Pflichten verdrängt. Bei einem begründeten Verdacht nach Art. 9 Abs. 1 lit. a–c GwG stellt die Bank die öffentlichen Interessen demnach vor die Kundeninteressen.<sup>759</sup> Die Bank handhabt dies im Verhältnis zum Kunden üblicherweise mit einem allgemeinen Hinweis im Vertrag oder in den AGB, dass eine gesetzliche Meldepflicht nach GwG besteht und verweist damit auf ihre, eine weiter-

---

<sup>755</sup> Vgl. dazu § 12 1 und 4.

<sup>756</sup> SHK-KESSLER/WYGOOD-WEINER, Art. 10a GwG, Rz 43, wonach der Umstand, dass die Bank den Kunden nicht über eine erstattete Meldung informiert, noch kein hinreichender zivilrechtlicher Kausalzusammenhang begründet.

<sup>757</sup> Vgl. Art. 11 aGwG; vgl. auch BBl 2007 6287.

<sup>758</sup> BBl 2007 6287: «Der GAFI-Länderbericht kommt zum Schluss, das Schweizer Meldesystem weise dissuasive Elemente auf, die dessen Wirkung schwächen. [...]. Deshalb wird in Artikel 11 Absatz 1 GwG die Voraussetzung für den Straf- und Haftungsausschluss geändert: Der Finanzintermediär muss bei einer Meldung nicht mehr mit der «nach den Umständen gebotenen Sorgfalt» vorgegangen sein, sondern wie von der GAFI empfohlen im guten Glauben. Die Voraussetzungen für den Straf- und Haftungsausschluss sind damit weniger restriktiv. Entsprechend sind die Finanzintermediäre besser geschützt. Die Zahl der eingehenden Meldungen und die Wirksamkeit des Meldesystems sollte dadurch insgesamt steigen.» Vgl. *FATF-Länderexamen 2005*.

<sup>759</sup> Siehe auch FN 138.

gehende Aufklärung verbotende Zwangslage. Im Ergebnis kann einem solchen allgemeinen Hinweis im Vertrag oder in den AGB, insbesondere in Kombination mit der Tendenz zur Erhöhung der Anzahl erstattender GwG-Meldungen, unter dem Aspekt des Vertrauens in die Bank eine negative Wirkung zugeschrieben werden.

### **c. Aufklärung im Rahmen der Meldepflicht nach FATCAG**

Banken sind nach Art. 10 Abs. 1 FATCAG gesetzlich zur Meldung von Bankkundeninformationen über identifizierte *US*-Konten an den *IRS* verpflichtet.<sup>760</sup> Durch Art. 10 Abs. 1 FATCAG verfügt die Bank über einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund, der sowohl die privatrechtliche wie auch die strafrechtliche Geheimhaltungspflicht aufhebt.<sup>761</sup> Vorliegend interessiert, ob und wie der Kunde über für ihn entscheidungsrelevante Informationen unter *FATCA* aufgeklärt wird bzw. ob sich seine Informationslücken bereits aufgrund von Bestimmungen des FATCAG schliessen lassen. Für die Datenweitergabe nach Art. 10 Abs. 1 lit. a FATCAG bedarf die Bank nämlich der Zustimmung des Kunden.

#### **(1) Zustimmungserklärung nach FATCAG**

Gegenüber einem identifizierten *US*-Kunden ist die Bank zur Einholung einer Zustimmungserklärung für die Übermittlung seiner Daten verpflichtet.<sup>762</sup> Jedem identifizierten *US*-Kunden wird ein Schreiben<sup>763</sup> zugestellt, mit dem die Bank um Zustimmung zur Übermittlung von dessen Kontodaten an den *IRS* ersucht.<sup>764</sup> Die vom Kunden rechtsgültig unterzeichnete Zustimmungserklärung ermächtigt die Bank, die Kundeninformationen direkt an den *IRS* zu übermitteln.

Gelingt es der Bank nicht, eine solche rechtsgültig unterzeichnete Zustimmungserklärung vom identifizierten *US*-Kunden zu erhalten, oder fehlt die Angabe der *TIN*-Nummer, wird das Konto zu einem sog. *Non-Consenting US Account* (ein Konto ohne Zustimmungserklärung). Bezüglich solcher Konten ohne Zustimmungserklä-

---

<sup>760</sup> Vgl. dazu § 12 2 und § 13 2.

<sup>761</sup> Vgl. dazu § 14 2.2.

<sup>762</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. b (i) und lit. c *FATCA*-Abkommen.

<sup>763</sup> Diesem Schreiben beizulegen ist das «Orientierungsschreiben als Beilage zur Aufforderung der Banken betreffend Zustimmungserklärung hinsichtlich der Umsetzung des Foreign Account Tax Compliance Act (*FATCA*)» der *ESTV*.

<sup>764</sup> Diese Praxis entspricht dem sog. Modell 2-Abkommen. Bei Abkommen, die nach dem Modell 1 abgeschlossen sind, erfolgt der Datenaustausch zwischen den Behörden der Vertragspartner jährlich nach einem automatisierten Verfahren. Siehe etwa Art. 2 Abs. 1 des *FATCA*-Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika.

rungen muss die Bank dem *IRS* jährlich die Anzahl und den Gesamtbetrag der Vermögenswerte aller Konten melden, für welche sie über keine Zustimmungserklärung verfügt.<sup>765</sup> Dabei wird jedoch die Identität des betroffenen Kunden nicht offengelegt. Doch kann der *IRS* auf der Basis dieser aggregierten Informationen in der Folge von der ESTV mittels eines Amtshilfeersuchens in der Form eines Gruppeneersuchens, gestützt auf Art. 26 des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika in seiner durch das Protokoll vom 23. September 2009 modifizierte Fassung, die Übermittlung von Informationen zu den *Non-Consenting U.S. Accounts* verlangen.<sup>766</sup> Über diese Umstände ist der Bankkunde im Rahmen der Einholung der Zustimmung zur Herausgabe seiner Informationen nach FATCAG zu informieren.<sup>767</sup>

## (2) *Informationsdefizit des Kunden*

Wie erläutert, unterliegt die Bank im Rahmen der *FATCA*-Gesetzgebung einem umfassenden öffentlich-rechtlichen Pflichtenkatalog. Dennoch dürfen das zivilrechtliche Verhältnis zwischen Bank und Bankkunde und insbesondere die zivilrechtliche Interessenwahrungspflicht der Bank gegenüber dem Bankkunden nicht ausser Acht gelassen werden. Die Bank ist gegenüber dem Kunden zur Aufklärung über entscheidungsrelevante Umstände verpflichtet, sofern zwischen den Parteien eine «unbillige» Informationsasymmetrie vorliegt.<sup>768</sup>

Nachfolgend wird geprüft, ob zwischen Bank und Kunde in Zusammenhang mit der *FATCA*-Meldepflicht eine «unbillige» Informationsasymmetrie in Bezug auf nachfolgende Umstände besteht: (i) auf die gesetzliche Meldepflicht der Bank an sich sowie auch (ii) auf die Informationen, welche weitergegeben werden, letztlich aber auch (iii) darauf, welche Informationen zur Identifizierung der meldepflichtigen Konten beigezogen werden.

Vorausgesetzt wird dafür, dass die Bank einen Wissensvorsprung hat und beim Kunden ein Informationsbedarf besteht.<sup>769</sup> Dies ist im Rahmen der Meldepflicht nach Art. 10 FATCAG grundsätzlich zu bejahen, da der Kunde sich kaum des Umfangs der Einschränkung des schweizerischen Bankgeheimnisses durch die *FATCA*-Gesetzgebung bewusst ist. Dazu kommt, dass vom Kunden jedenfalls kurz nach Inkrafttreten des FATCAG in den meisten Fällen nicht erwartet werden kann, dass er

---

<sup>765</sup> Art. 10 Abs. 1 lit. b FATCAG.

<sup>766</sup> Vgl. Art. 5 *FATCA*-Abkommen.

<sup>767</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. c (i) *FATCA*-Abkommen.

<sup>768</sup> Vgl. dazu § 11 1.

<sup>769</sup> Siehe FN 444.

sich der Sorgfaltspflichten seiner Bank sowie als deren allfällige Konsequenz seiner Eigenschaft als meldepflichtiger Person bewusst ist. Der Kunde weiss in diesem Zusammenhang selten über die von der Bank beizuziehenden Informationen und die eine Meldepflicht auslösenden Indizien Bescheid. Darüber hinaus ist er sich kaum der weiterzugebenden Informationen bewusst. Aufgrund der zivilrechtlichen Treuepflicht erwartet der Kunde jedoch Mitteilung von Tatsachen, die für ihn von ausschlaggebender Bedeutung sind. Bereits der Umstand, dass persönliche und finanzielle Informationen an ausländische Behörden weitergegeben werden, ist wesentlich. Insbesondere im Lichte der allfällig daraus resultierenden Konsequenzen für den Kunden muss die Wesentlichkeit der Information bejaht werden. Darüber hinaus wird der Kunde besonders bei einer von Vertrauen geprägten Geschäftsbeziehung Aufklärung über für ihn wesentliche Umstände erwarten. Die Herausgabe von Kunden- und Finanzinformationen an den *IRS* und die damit eingehende Einschränkung des Bankgeheimnisses sind wesentliche Umstände, bei welchen sich die Kunden bei Kenntnis allenfalls zu einem anderen Verhalten entschliessen würden.

Die Bank wird sich von einer allfälligen Haftung in Zusammenhang mit der Weitergabe von Kundendaten unter *FATCA* an den *IRS* zivilrechtlich entbinden. Darüber hinaus sind die Risiken eines Verstosses gegen die vertragliche Informationspflicht gegenüber dem Kunden im Allgemeinen überschaubar.<sup>770</sup> Auch eine allfällig aus der *FATCA*-Meldepflicht resultierende Schadensposition im Sinne einer beim Kunden eingetretenen Steuerschuld kann dieser wohl nicht auf die Bank überwälzen.<sup>771</sup> Der Kausalzusammenhang ist bei Verletzungen der zivilrechtlichen Aufklärungspflichten komplex und in der Praxis schwer zu beweisen.<sup>772</sup> Letztendlich setzt sich die Bank jedoch der Gefahr aus, das Vertrauen des Bankkunden zu verlieren, wenn sie es unterlässt, ihn zumindest getreu und wahrheitsgemäss über für ihn entscheidungsrelevante Umstände zu informieren. Es ist davon auszugehen, dass beim Kunden ein Informationsdefizit besteht in Bezug auf die weiterzugebenden Informationen sowie welche Informationen überhaupt zur Begründung der Meldepflicht beigezogen werden.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine zivilrechtliche Aufklärungspflicht der Bank gegenüber dem Kunden in Zusammenhang mit der Datenweitergabe

---

<sup>770</sup> Ähnlich in Bezug auf AIA EGGEN/DÖBELI, SBT 2016, S. 103.

<sup>771</sup> Als nicht überwälzbarer Schaden gelten Steuerbussen und weitere Bussen, die dem Kunden auferlegt werden, *siehe* etwa KOLLER T., Strafsteuern, S. 1301. Dasselbe gilt aber auch für die anfallenden Steuern als solche, *siehe* dazu etwa KOLLER T., Steuerbussen, S. 201 f.

<sup>772</sup> *Siehe* zu den besonderen Kausalitätsproblemen bei Verletzung der Aufklärungspflichten ABEGGLEN, Aufklärungspflicht, S. 88 f.

nach FATCAG zu bejahen ist. Die Bank befindet sich aufgrund der gesetzlichen Pflichten in einem unvermeidbaren Loyalitätskonflikt, den sie nur durch Offenlegung ihrer gesetzlichen Pflichten und der damit verbundenen Datenweitergabe beheben kann.

#### **d. Aufklärung im Rahmen der Meldepflicht nach AIAG**

Das AIAG enthält ähnlich wie das FATCAG eine gesetzliche Grundlage für die Meldung und die Weitergabe von Bankkundeninformationen. Durch Art. 15 AIAG verfügt die Bank über einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund, der sowohl die privatrechtliche wie auch die strafrechtliche Geheimhaltungspflicht aufhebt.<sup>773</sup> Im Unterschied zum FATCAG und insbesondere zum GwG erfuh die vorliegend interessierende Thematik der Information des Kunden über die Tatsache, dass ihn betreffende Kundeninformationen an Behörden weitergegeben werden, im AIAG eine gesetzliche Grundlage.

##### **(1) Informationspflicht nach AIAG**

Gemäss Art. 14 Abs. 1 AIAG hat die Bank die vom AIA betroffenen Kunden etwa darüber zu informieren, (i) dass sie betreffende Informationen gemeldet werden, (ii) welche Informationen ausgetauscht werden sowie (iii) welche Staaten als AIA-Partnerstaaten der Schweiz gelten.<sup>774</sup> Als gesetzliches Minimum gilt die einmalige und abstrakte Information.<sup>775</sup> Die Information des Kunden gilt jedoch nicht als Voraussetzung für die Meldung seiner Daten. Unterlässt es die Bank, die meldepflichtigen Personen gemäss Art. 14 Abs. 1 AIAG zu informieren, hat sie dennoch Meldung zu erstatten. Jedoch unterliegt die vorsätzliche Verletzung der Informationspflicht durch die Bank den Strafbestimmungen nach Art. 32 AIAG und kann eine Busse nach sich ziehen. Diese öffentlich-rechtliche Informationspflicht und die entsprechende Strafbestimmung sollen der Gewährleistung von Transparenz bei der

---

<sup>773</sup> Vgl. dazu § 14 2.2.

<sup>774</sup> Darüber hinaus sind die betroffenen Kunden (iv) über die Eigenschaft der Bank als meldendes schweizerisches Finanzinstitut, (v) die Abkommen nach Art. 1 Abs. 1 AIAG und deren Inhalt, (vi) die zulässige Nutzung der Informationen sowie (vii) die Rechte der Kunden nach AIAG und DSG zu informieren. *Siehe* zum Ganzen Art. 14 Abs. 1 lit. a–e AIAG.

<sup>775</sup> Das Finanzinstitut muss spätestens bis zum 31. Januar des Jahres der ersten Übermittlung informieren. Es kann dies aber schon früher tun, zum Beispiel zu einem Zeitpunkt, an dem mit dem Ansässigkeitsstaat der betroffenen Person noch kein AIA vereinbart worden ist, *siehe* BBl 2015 5500. Da die Schweiz ab 2018 Daten übermitteln wird, müssen die Kunden nach Art. 14 AIAG bis spätestens zum 31. Januar 2018 informiert worden sein.

Verwendung und dem Austausch von Informationen dienen.<sup>776</sup> Auf Ersuchen des Bankkunden wird diesem sogar eine Kopie der Meldung zugestellt.<sup>777</sup>

## (2) *Informationsdefizit des Kunden*

Obschon die Bank einem umfassenden öffentlich-rechtlichen Pflichtenkatalog gegenüber der Behörde unterliegt, spielt die zivilrechtliche Beziehung im Verhältnis zwischen Bank und Bankkunde auch im Rahmen des AIA eine bedeutende Rolle.<sup>778</sup> Vorliegend interessiert insbesondere, ob über die erwähnte öffentlich-rechtliche Pflicht hinaus auch eine zivilrechtliche Verpflichtung der Bank zur Aufklärung des Kunden besteht. Für die Begründung der zivilrechtlichen Aufklärungspflicht bedarf es jedoch einer «unbilligen» Informationsasymmetrie zwischen der Bank und dem Kunden.<sup>779</sup>

Durch die mediale Präsenz rund um das Inkrafttreten des AIA sowie insbesondere aufgrund der Informationspflicht nach Art. 14 Abs. 1 AIAG kann eine gewisse Grundkenntnis beim Kunden als gegeben erachtet werden, wodurch sich die Informationsasymmetrie zwischen ihm und der Bank grundsätzlich verringert.<sup>780</sup> Auch über die laufende Aktualisierung der AIA-Partnerstaaten wird in den Medien regelmässig berichtet.<sup>781</sup> Es lässt sich festhalten, dass diesbezügliche Informationslücken geschlossen wurden.

Dennoch bleibt der Kunde in Bezug auf einen sehr wesentlichen Umstand trotz der Informationspflicht nach Art. 14 Abs. 1 AIAG uninformiert. Bei ihm besteht nämlich

---

<sup>776</sup> Vgl. BBl 2015 5501.

<sup>777</sup> Art. 14 Abs. 4 AIAG.

<sup>778</sup> Die Bank muss sich bspw. für die erstmalige Einholung der AIA-Selbstauskunft auf die privatrechtliche Beziehung zum Kunden stützen. Bezüglich Selbstauskunft verpflichtet das AIAG Kunden zwar zur Mitteilung von veränderten Gegebenheiten, jedoch wird nur diese Nichtaktualisierung sowie die Falscherteilung von Selbstauskünften unter Strafe gestellt, vgl. Art. 18 und 35 AIAG. Eine allgemeine Pflicht zur Abgabe von Selbstauskünften enthält das AIAG nicht und es wird auch nicht unter Strafe gestellt, *siehe e contrario* die Ausführungen zu Art. 36 E-AIAG in der Botschaft zur Genehmigung der AIA-Vereinbarung, vgl. BBl 2015 5513; *ausführlicher* zur Selbstauskunft EGGEN/DÖBELI, SBT, S. 83.

<sup>779</sup> *Siehe* FN 445.

<sup>780</sup> Vgl. ZÜRCHER, Tagesanzeiger; GRATWOHL, NZZ; KOBLER, SRF; *siehe* zum Inhalt der AIAG-Informationspflicht S. 215 f. und FN 774.

<sup>781</sup> Vgl. SCHÖCHLI, NZZ, 1. Paragraph: «Ab 2019 weitet Bern diesen automatischen Informationsaustausch (AIA) auf einige Dutzend andere Staaten wie Russland, China und Brasilien aus, so dass die Schweiz bald rund 80 AIA-Partner haben dürfte.»

ein Informationsdefizit in Bezug darauf, welche Informationen zur Begründung der Meldepflicht nach Art. 15 AIAG überhaupt beigezogen werden können.

Im Kontext des AIA wird in der Lehre teilweise empfohlen, dass sich die Bank gerade so viele Informationen einholt wie nötig, um ihren AIA-Meldepflichten nachkommen zu können, nicht aber ohne Grund darüber hinausgehende Angaben vom Kunden einfordert.<sup>782</sup> Hintergrund dieser Überlegung bildet der Umstand, dass die Bank bei Vorliegen von zusätzlichen Kundeninformationen auf Ungereimtheiten im Rahmen der vom Kunden gemachten Angaben stossen kann und dadurch Indizien für eine steuerliche Ansässigkeit in einem AIA-Partnerstaat erhält. Da die erforderliche Verdachtsschwelle tief angesetzt ist, begründen bereits einzelne Indizien eine Datenübermittlung an einen AIA-Partnerstaat.<sup>783</sup>

Betrachtet man die Situation der Bank isoliert und einzig bezogen auf den AIA, mag diese Ansicht nachvollziehbar erscheinen. Dabei bleibt jedoch unberücksichtigt, dass die Bank viele Kundeninformationen im Rahmen ihrer zivilrechtlichen, aber auch aufsichts- und geldwäschereirechtlichen *KYC*-Pflichten bereits gesammelt hat bzw. fortlaufend sammeln wird.<sup>784</sup> In auftragsrechtlichen Verhältnissen bildet die Offenbarung von vertraulichen Informationen durch den Auftraggeber oftmals sogar Voraussetzung für die Tätigkeit des Beauftragten bzw. für die Erreichung des Vertragszwecks.

Unter dem Aspekt der Wahrung des Kundeninteresses und im Lichte der allfällig aus der Meldung resultierenden Konsequenzen für den Kunden kann die Wesentlichkeit der Aufklärung darüber, dass jegliche Kundeninformationen im Rahmen der AIA-Identifizierungsverfahren beigezogen werden, nicht verneint werden. Das Beiziehen dieser Kundeninformationen für die Identifizierung gilt als wesentlicher Umstand, bei welchem sich der Kunde bei Kenntnis allenfalls zu einem anderen Verhalten entschlossen hätte bzw. sich künftig entschliessen würde.

Aus haftungsrechtlichen Überlegungen sind die Risiken eines Verstosses gegen die vertragliche Informationspflicht gegenüber dem Kunden jedoch überschaubar.<sup>785</sup> Selbst wenn die privatrechtlich gesammelten Informationen für die Erfüllung der AIA-Sorgfaltspflichten verwendet werden, wäre eine unterlassene Aufklärung dieses Umstandes für den Kunden schwer zu beweisen.<sup>786</sup> Auch eine allfällig daraus resul-

---

<sup>782</sup> So etwa EGGEN/DÖBELI, SBT 2016, S. 101.

<sup>783</sup> Vgl. dazu § 12 3.

<sup>784</sup> Vgl. dazu die Übersicht in Tabelle 1.

<sup>785</sup> Ähnlich EGGEN/DÖBELI, SBT 2016, S. 103.

<sup>786</sup> Allgemein ist der Kausalzusammenhang bei Verletzungen der zivilrechtlichen Aufklärungspflicht komplex und schwer zu beweisen. *Siehe* auch 772.

tierende Schadensposition im Sinne einer eingetretenen Steuerschuld kann er wohl nicht auf die Bank überwälzen.<sup>787</sup> Letztendlich setzt sich die Bank wie bei *FATCA* jedoch der Gefahr aus, das Vertrauen des Bankkunden zu verlieren, wenn sie es unterlässt, ihn zumindest getreu und wahrheitsgemäss über für ihn entscheidungsrelevante Umstände zu informieren.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine zivilrechtliche Aufklärungspflicht der Bank auch im Rahmen des AIA zu bejahen ist. Tatsächlich sind bereits viele wesentliche Informationen durch die öffentlich-rechtliche Informationspflicht nach Art. 14 AIAG oder durch die Berichterstattung öffentlicher Medien abgedeckt. Unter dem Blickwinkel der Interessenwahrungspflicht muss jedoch eine Aufklärung des Kunden über die beizuziehenden Informationen im Rahmen des AIA bejaht werden. Die Bank befindet sich aufgrund der gesetzlichen Meldepflichten in einem unvermeidbaren Loyalitätskonflikt, den sie wie unter *FATCA* nur durch Offenlegung von den für den Kunden entscheidungsrelevanten Aspekten bezüglich der Datenweitergabe beheben kann.

### 3. Zwischenfazit

Bei Behörden wurde ein grosses Interesse an Bankkundeninformationen geweckt. Diesbezüglich stellen sich spannende Fragen insbesondere hinsichtlich der zivilrechtlichen Treuepflichten zur Aufklärung des Bankkunden in Zusammenhang mit den Informationen, die der Kunde der Bank im Rahmen der Geschäftsbeziehung offenbart. Es konnte festgestellt werden, dass insoweit entscheidungsrelevante Informationslücken auf Kundenseite bestehen. Darüber hinaus nimmt das gegenseitige Vertrauen in Geschäftsbeziehungen zwischen Bank und Kunde, ja allgemein im Geschäftsverkehr, eine nicht zu unterschätzende Rolle ein.<sup>788</sup> Hierzu wurde angeführt, dass die Grundlagen des Kundenvertrauens schlicht auf der Erfüllung der grundlegendsten Erwartungen, nämlich dem Schutz des Vermögens und der Identität, basieren.<sup>789</sup> Galt das Bankgeheimnis lange Zeit als fester Fels im schweizerischen Finanzmarktrecht, wurde dieses gegenüber Behörden durch die Übernahme globaler Standards im Bereich der internationalen Steuertransparenz ausgehöhlt. Diese Neuerungen im Umgang mit Bankkundendaten können sich wiederum auf das Kundenver-

---

<sup>787</sup> Siehe FN 771.

<sup>788</sup> Vgl. dazu § 4 2.2 a.

<sup>789</sup> Siehe FN 680.

trauen in die Bank, und zwar insbesondere auf das Vertrauen in die Integrität und in die Wahrung des Kundeninteresses, auswirken.

Die Anhäufung der gesetzlichen Meldepflichten gegenüber Behörden verlangt nach Transparenz und Offenlegung gegenüber dem Kunden. Werden nämlich Banken zur Erfüllung staatlicher Aufgaben eingesetzt, haben sie die Interessen des Kunden hinter diejenigen des Staates zu stellen. Nimmt die Bank staatliche Aufgaben wahr und greift sie in Erfüllung dieser Pflichten in die Privatsphäre des Kunden ein, indem sie sensible Informationen über ihn einer Behörde weiterleitet, werden zudem zentrale auftragsrechtliche Pflichten ausgehöhlt und ein Spannungsfeld entsteht.

Ein Spannungsfeld ergibt sich ferner daraus, dass die Bank einerseits im privatrechtlichen Verhältnis mit dem Kunden auf seine Informationen angewiesen ist; andererseits muss sie diese aber aufgrund öffentlich-rechtlicher Pflichten gegenüber Behörden offenbaren, wobei wiederum zivilrechtliche Verhaltenspflichten verdrängt werden. Zentral ist dabei, dass *KYC*-Dokumentationen nicht mehr nur die kundengerechte Verwaltung des Vermögens gewährleisten sollen, sondern zunehmend und in einem immer grösseren Umfang zur Erfüllung staatlicher Aufgaben wie der Verhinderung von Finanzkriminalität und Steuerhinterziehung beigezogen werden.

Trotz geringer haftungsrechtlicher Risiken für die Bank ergibt sich dennoch die zentrale Fragestellung, wie die Bank die Interessen des Bankkunden in Anbetracht der gegebenen Entwicklung am besten wahrt. Dies kann durch den Hinweis erfolgen, dass sämtliche ihr anvertrauten Informationen früher oder später Behörden weitergegeben werden müssen. Diese Ehrlichkeit würde zumindest das im privatrechtlichen Verhältnis immer noch notwendige Vertrauen zwischen Bank und Kunde fördern. Schliesslich ist es zivilrechtlich ihre Pflicht, die Kundeninteressen zu wahren und den Kunden über für ihn entscheidungsrelevante Umstände aufzuklären. Ein Handlungsbedarf zeigt sich auch daran, dass lediglich 17 % der Bankkunden darauf vertrauen, dass die Bank an ihrem langfristigen Wohlergehen interessiert ist.<sup>790</sup>

Da ein Ende der Instrumentalisierung der Bank als Informationsquelle für Behörden zur Erfüllung staatlicher Aufgaben nicht absehbar ist – und Banken zunehmend die öffentlichen sowie ihre eigenen Interessen über die Kundeninteressen stellen – verlangt das dadurch entstandene Spannungsfeld nach Transparenz und Offenlegung der Datenweitergabe aufgrund der gesetzlichen Meldepflichten gegenüber dem Kunden.

Dies rechtfertigt sich ferner dadurch, dass der schweizerische Gesetzgeber immer noch von einem mündigen Anleger ausgeht, der etwa durch Offenlegung und Transparenz vor Risiken geschützt werden soll. Tatsächlich wird das Konzept des rationa-

---

<sup>790</sup> EY, Banking Survey Schweiz, S. 12. *Siehe* auch FN 12.

len Anlegers zunehmend in Frage gestellt. Begründet wird diese Ansicht durch verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse, die belegen sollen, dass der Kunde durch Offenlegung und Transparenz bezüglich des Risikoprofils einer Kapitalanlage aufgrund der Komplexität und Fülle dieser zu verarbeitenden Informationen nicht ausreichend geschützt ist.<sup>791</sup>

Zur Wirkung der Offenlegung über die Datenweitergabe, d. h. welche Informationen unter welchen Umständen an welche Behörden weitergereicht werden, und ob dies vom Kunden überhaupt verarbeitet werden kann, liegen zwar keine verhaltenswissenschaftlichen Erkenntnisse vor. Aufgrund der viel geringeren Komplexität dieser Informationen ist jedoch davon auszugehen, dass der mündige Anleger in der Lage sein wird, diese zu verarbeiten, und als Folge selbstverantwortlich darüber urteilt, welche Informationen er der Bank anvertrauen will, und zwar in voller Kenntnis über allfällige Konsequenzen.

---

<sup>791</sup> Vgl. BAISCH/WEBER R., Product Governance, S. 407; *siehe* zur Verhaltensökonomik mit Bezug zum Finanzmarktrecht etwa HACKER, S. 1 ff.; *siehe* zu den Anforderungen an die *Suitability* in Zusammenhang mit Verhaltenserkenntnissen BAISCH/WEBER R., Behavioural Law, S. 166, wonach rationale Entscheidungen durch Emotionen, Vorurteile, übersteigertes Selbstvertrauen und Trägheit limitiert werden. *Siehe* auch S. 171: «Looking at retail investors the regulator must abandon the idea of decision-making based on rational choice assumptions.»

## § 15 Vertragliche Ausgestaltung der Datenweitergabe

Im vorliegenden Kapitel wird die Wirkung der Meldepflichten auf die vertragliche Beziehung zum Kunden untersucht. Im Vordergrund stehen Klauseln betreffend den Umgang mit Kundendaten sowie die Mitwirkungsobliegenheit des Kunden. Dabei wird auch geprüft, ob diesen Klauseln Schranken gegenüberstehen und ob weitere Massnahmen zum Schutz des Kundenvertrauens notwendig sind.

### 1. Banktypische Vertragsklauseln und ihre Schranken

Klauseln zum Umgang mit Kundendaten sowie zur Mitwirkung des Kunden finden sich üblicherweise im Vermögensverwaltungs- bzw. Anlageberatungsvertrag und in den allgemeinen Geschäftsbedingungen (nachfolgend AGB). Der Vermögensverwaltungs- bzw. Anlageberatungsvertrag gilt als Basisvertrag und regelt zentrale Elemente der Vertragsbeziehung zwischen Bank und Bankkunde.<sup>792</sup> AGB gelten als Ergänzung zum Vermögensverwaltungsvertrag und dienen einer klaren Regelung der gegenseitigen Beziehungen.<sup>793</sup>

Als Schranken der vertraglichen Ausgestaltung gelten die allgemeinen vertraglichen Gültigkeitsvoraussetzungen sowie die AGB-Kontrolle.

#### 1.1 Einzelne banktypische Vertragsklauseln

##### a. Klausel zur Mitwirkungsobliegenheit des Kunden

Ein essentieller Aspekt des Vermögensverwaltungsvertrags bildet die Darlegung der Mitwirkung des Kunden.<sup>794</sup> Ganz allgemein sind für die Ausführung der Vermögen-

---

<sup>792</sup> Siehe für eine Aufzählung der Einzelpunkte des Vermögensverwaltungsvertrages bspw. FINMA, RS 2009/1, Rz 9 ff.; vgl. aus dem deutschen Recht SETHE, Anlegerschutz, S. 79 ff.

<sup>793</sup> Ausführlicher zu AGB von Banken etwa WIDMER, Rz. 385 ff.

<sup>794</sup> In Auftragsverhältnissen handelt es sich bei der Mitwirkung des Auftraggebers nicht um echte Vertragspflichten, sondern bloss um Obliegenheiten. Vgl. zur Unterscheidung BK-FELLMANN, Art. 394 OR, Rz 279; vgl. auch FN 260 und 265.

verwaltung und Anlageberatung die Erteilung von Auskünften zur persönlichen und finanziellen Situation sowie auch die Aushändigung von Unterlagen erforderlich.<sup>795</sup>

In der Praxis lässt sich eine Erweiterung der verlangten Mitwirkung des Kunden feststellen. Der Kunde wird vertraglich zur Mitteilung von persönlichen sowie regulatorisch notwendigen Informationen und weiteren von der Bank verlangten Informationen verpflichtet.<sup>796</sup> Insbesondere wird die Mitwirkung des Kunden bei veränderten Gegebenheiten verlangt.<sup>797</sup> Die relevanten Änderungen betreffen bspw. die persönlichen Angaben wie Name, Adresse, Kontaktangaben, Nationalität des Kunden sowie der weiteren an der Bankbeziehung beteiligten Personen. Zudem hat der Kunde die Bank über Änderungen in Zusammenhang mit Vollmachten oder Zeichnungsberechtigungen, seien dies Erteilungen oder Widerrufe, unverzüglich zu informieren.

Darüber hinaus werden Neukunden vertraglich zur Abgabe einer *FATCA*-Zustimmungserklärung bzw. einer *AIA*-Selbstauskunft im Rahmen der Kontoeröffnung verpflichtet. Dabei verpflichtet sich der Kunde auch zur Mitteilung von veränderten Gegebenheiten. Verweigert sich ein Neukunde der Zustimmungserklärung nach *FATCA* bzw. der initialen Selbstauskunft nach dem *AIA*, wird die Bank in den meisten Fällen kein Vertragsverhältnis mit dem Kunden eingehen.<sup>798</sup> Die Mitwirkung des Kunden wird dadurch zur Bedingung für den Vertragsabschluss mit der Bank. Wohlgemerkt betrifft diese Mitwirkung überwiegend Informationen, aus denen sich die steuerliche Ansässigkeit herleiten lässt, und weniger solche, die der Erreichung des Vertragszwecks dienen.

## **b. Klausel zum Umgang mit Kundendaten**

Bank-AGB enthalten üblicherweise eine Klausel zum Umgang mit Kundendaten.<sup>799</sup> Unter dem Titel «Datenschutz und Bankgeheimnis» der AGB finden sich regelmä-

---

<sup>795</sup> Siehe FN 45, 714 und 715.

<sup>796</sup> Siehe etwa [www.credit-suisse.com](https://www.credit-suisse.com), «Allgemeine Geschäftsbedingungen» von Dezember 2017, gefunden am 7. Februar 2018 unter <https://www.credit-suisse.com/media/assets/legal/allgemeine-geschäftsbedingungen-und-depotreglement-110010.pdf>, Art. 3, Mitteilungspflichten (nachfolgend Credit Suisse, AGB).

<sup>797</sup> Vgl. Credit Suisse, AGB, Art. 3, Mitteilungspflichten.

<sup>798</sup> Ausführlicher zur Selbstauskunft im Rahmen des *AIA* EGGEN/DÖBELI, SBT 2016, S. 84 f.

<sup>799</sup> Siehe zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (nachfolgend EU-DSGVO), Art. 1 ff.; ausführlicher zu den Auswirkungen der EU-DSGVO auf die Schweiz EDÖB, «Die EU-Datenschutzgrundverordnung und ihre Auswirkungen auf die Schweiz»,

sie Ausführungen zur Geheimhaltungspflicht über Daten, welche die Geschäftsbeziehung mit dem Kunden betreffen. Diese Klausel ist wenig verwunderlich, ist die Verschwiegenheits- und Geheimhaltungspflicht doch Ausdruck des Vertrauens, welches der Kunde nach Treu und Glauben von der Bank erwartet.<sup>800</sup> Schliesslich ergibt sich die Geheimhaltungspflicht der Bank aus verschiedenen Rechtsgrundlagen.<sup>801</sup>

Die Pflicht zur Geheimhaltung unterliegt sodann zahlreichen Einschränkungen.<sup>802</sup> Die Einschränkung des Geheimnisschutzes bzw. des Bankgeheimnisses zeigt sich folglich auch in den Bank-AGB. So endet die besagte Klausel zum Umgang mit Kundendaten regelmässig mit folgender Passage: «In jedem Fall gelten die gesetzlichen oder aufsichtsrechtlichen Auskunftsbzw. Meldepflichten der Bank.»<sup>803</sup>

Durch Inkrafttreten des FATCAG und des AIAG wurde die vertragliche Diskretions- und Verschwiegenheitspflicht bzw. der Schutz der Kundendaten durch das Bankgeheimnis abgebaut. Es ist nicht davon auszugehen, dass sich der Kunde – auf Basis dieser sehr kurz gehaltenen AGB-Klausel – bewusst ist, dass die Entbindung vom Bankgeheimnis nun in einer Anhäufung von Fällen zur Anwendung kommen kann. Es fehlt an einer Auflistung über sämtliche relevanten Fälle, die eine Entbindung vom Bankgeheimnis rechtfertigen und damit das spiegelbildliche Recht der Bank zur Weitergabe der Kundendaten aufzeigen.<sup>804</sup>

Dass die Banken im Rahmen von *FATCA* zusätzlich eine Zustimmungserklärung des Kunden zur Weitergabe seiner Daten einholen bzw. den Kunden im Rahmen des AIA über die Datenübermittlung informieren, ist immerhin ansatzweise eine transpa-

---

vom Dezember 2017, gefunden am 15. März 2018 unter [http://www.viscom.ch/upload/die\\_eu\\_dsgvo\\_und\\_ihre\\_auswirkungen\\_auf\\_die\\_schweiz\\_de\\_def\\_2633810.pdf](http://www.viscom.ch/upload/die_eu_dsgvo_und_ihre_auswirkungen_auf_die_schweiz_de_def_2633810.pdf).

<sup>800</sup> BK-FELLMANN, Art. 398 OR, Rz 43; MARGIOTTA, S. 73; AUBERT/BÉQUIN/BERNASCONI/GRAZIANO-VON BURG/SCHWOB/TREUILLAUD, S. 50, wonach die Schweigepflicht zur «Usanz» gehört; vgl. dazu § 14 2.2.

<sup>801</sup> Siehe FN 684.

<sup>802</sup> Vgl. dazu § 14 2.2.

<sup>803</sup> Siehe etwa Credit Suisse, AGB, Art. 18; siehe auch [www.raiffeisen.ch](http://www.raiffeisen.ch), «Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)», Art. 13, gefunden am 23. Oktober 2017 unter: <https://www.raiffeisen.ch/content/dam/www/aare-reuss/dateien/Basisreglemente.pdf>.

<sup>804</sup> Ähnlich SCHALLER, Bank-AGB, S. 9.

rente Datenverarbeitung<sup>805</sup>, vermag jedoch nicht jede entscheidungsrelevante Informationslücke beim Kunden zu schliessen.<sup>806</sup>

## 1.2 Schranken der vertraglichen Ausgestaltung

### a. Allgemeine vertragsrechtliche Gültigkeitsvoraussetzungen

Im Rahmen der Formulierung von Klauseln müssen die allgemeinen vertragsrechtlichen Gültigkeitserfordernisse eingehalten werden. Insbesondere zu beachten sind die rechtlichen Inhaltsschranken nach Art. 19 Abs. 2 OR und Art. 20 Abs. 1 OR. Demnach dürfen Verträge keinen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt haben oder gegen die guten Sitten verstossen.<sup>807</sup> Sittenwidrig sind u.a. Verträge, die das Persönlichkeitsrecht einer Partei nach Art. 27 ZGB verletzen. Praktisch bedeutsam ist vor allem Art. 27 Abs. 2 ZGB, welcher sich im Gebiet des Vertragsrechts gegen rechtsgeschäftliche Verpflichtungen richtet, die die Freiheit eines Vertragspartners in sittenwidriger Weise beschränken.<sup>808</sup> Eine sittenwidrige Beschränkung der Freiheit eines Vertragspartners wird bspw. durch ein Übermass der Bindung begründet. Eine vertragliche Abmachung erreicht eine übermässige Bindung, wenn sie die persönliche Freiheit eines Vertragspartners in zeitlicher, örtlicher oder sachlicher Hinsicht derart einschränkt, dass sie diesen der Willkür eines anderen ausliefert.<sup>809</sup> Der Willkür der Bank ausgeliefert wäre ein Kunde dann, wenn die grundsätzliche Vertragserfüllungspflicht im Ermessen der Bank stünde.<sup>810</sup> Neben der Intensität der Bindung ist vor allem wesentlich, ob sich eine entsprechende Verpflichtung funktional rechtferti-

---

<sup>805</sup> MÜLLER, S. 1550, der den Banken zur Stärkung ihrer eigenen Rechtsposition bei exponierten Dienstleistungen empfiehlt, eine jeweils spezifische Verzichtserklärung des Kunden einzuholen.

<sup>806</sup> Im Rahmen der GwG-Meldepflicht erfolgt in der Regel, abgesehen vom allgemeinen AGB-Hinweis, keine Aufklärung. *Vgl.* dazu § 14 2.3 b, c und d.

<sup>807</sup> BK-KRAMER, Art. 19–20 OR, Rz 129.

<sup>808</sup> Statt vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, § 6, Rz 659.

<sup>809</sup> BGE 104 II 6, E. 2a, S. 8; ZK-EGGER A., Art. 27 ZGB, Rz 35; *bestätigend* BGE 111 II 330, E. 4, S. 337; BGE 114 II 159, E. 2a, S. 162; BGE 123 III 337, E. 5, S. 345 f.; BGer 4A\_68/2008 vom 10. Juli 2008, E. 3.3.2; BGE 123 III 337 E. 5 S. 346; BGE 138 III 322, E. 4.3.2, S. 329; BGer 4A\_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 5.4.

<sup>810</sup> BK-BUCHER, Art. 27 ZGB, Rz 15 und insb. Rz 308–311, der für die Frage der Gültigkeit einer Vertragsbindung das Kriterium der «Parität der Parteien» beizieht; *so* auch HUGUENIN/MAISSEN, *Versicherungsbedingungen*, S. 106, wonach eine «uneingeschränkte Auslieferung der einen Vertragspartei an die Wünsche und Ideen der anderen Partei [...] persönlichkeitswidrig» ist und entsprechend eine übermässige Bindung gemäss Art. 27 ZGB darstellt.

gen lässt.<sup>811</sup> Die Preisgabe von persönlichen Informationen durch den Kunden liegt in der Natur eines Auftragsverhältnisses. Solange der Kunde nicht zur Auskunft bestimmter Angaben verpflichtet wird, kann eine übermässige Bindung verneint werden.<sup>812</sup> Bezüglich Zustimmungserklärung und Selbstauskunft duplizieren die Klauseln die öffentlich-rechtlichen Pflichten der Bank, weswegen eine übermässige Bindung des Bankkunden ebenfalls zu verneinen ist. Das Gleiche gilt in Bezug auf die Klauseln zum Bankgeheimnis. Dabei handelt es sich um gesetzliche Auskunfts- und Meldepflichten der Bank, welche spiegelbildlich an den Kunden übertragen werden.

## b. AGB-Kontrolle

Schliesslich sind bei der Formulierung von AGB-Klauseln die spezifischen Anforderungen an die AGB-Kontrolle zu beachten.<sup>813</sup> Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unterliegt die Geltung vorformulierter AGB der Einschränkung durch die Ungewöhnlichkeitsregel. Die Ungewöhnlichkeitsregel bedeutet, dass Klauseln, mit denen eine Partei nicht gerechnet hat und aus ihrer Sicht zur Zeit des Vertragsabschlusses vernünftigerweise auch nicht rechnen musste, nicht Vertragsbestandteil werden.<sup>814</sup>

Gemäss Bundesgericht ist die Anwendbarkeit der Ungewöhnlichkeitsregel von einem subjektiven und einem objektiven Element abhängig. Zum einen kommt die Regel nur zum Tragen, wenn der betroffenen Person die Branchenerfahrung fehlt. Zum anderen muss die fragliche Klausel «objektiv beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt» aufweisen, d. h. zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fal-

---

<sup>811</sup> Im Arbeitsrecht hängt bspw. die Zulässigkeit eines Konkurrenzverbots davon ab, ob der betroffene Angestellte zuvor überhaupt eine kritische Funktion ausgeübt hat, vgl. etwa BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 340 OR, Rz 8–10.

<sup>812</sup> *Siehe* zu den Grenzen der Erkundigungspflicht § 6 5.

<sup>813</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, § 9, Rz. 1123 ff.; *siehe* auch WIDMER, Rz 67 ff. und insb. Rz 84 ff. für Ausführungen zur Ungewöhnlichkeitsregel.

<sup>814</sup> BGE 49 II 167, E. 6, S. 185–187; BGE 109 II 213, E. 2a, S. 217 f.; BGE 109 II 452, E. 4, S. 456 ff.; *bestätigend* BGE 119 II 443, E. 1a, S. 446; BGE 122 V 142, E. 4c, S. 146; BGer 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003, E. 3.1; BGE 135 III 1, E. 2.1, S. 7 und E. 1.3, S. 227; BGE 138 III 411, E. 3.1, S. 412; aus der Lehre MERZ, Festgabe Schönenberger, S. 148; GIGER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 66; FORSTMOSER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 46 und 47; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 OR, Rz 427 ff. und insb. Rz 498 f.; BUCHER, OR AT II, § 10/XIV, S. 156 und 157; vgl. in Bezug auf den Bankverkehr THALMANN, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 130 ff.

len.<sup>815</sup> Die generelle und ganzheitliche Aufhebung des Bankgeheimnisses gilt als ungewöhnlich, da das Bankgeheimnis als Kern der Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Bankkunde angesehen wird.<sup>816</sup> Selbst die Auskunftserteilung in Steuerbelangen und der Wegfall des Bankgeheimnisses im Verhältnis zu Steuerbehörden mag für geschäftsunerfahrene Kunden immer noch wenig naheliegend sein und daher aus subjektiver Weise als ungewöhnlich qualifiziert werden.<sup>817</sup> Objektiv haben sich *FATCA* wie auch der *AIA* und die damit einhergehenden Pflichten der Bank jedoch als globale Standards etabliert, welche dadurch kaum mehr als geschäftsfremd und objektiv unmöglich bezeichnet werden können. Folgt man dieser Argumentation, handelt es sich bei den mit den gesetzlichen Meldepflichten der Bank zusammenhängenden Klauseln nicht um ungewöhnliche Klauseln. Doch selbst ungewöhnliche Klauseln können unter gewissen Umständen als übernommen gelten. Die Rechtsprechung verlangt hierfür einen ausdrücklichen und deutlichen bzw. einen speziellen Hinweis auf die ungewöhnliche Klausel durch den Verwender der AGB zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.<sup>818</sup> Die einwilligende Partei muss die ungewöhnliche Vertragsklausel zur Kenntnis nehmen. Im Verhältnis zum Kunden holt die Bank bei der Umsetzung ihrer Pflichten nach *FATCA* bzw. *AIA* nämlich Zustimmungserklärungen bzw. Selbstauskünfte ein. Dadurch kann auch ein allenfalls erforderlicher spezieller Hinweis als gegeben betrachtet werden. Infolgedessen stellt die Ungewöhnlichkeitsregel kein Gültigkeitshindernis für die besagten Klauseln dar. Letztlich können gesetzliche Pflichten einer Bank allgemein kaum als geschäftsfremd oder objektiv ungewöhnlich betrachtet werden, denn die Klauseln stellen das Spiegelbild der Pflichten der Bank dar.

---

<sup>815</sup> BGE 119 II 443, E. 1a, S. 446: «c'est-à-dire qu'elle en modifie de manière essentielle la nature ou sorte notablement du cadre légal d'un type de contrat.» *Bejahend* BGE 138 III 411, E. 3.1, S. 413; BGE 135 III 1, E. 2.1, S. 7; BGer 4A\_187/2007 vom 9. Mai 2008, E. 5.1; aus der Lehre GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, § 9, Rz 1137 ff.

<sup>816</sup> *Gleicher Meinung* EMMENEGGER/ZBINDEN, SBT 2009, S. 231; NOBEL/BRÄNDLI, *Bank Secrecy*, S. 308: «As has long been the case, bank secrecy still exists in Switzerland. However, its operation has changed, in particular in the international context, as it no longer covers tax offences of international clients.» *Anderer Meinung* MÜLLER, S. 1545, der sich für die abnehmende Bedeutung des Bankgeheimnisses ausspricht und es als Kern der Geschäftsbeziehung ablehnt.

<sup>817</sup> *Ähnlich* in Bezug auf die Selbstauskunft nach *AIA*-Standard EGGEN/DÖBELI, SBT 2016, S. 86.

<sup>818</sup> So etwa BGE 135 III 1, E. 2.3, S. 9; BGer 4A\_419/2008 vom 28. Januar 2009, E. 1.5.

### 1.3 Zwischenfazit

Im Rahmen eines Zwischenfazits kann festgehalten werden, dass die Vertragswerke der Bank bei der Umsetzung neuer gesetzlicher Meldepflichten keiner zusätzlichen Klauseln bedürfen. Die Mitwirkungsobliegenheit des Kunden und die Regeln und Ausnahmen von der Geheimhaltungspflicht sind seit jeher in den Vertragsunterlagen der Bank enthalten. Dennoch zeigt sich, dass sich der Anwendungsbereich stetig vergrößert, was zuletzt eine Aushöhlung der auftragsrechtlichen Elemente eines Finanzdienstleistungsvertrags begünstigt. Da die entsprechenden Klauseln auf gesetzlichen Meldepflichten beruhen, bilden die Gültigkeitsvoraussetzungen sowie auch die Unmöglichkeitregel keine Hindernisse.

Es konnte insbesondere festgestellt werden, dass AGB-Klauseln zum Umgang mit Kundendaten allgemein gehalten und dementsprechend wenig aufschlussreich sind in Bezug auf die relevanten Ausnahmefälle vom Bankgeheimnis.

## 2. Massnahmen zum Schutz des Kundenvertrauens in die Bank

Angesichts der Entwicklungen in Sachen Steuertransparenz und Bekämpfung von Finanzkriminalität sowie aufgrund der Übernahme globaler Standards ins nationale Recht haben die Anzahl gesetzlicher Meldepflichten, bei denen Bankkundendaten von der Bank an Behörden weiterzugeben sind, in den letzten Jahren zugenommen. Darüber hinaus wurden meldepflichtige Sachverhalte ausgebaut.<sup>819</sup> Im Ergebnis führt dies zu einer Zunahme der Anzahl Meldungen und dementsprechend zu einer erleichterten Weitergabe von Bankkundendaten.

Infolgedessen bedarf es zum Schutz des Kundenvertrauens in die Bank, neben einem kurz gehaltenen Hinweis in den AGB zum Umgang mit Bankkundendaten und dem Vorbehalt gesetzlicher Meldepflichten, zusätzlicher Transparenz gegenüber dem Kunden. Denn in der Konsequenz masst sich die Bank durch die AGB-Klausel viele Rechte an, reduziert ihren zivilrechtlichen Pflichtenkanon und schränkt den Kunden bei der Ausübung seiner Rechtsposition ein.<sup>820</sup>

Letztlich basiert die ganze Bank/Kunden-Beziehung auf einem zivilrechtlichen Verhältnis. Werden wesentliche zivilrechtliche Pflichten einer Partei, welche überdies

---

<sup>819</sup> Vgl. dazu § 12 und § 13.

<sup>820</sup> Ähnlich MÜLLER, S. 1545, der in Zusammenhang mit der AGB-Klausel zur Wahrung berechtigter Interessen spezifische Verzichtserklärungen empfiehlt.

entscheidungsrelevante Umstände darstellen, reduziert, muss die andere Partei darüber in Kenntnis gesetzt werden. Im Einzelnen bedarf es der Offenlegung der Eckwerte und der Grössenordnung der Datenweitergabe gegenüber dem Kunden. Dadurch lassen sich beim Kunden vorhandene Informationslücken in Zusammenhang mit der Datenweitergabe aufgrund gesetzlicher Meldepflichten schliessen.

## **2.1 Offenlegung Eckwerte und Grössenordnung der Datenweitergabe**

### **a. Auflistung sämtlicher relevanter Meldepflichten**

Zum Schutz des Kundenvertrauens gegenüber dem Kunden bedarf es «in Fällen, in denen dies angemessen und sachgerecht erscheint»<sup>821</sup>, einer Auflistung der gesetzlichen Meldepflichten und damit einhergehend der Transparenz über (i) jegliche Entbindungs- bzw. Verzichtsfälle vom Bankgeheimnis im Sinne eines Spiegelbilds der Pflichten der Bank<sup>822</sup>; (ii) des Hinweises, dass Kundendaten durch die Übermittlung ausländischem Recht unterstehen können; (iii) der Aufklärung über die Rechte des Kunden in Zusammenhang mit der Datenweitergabe; sowie (iv) der Angaben über die Nutzung durch die empfangende Behörde.

Diese Offenlegung begünstigt die hinreichende Voraussehbarkeit seitens des Kunden, wann eine Entbindung vom Bankgeheimnis vorliegt bzw. wann eine Pflichtenkollision der Bank zugunsten<sup>823</sup> einer Meldepflicht gegenüber in- und ausländischen Behörden entschieden wird und Kundendaten weitergegeben werden. Zudem schliesst sie auf Kundenseite Informationslücken in Bezug auf die berechnete Verwendung und Nutzung der Informationen durch die Behörden. Die Bankkundeninformationen unterliegen unter Umständen nach der Übermittlung ausländischem Recht, im Rahmen von *FATCA* sind dies bspw. die Gesetze der *USA*. Das Bankgeheimnis ist eine Besonderheit der Schweizer Gesetzgebung. Ausländische Gesetze und Bestimmungen wenden mit Bezug auf das Bankgeheimnis und den Datenschutz andere Grundsätze an als das Schweizer Recht. In Zusammenhang mit der Datenübermittlung stehen dem Kunden oftmals auch Rechte, gestützt auf das DSG, zu und der Kunde kann im Rahmen des AIA gestützt auf das AIAG eine Kopie der Meldung

---

<sup>821</sup> Vgl. SCHALLER, Bank-AGB, S. 9, der dies in einem ähnlichen Zusammenhang in Bezug auf die Bankgeheimnis-Klausel in Bank-AGB verwendet.

<sup>822</sup> Siehe FN 804.

<sup>823</sup> Und dementsprechend zulasten der zivilrechtlichen Pflichten der Bank gegenüber dem Kunden. Vgl. dazu § 14 2 und 3.

verlangen.<sup>824</sup> Ihm stehen Einsichtsrechte über die gesammelten und zu übermittelnden Informationen gegenüber der Bank sowie auch gegenüber der ESTV zu.

## **b. Angaben zum Umfang der Bankkundeninformationen**

In Zusammenhang mit den gesetzlichen Meldepflichten ist stets auch der Umfang der Bankkundeninformationen relevant. Dieser lässt sich unterteilen in (i) weiterzugebende Kundeninformationen sowie in (ii) beizuziehende Kundeninformationen.

Die Bank gibt regelmässig folgende Informationen weiter: Name und die Adresse des Kunden, Informationen zur wirtschaftlichen Berechtigung, aber auch Kontoauszüge sowie die Höhe des bei der Bank deponierten Vermögens sowie Angaben zum Einkommen und zu den Erträgen. Die Weitergabe gestaltet sich je nach gesetzlicher Meldepflicht unterschiedlich.<sup>825</sup>

Viel weniger bekannt ist dem Kunden jedoch, welche Informationen zur Begründung der Meldepflicht überhaupt beigezogen werden.<sup>826</sup> Oftmals werden diverse *KYC*-Dokumente und Informationen, welche der Bankkunde im Rahmen der Geschäftsbeziehung mit der Bank offenbart hat, zur Identifikation meldepflichtiger Konten verwendet.<sup>827</sup> Dabei kann es um Informationen und Dokumente gehen, welche die Bank für die interessen- und anlegergerechte Verwaltung des Kundenvermögens gesammelt hat und welche sie für die *Suitability*-Prüfung benötigt, aber auch um solche, die sie sich aufgrund der Identifizierungs-, Feststellungs- und Abklärungspflichten zur Geldwäschereiprävention beschafft hat.<sup>828</sup> Der Kunde hat je nach gesetzlicher Grundlage der Meldepflicht das Recht, einerseits eine Kopie der Unterlagen zu verlangen,

---

<sup>824</sup> *Vgl.* in Zusammenhang mit den Rechten nach Datenschutzgesetz Art. 8 DSG. *Vgl.* auch das Recht auf Berichtigung unrichtiger Informationen nach Art. 5 DSG und Art. 6 DSG, wonach die grenzüberschreitende Bekanntgabe von Personendaten verboten ist, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Personen schwerwiegend gefährdet würde, namentlich weil eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleisten würde; *vgl.* ebenso Art. 14 Abs. 4 AIAG, aber auch Art. 19 AIAG, der explizit die Datenschutzrechte des DSG vorbehält; darüber hinaus steht dem Kunden gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR ein Einsichtsrecht in die über ihn im Rahmen des Auftrages gesammelten und erstellten Informationen und Dokumente zu. Dieses Recht kommt ihm zudem auch aufsichtsrechtlich nach dem E-FIDLEG zu. Dabei hat der Kunde nach Art. 18 Abs. 1 E-FIDLEG Anspruch auf eine physische Kopie der ihn betreffenden Dokumentation oder auf das Zugänglichmachen einer elektronischen Version. *Vgl.* dazu § 10.

<sup>825</sup> Eine Übersicht der Kundeninformationen, die nach GwG, FATCAG und AIAG weiterzugeben sind, findet sich in Tabelle 4.

<sup>826</sup> *Vgl.* dazu § 14 2.3.

<sup>827</sup> *Vgl.* dazu § 12 1, 2 und 3.

<sup>828</sup> *Vgl.* dazu § 6, § 7 und § 8.

welche zur Feststellung führten, dass es sich bei ihm um eine meldepflichtige Person handelt. Andererseits kann er unter Umständen gegenteilige Nachweise erbringen.<sup>829</sup> Entscheidend ist dabei, dass der Kunde gestützt auf das DSGVO von seinem Recht auf Einsicht in sämtliche ihn betreffenden bei der Bank vorhandenen Daten Gebrauch machen kann, einschliesslich der Angaben über deren Herkunft sowie über den Zweck und weitere Informationen zu deren Bearbeitung.<sup>830</sup> Die Wahrnehmung dieses Rechts ist Kunden zu empfehlen, insbesondere da einmal übermittelte Informationen, die sich im Nachhinein als unkorrekt herausstellen, nur bei Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids berichtigt werden können.<sup>831</sup> Die unkorrekten Informationen befinden sich dann jedoch bereits bei einer in- oder ausländischen Behörde.

## 2.2 Zwischenfazit

Aufgrund der zunehmenden Detaillierung gesetzlicher Pflichten besteht vermehrt die Gefahr von Kollisionen mit Vertragsrecht, welche letztlich in einen gesetzlich programmierten Loyalitätskonflikt münden.<sup>832</sup> Loyalitätskonflikte sollten wie Interessenkonflikte gegenüber dem Kunden offengelegt werden. Dabei soll die Bank transparent über die Sammlung und Weitergabe der Kundeninformationen informieren.<sup>833</sup>

Im Einzelnen soll über sämtliche Meldepflichten, die den vertraglichen Pflichten vorgehen, informiert werden, aber auch der Umfang der weiterzuleitenden und insbesondere der beizuziehenden Informationen soll offengelegt werden. Transparenz bezüglich dieser Eckwerte und der Grössenordnung der gesetzlich vorgeschriebenen Datenweitergabe kann das notwendige Kundenvertrauen in die Bank schützen. Schliesslich belegen auch aktuelle Kundenumfragen zum Thema «nicht traditionelle Finanzdienstleister», dass dem Schutz der persönlichen und finanziellen Informationen für Kunden immer noch grosse Bedeutung zugeschrieben wird.<sup>834</sup>

---

<sup>829</sup> So etwa in Zusammenhang mit *FATCA*, vgl. Art. 8 Abs. 1 und 2 *FATCAG*.

<sup>830</sup> *Siehe* FN 824.

<sup>831</sup> *Vgl.* Art. 19 Abs. 3 *AIAG*.

<sup>832</sup> *Vgl.* dazu § 14.

<sup>833</sup> *EDELMAN TRUST BAROMETER 2017*, «2017 Trust in Financial Services» vom 21. März 2017, 4. Abschnitt unter «Improving Upon the Trust Gap», gefunden am 12. Februar 2018 unter <https://www.edelman.com/post/accelerating-trust-in-financial-services>: «Full transparency about the collection, use and protection of corporate and personal data is also table stakes for the industry.»

<sup>834</sup> *Vgl.* *EY, Banking Survey Schweiz*, S. 23, wonach 82 % der befragten Kunden als Merkmal bei der Entscheidung, ein Finanzprodukt und/oder -service von einem nicht traditionellen Finanzdienstleister zu kaufen, die Sicherheit, dass die persönlichen und finanziellen Informationen geschützt werden, angeben.



---

## **Sechster Teil: Schlussbetrachtung**

Das zentrale Ziel dieser Arbeit bestand darin, die Pflichten zur Informationssammlung, zur Informationsvermittlung sowie zur Informationsweitergabe der Bank aufzuzeigen, um das daraus resultierende Spannungsfeld abzubilden und gleichzeitig offene Fragen und Unklarheiten, insbesondere hinsichtlich des künftigen Aufsichtsrechts sowie der Umsetzung von globalen Standards ins schweizerische Recht, zu diskutieren. Dazu wurden im Einleitungsteil erkenntnisleitende Forschungsfragen formuliert.

In abschliessender Würdigung der getätigten Untersuchungen ist es nun möglich, die wichtigsten Erkenntnisse hinsichtlich der Forschungsfragen zusammenzufassen und anschliessend einen Ausblick vorzunehmen.



---

## § 16 Wichtigste Erkenntnisse

Die Forschungsfragen lassen sich in vier Kategorien aufteilen: die Informationssammlung, die Informationsvermittlung, die Informationsherausgabe sowie das daraus resultierende Spannungsfeld für die Bank. Die Würdigung der wichtigsten Erkenntnisse erfolgt entlang dieser Aufteilung.

### Informationssammlung

Der zweite Teil behandelte in § 6 bis § 9 die Verpflichtungen der Bank zur Sammlung und Dokumentation von Bankkundeninformationen, welche sich aus dem Auftrags- und Aufsichtsrecht sowie aufgrund von Bestimmungen der Geldwäschereiprävention ergeben.

Einerseits sammelt die Bank Informationen und erkundigt sich über den Kunden, andererseits bedarf es entsprechender Offenbarungen des Kunden. Der Kunde überlässt der Bank einen Einblick in seine persönlichen und finanziellen Verhältnisse, da die Bank diese benötigt, um seinen Bedarf richtig einzuschätzen. Diese Umstände bilden letztlich eine notwendige Voraussetzung zur Erreichung des Vertragszwecks. Bereits das Aufsuchen einer Bank und Gespräche über finanzielle Angelegenheiten an sich sind etwas Vertrauliches. Die Preisgabe von persönlichen Informationen ist *per se* jeder Bankbeziehung inhärent. Der Kunde vertraut darauf, dass die Bank seine Daten geheim hält und dadurch sein Vermögen sowie seine Identität schützt. Die Erkundigungen der Bank umfassen schliesslich diverse sozioökonomische Informationen bezüglich des Kunden, aber auch dessen finanzielle Bedürfnisse sowie Kenntnisse und Erfahrungen.

Mit dem Inkrafttreten des E-FIDLEG wird der aufsichtsrechtliche Pflichtenkatalog bezüglich Erkundigungen der Bank zwar erweitert werden; überwiegend decken sich diese Pflichten jedoch mit denjenigen des Auftragsrechts. Das Parlament erwog vorübergehend sogar eine Angleichung des privatrechtlichen Schutzniveaus an die aufsichtsrechtlichen Vorschriften, indem mit der Einhaltung der Verhaltenspflichten des FIDLEG identische bzw. gleichgerichtete privatrechtliche Pflichten erfüllt gewesen wären.<sup>835</sup>

Eine Neuerung stellt die aufsichtsrechtliche Verankerung der *Suitability*-Prüfung dar. Im Ergebnis werden der Bank jedoch keine weitergehenden Erkundigungspflichten auferlegt. Dies folgt insbesondere aus der letztlich liberalen Lösung des Art. 16 E-FIDLEG für den Themenbereich der nicht beurteilbaren oder fehlenden Eignung.

---

<sup>835</sup> Siehe FN 125 und 130.

Es lässt sich festhalten, dass sich das politische Verlangen nach einem Ausbau des Anlegerschutzes abgeschwächt hat. Der informierte Kunde bleibt mündig und selbstverantwortlich, indem er selbst entscheidet, ob er die angedachte Dienstleistung in Anspruch nehmen will, und dies selbst, wenn sie sich aus Sicht der Bank als für ihn ungeeignet herausstellt.

Im Rahmen der Geldwäschereiprävention werden die zu sammelnden Kundeninformationen aufgrund von zusätzlichen Feststellungs- oder Abklärungspflichten laufend ausgebaut. So wurde das Vermutungsprinzip aufgehoben, wonach die Bank grundsätzlich ohne entgegenstehende Zweifel davon ausgehen konnte, dass der Vertragspartner mit dem wirtschaftlich Berechtigten an den Vermögenswerten identisch ist. Der wirtschaftlich Berechtigte muss fortan immer abgeklärt werden. Der Trend zum Ausbau der geldwäschereirechtlichen Pflichten der Bank hält an; so befindet sich die GwV-FINMA – als Folge des letzten *FATF*-Länderberichts über die Schweiz – in Anhörung.<sup>836</sup> Die angedachten Anpassungen betreffen u.a. die Verifizierung der Angaben zur wirtschaftlichen Berechtigung sowie die regelmässige Aktualisierung der Kundeninformationen.

Zudem wurden die geldwäschereirechtlichen Sorgfaltspflichten in dem Sinne erweitert, als die Umstände, die zwingend zu einer besonderen Abklärung führen, ergänzt wurden. So lösen neu auch Vermögenswerte, die allenfalls einem qualifizierten Steuerergehen entstammen, ebenso besondere Abklärungen der Bank aus, wie die Übereinstimmung bzw. Ähnlichkeit von Daten der Vertragspartei, des wirtschaftlich Berechtigten oder einer zeichnungsberechtigten Person mit denen, die die FINMA, eine SRO oder eine Spielbankenkommission mitgeteilt hat. Daneben wurden die Definitionen bezüglich PEP überarbeitet und ausgeweitet. So gelten u.a. auch Geschäftsbeziehungen zu inländischen PEP sowie zu ihnen nahestehenden Personen in Zusammenhang mit einem oder mehreren weiteren Risikokriterien als risikoerhöhte Geschäftsbeziehungen.

Überdies werden die Kundendokumentationen durch Audioaufzeichnungen ergänzt, da die FINMA im Zuge der Digitalisierung nunmehr Online- und Videoidentifizierungen zulässt. So kommt es zu einer zusätzlichen Einholung und Dokumentation von Lichtbildern.

Es lässt sich demnach feststellen, dass der Umfang der Kundenprofile laufend zunimmt, was insbesondere auf geldwäschereirechtliche Pflichten zurückzuführen ist. Banken sammeln und dokumentieren aufgrund der erläuterten Vorschriften sehr viele

---

<sup>836</sup> Siehe FINMA, Medienmitteilung vom 4. September 2017.

persönliche Informationen über ihre Kunden.<sup>837</sup> Traditionell dienen *KYC*-Informationen dazu, den umfassenden Schutz der Kundeninteressen zu gewährleisten und die Verwaltung kundengerecht durchzuführen. Sie basieren zivilrechtlich letztlich auf der einer Bankbeziehung inhärenten «Einblickgewährung» in die persönlichen Verhältnisse, aber auch auf der Annahme, dass die Bank diese Informationen vertraulich behandelt.

### **Informationsvermittlung**

Der dritte Teil setzte sich in § 10 und § 11 mit den Voraussetzungen zum Bestand und Inhalt der Informationsvermittlungspflichten auseinander. Die Informationsvermittlungspflichten gegenüber dem Kunden lassen sich unterteilen in solche, die unaufgefordert zu erbringen sind, sowie in solche auf Verlangen des Kunden. Als Ersteere gelten die Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten, welche überwiegend Zukünftiges betreffen. Bei Letzteren handelt es sich um Rechenschaftspflichten, die sich auf Vergangenes beziehen.<sup>838</sup>

Die Rechenschaftspflichten ergeben sich direkt aus Art. 400 Abs. 1 OR und ermöglichen dem Auftraggeber die Kontrolle über die Tätigkeiten des Beauftragten. Danach schuldet die beauftragte Bank auf Verlangen des auftraggebenden Kunden einerseits Auskunft über den gesamten Ablauf und die Ereignisse ihrer Tätigkeit, andererseits muss sie Rechenschaft über die Einnahmen und Ausgaben ablegen. Im Einzelnen informiert die Bank den Kunden auf Verlangen regelmässig über Stand, Zusammensetzung und Entwicklung der verwalteten Vermögenswerte in Form von Konto- und Depotauszügen und Performance-Übersichten sowie über das geschuldete Honorar und weitere Kosten.<sup>839</sup> Dem Kunden steht aufgrund des E-FIDLEG ein ähnlicher Rechenschafts- und Herausgabeanspruch zu.

Die Verpflichtungen der Bank zur unaufgeforderten Vermittlung von Informationen gegenüber dem Kunden beruhen primär auf auftragsrechtlichen Bestimmungen und resultieren aus der Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR. Darüber hinaus schreibt das Aufsichtsrecht in Einzelfällen bestimmte Informationspflichten vor. Eine allgemeine und umfassende Informationspflicht der Bank gegenüber dem Kunden besteht indessen nicht.<sup>840</sup>

Unaufgefordert ist Information in Form von Aufklärung, Beratung und Warnung bei Vorliegen bestimmter Umstände geschuldet, namentlich dann, wenn diese eine «un-

---

<sup>837</sup> Vgl. dazu die Übersicht in Tabelle 1.

<sup>838</sup> Siehe FN 397.

<sup>839</sup> Vgl. dazu die Übersicht in Tabelle 2.

<sup>840</sup> Siehe FN 435.

billige» Informationsasymmetrie zwischen Bank und Kunde bewirken. Das Vorliegen einer Unbilligkeit lässt sich nicht abstrakt beschreiben, sondern kann nur mit Blick auf den Grundsatz von Treu und Glauben konkretisiert werden. Dafür werden in Anlehnung an die deutsche Lehre die folgenden *Topoi* beigezogen: wesentliche Umstände, besonderes Vertrauensverhältnis, persönliche Verhältnisse des Kunden sowie nähere Umstände des Vertragsabschlusses. Lässt sich aufgrund dieser Umstände feststellen, dass beim Kunden unbilligerweise Informationslücken bestehen, muss die Bank diese unaufgefordert schliessen.<sup>841</sup>

Im Rahmen der Erläuterungen zum Inhalt der Informationspflicht der Bank hat sich gezeigt, dass neuere, aufsichtsrechtliche Vorgaben vor allem die Bereiche Risiken, Kosten und Interessenkonflikte aufgrund von Drittvergütungen betreffen. In diesen Bereichen wird die Bank zur Information des Kunden verpflichtet. Weniger eindeutig ist die Rechtslage bei sog. Loyalitätskonflikten, die aufgrund von Kollisionen zwischen verschiedenen Bestimmungen bestehen. In der vorliegenden Arbeit interessieren Kollisionen zwischen zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Bestimmungen.<sup>842</sup> Durch den Ausbau von öffentlich-rechtlichen Gesetzesgrundlagen und die Umsetzung globaler Standards ins schweizerische Recht nehmen solche Kollisionen tendenziell zu. Dies ist insbesondere auf zunehmende öffentlich-rechtliche Pflichten zur Weitergabe von Bankkundeninformationen zurückzuführen. Kundenbefragungen belegen indessen, dass das Schutzbedürfnis von persönlichen und finanziellen Daten höher gewichtet wird als die Transparenz über Kosten und Risiken.<sup>843</sup> Vor diesem Hintergrund lässt sich festhalten, dass im Einzelfall zu prüfen ist, inwiefern beim Kunden in Bezug auf die Datenweitergabe aufgrund gesetzlicher Meldepflichten ein «unbilliges» Informationsdefizit auszumachen ist. Die Informationsvermittlungspflichten beabsichtigten letztlich die Schliessung von «unbilligen» Informationslücken.

### **Informationsweitergabe**

Der vierte Teil widmete sich in § 12 und § 13 den Informationsweitergabepflichten der Bank. Es liess sich feststellen, dass die Informationsweitergabepflichten der Bank aufgrund gesetzlicher Meldepflichten ausgebaut wurden. Der Ausbau lässt sich anhand folgender Elemente aufzeigen: (i) Anzahl gesetzlicher Meldepflichten; (ii) Um-

---

<sup>841</sup> Vgl. dazu die Übersicht in Tabelle 3.

<sup>842</sup> Darüber hinaus können öffentlich-rechtliche Bestimmungen auch mit anderen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen kollidieren.

<sup>843</sup> Siehe FN 548.

fang des meldepflichtigen Sachverhalts; (iii) Höhe der erforderlichen Verdachtsschwelle; (iv) Ausweitung der Abklärungen<sup>844</sup>.

Einerseits kamen aufgrund internationaler Bestrebungen für Banken jüngst die *FATCA*- und *AIA*-Meldepflichten hinzu, andererseits wurde die GwG-Meldepflicht seit 1998 durch die laufende Erweiterung des meldepflichtigen Sachverhalts ausgebaut. Der Umfang der dabei herauszugebenden Informationen ist gross.<sup>845</sup> Noch grösser ist jener Datenumfang, der für die Identifikation der meldepflichtigen Konten beigezogen werden muss. Dabei handelt es sich um folgende Inhalte: Informationen und Dokumente in Zusammenhang mit den GwG-Pflichten, privatrechtliche Vertragswerke und weitere Dokumente in Zusammenhang mit dem Konto; möglich ist auch die Befragung des Kundenbetreuers, um Auskünfte zu erfassen, die ihm vom Kunden unbewusst mitgeteilt wurden. Diese Datenmenge wurde durch die Erweiterung der risikoorientierten GwG-Abklärungspflichten nochmals vergrössert.

Gleichzeitig wurden die Anforderungen an die Verdachtsschwelle nach GwG herabgesetzt. Die Gründe dafür finden sich einerseits in der für die Bank unausweichlichen Gratwanderung zwischen der strafbaren Verletzung ihrer Meldepflicht und der Treueverpflichtung gegenüber dem Kunden, wobei im Zweifelsfall zur Meldung hin tendiert wird. Andererseits ist auch der Druck von internationalen Gremien wie der *FATF* ausschlaggebend. Unter *FATCA* und *AIA* wurde die erforderliche Verdachtsschwelle tief angesetzt; so genügt für die Begründung der Meldepflicht bereits ein Indiz wie ein Dauerauftrag für Überweisungen auf ein in den *USA* bzw. in einem *AIA*-Partnerstaat geführtes Konto.

Die Datenweitergabe umfasst sehr persönliche Informationen des Bankkunden, wobei diese Informationen oft nicht bei der einen Behörde verbleiben, sondern wiederum mit weiteren Behörden ausgetauscht werden können. Die Kundendaten werden der Kontrolle, wie auch der Verantwortung des Datensammlers, entzogen. Dadurch ist der Verwendungsbereich der eigenen Daten für den Kunden nicht mehr nachvollziehbar und daraus resultierende Konsequenzen sind kaum mehr zu überblicken.

### **Spannungsfeld der verschiedenen Informationspflichten**

Der fünfte Teil widmete sich in § 14 und § 15 dem Spannungsfeld, welches bei der Bank insbesondere durch Kollisionen von auftragsrechtlichen und gesetzlichen Pflichten entsteht. Durch die grundsätzliche Vorrangstellung der gesetzlichen Meldepflichten gegenüber privatrechtlichen Pflichten besteht weniger eine Pflichtenkollision als vielmehr ein gesetzlich vorprogrammierter Loyalitätskonflikt. Aufgrund

<sup>844</sup> Vgl. dazu § 8.

<sup>845</sup> Vgl. dazu die Übersicht in Tabelle 4.

der hier untersuchten Informationspflichten ergibt er sich daraus, dass Banken zum einen zur Wahrung der Kundeninteressen verpflichtet sind und dabei auch eigene Interessen verfolgen. Zum anderen stehen diesen Aspekten jedoch (zumindest teilweise) gesetzliche Verpflichtungen zur Wahrung öffentlicher Interessen entgegen. Hintergrund bildet die Tatsache, dass die den Kunden betreffenden *KYC*-Dokumentationen nicht mehr nur der Durchführung der Finanzdienstleistung und der Rechenschaftsablage gegenüber dem Kunden dienen, sondern auch das Interesse des Staates geweckt haben und zur Erreichung öffentlicher Interessen beigezogen werden.

Vorliegend wurde insbesondere die Kollision der gesetzlichen Meldepflichten mit der Diskretions- und Geheimhaltungspflicht sowie mit der Aufklärungspflicht der Bank untersucht. Während die Diskretions- und Geheimhaltungspflicht gegenüber Behörden aufgrund gesetzlicher Meldepflichten gänzlich zurücktritt, besteht bei *FATCA* und *AIA* immerhin noch Raum für Aufklärung und Warnung des Kunden. Letztlich mündet das Nebeneinander der einzelnen Pflichten in einen Bedeutungsverlust der auftragsrechtlichen Wesensmerkmale der Bank/Kunden-Beziehung. Dies zeigt sich auch daran, dass der Bankkunde vertraglich oder über die AGB zur Mitwirkung verpflichtet wird, wobei die verlangte Mitwirkung in Form von Mitteilungen persönlicher sowie regulatorisch notwendiger Informationen weit über das auftragsrechtlich notwendige Mass hinausgeht. Gleichzeitig wurde das Bankgeheimnis beinahe zur Makulatur und zumindest gegenüber manchen ausländischen Behörden relativiert. Durch diese Entwicklungen verliert der finanzmarktrechtliche Auftrag zentrale Elemente. Namentlich davon betroffen sind Treue- und Interessenwahrungspflichten gegenüber dem Kunden und das Vertrauensverhältnis.

Nicht zuletzt kann die Verwendung von *KYC*-Dokumentationen zur Verhinderung von Steuerhinterziehung das zwischen Bank und Kunde notwendige Vertrauensverhältnis erschüttern. Zum Schutz des Kundenvertrauens in die Bank bedarf es der Offenlegung der Eckwerte und Grössenordnung der Datenweitergabe an Behörden. Hierbei ist insbesondere ein Informationsbedarf in Bezug auf die beizuziehenden Informationen im Rahmen der Datenweitergabe festgestellt worden; und genau diese Informationslücke gilt es zu schliessen. Wie erwähnt, erhält die Bank überhaupt Einblick in die persönlichen Verhältnisse des Kunden, weil der Kunde auf die Integrität der Bank vertraut sowie darauf, dass die Bank seine Interessen wahrt. So sind auch 87 % der schweizerischen Bankkunden der Ansicht, dass finanzielle Daten gegenüber Dritten geschützt werden sollen.<sup>846</sup> Es lässt sich festhalten, dass das Prinzip der finanziellen Privatsphäre in der Schweiz stark verankert ist. Wird der Schutz

---

<sup>846</sup> Siehe FN 682.

der finanziellen Privatsphäre durch eine ausufernde Datenweitergabe nicht mehr gewährt, kann das bei Kunden dazu führen, dass sie sich Banken gegenüber nicht mehr offenbaren oder bewusst fehlerhafte Angaben machen. Beide Verhaltensweisen verunmöglichen die Dienstleistungserbringung der Bank und können durch einen Vertrauensverlust ausgelöst werden.<sup>847</sup>

Vertrauen spielt bei Finanzdienstleistungen eine bedeutende Rolle und gilt überdies als «the single most important currency in the business world».<sup>848</sup> Es reduziert bspw. die dem Finanzmarkt anhaftende Komplexität und ermöglicht überhaupt, dass eine Bank, die «naturgemäss illiquide»<sup>849</sup> ist, überhaupt überlebt. Aus diesen Gründen besteht für Banken eine Notwendigkeit, Vertrauen aufzubauen und dieses auch zu erhalten, um erfolgreich zu sein, aber auch, um zum ökonomischen und sozialen Wohlergehen der Gemeinschaften, in der die Bank tätig ist, beizutragen.<sup>850</sup>

Die zunehmenden Verpflichtungen der Bank und die daraus resultierende Abschwächung auftragsrechtlicher Elemente wirken sich letztlich auf den Bankkunden aus. Wie bereits erwähnt, waren im Jahre 2016 nur gerade 17 % der befragten schweizerischen Bankkunden der Meinung, dass die Bank an ihrem langfristigen Wohlergehen interessiert ist.<sup>851</sup> Auf Basis dieser Ergebnisse lassen sich ein Handlungsbedarf und die Notwendigkeit der Ergreifung entsprechender Massnahmen zum Schutz des Kundenvertrauens in die Bank nicht bestreiten.

Zunehmende Meldepflichten können in einen Vertrauensverlust des Kunden in die Bank münden, der allenfalls durch Offenlegung der Eckwerte und Grössenordnung der Datenweitergabe abgewendet werden kann. Zusätzlich soll bei der Übernahme globaler Standards die Kompatibilität mit schweizerischen Normen und das Interesse am eigenen Finanzplatz nicht ganz ausser Acht gelassen werden.<sup>852</sup> So tragen nicht

<sup>847</sup> *Siehe* FN 701.

<sup>848</sup> EDELMAN TRUST BAROMETER 2017, «2017 Trust in Financial Services» vom 21. März 2017, 4. Abschnitt unter «Improving Upon the Trust Gap», gefunden am 12. Februar 2018 unter <https://www.edelman.com/post/accelerating-trust-in-financial-services>.

<sup>849</sup> EMMENEGGER/DÖBELI, S. 753.

<sup>850</sup> EDELMAN TRUST BAROMETER 2017, «2017 Trust in Financial Services» vom 21. März 2017, 4. Abschnitt unter Improving Upon the Trust Gap, gefunden am 12. Februar 2018 unter <https://www.edelman.com/post/accelerating-trust-in-financial-services>. *Ferner* «Mark Carney, the Governor of the Bank of England, once said «Trust arrives by foot and leaves by Ferrari.» This year's Barometer tells that same story. Trust is fragile, takes years to build and can disappear in an instant.»

<sup>851</sup> Weltweit sind sogar nur 14 % der befragten Bankkunden dieser Meinung. *Siehe* FN 790.

<sup>852</sup> *Allgemeiner* in Bezug auf internationale Standards BRÄNDLI, SGHB Finanzmarktrecht, § 2, Rz 67: «Es gilt die Entwicklung rund um internationale Standards im Interesse des

nur die Finanzdienstleister wie Banken einen wichtigen Beitrag zum sozialen und wirtschaftlichen Wohlergehen der Gemeinschaft bei, sondern auch die Politik tut es.

---

eigenen Finanzplatzes eng zu verfolgen und den nationalen Ermessensspielraum bei deren Umsetzung auszuloten wie auch zu nutzen.» *Vgl.* auch Rz 18.

## § 17 Ausblick

Abschliessend bleibt festzuhalten, dass die einzelnen Gesetze und Abkommen im Kontext der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklungen bezüglich des Bankenrechts einen wichtigen und notwendigen Schritt darstellen. Im Sinne von ARISTOTELES ist jedoch «das Ganze [...] mehr als die Summe seiner Teile».<sup>853</sup> In der Gesamtbetrachtung der Informationspflichten hat sich nämlich gezeigt, dass aufgrund der zunehmenden Detaillierung der von Banken einzuhaltenden gesetzlichen Regeln vermehrt Kollisionen mit Vertragsrecht auftreten. Diese Kollisionen gründen in der Rolle der Bank zwischen Kunde und Behörde und der Wahrung verschiedener Interessen.

Im Sinne eines Ausblick ist zu erwähnen, dass Alternativen zu traditionellen Finanzdienstleistern wie Banken bereits in den Startlöchern stehen. Diesen Technologien wird eine grosse Bedeutung zugeschrieben.<sup>854</sup>

So erlauben neuere Technologien wie *Blockchain* «zwei sich nicht trauenden Parteien, Informationen auszutauschen, zu handeln und Verträge durchzusetzen, ohne hierbei auf eine zentrale Instanz zu vertrauen».<sup>855</sup> Diese Technologie zeichnet sich

---

<sup>853</sup> ARISTOTELES, 384 vor Chr. bis 322 vor Chr., griechischer Philosoph, Logiker und Naturwissenschaftler und einer der einflussreichsten Denker der abendländischen Geistesgeschichte.

<sup>854</sup> So ist die EU der Ansicht, die *Blockchain*-Technologie verfüge über das Potential «to have a breakthrough impact and create disruptive innovation in multiple industries and make processes more democratic, secure, transparent and efficient», vgl. [www.ec.europa.eu](http://ec.europa.eu), «Tender Specifications, European Blockchain Observatory and Forum, Setting-up and Running a European Expertise Hub on Blockchain and distributed Ledger Technologies, Smart 2017/1130», S. 4, gefunden am 27. Februar 2018 unter [http://ec.europa.eu/information\\_society/newsroom/image/document/2017-29/smart\\_2017-1130\\_tender\\_specifications\\_C3FFB185C346-C9FD-A79D76E0F72D4742\\_46087.pdf](http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2017-29/smart_2017-1130_tender_specifications_C3FFB185C346-C9FD-A79D76E0F72D4742_46087.pdf); *ähnlich* sieht es auch in der Schweiz aus. So hat der Bundesrat am 5. Juli 2017 bereits beschlossen, die Bankenverordnung zu revidieren mit zwar dem Ziel, die bedeutendsten Kollisionspunkte zwischen FinTech-Unternehmen und der Bankregulierung zu eliminieren, *siehe* BUNDESRAT, Medienmitteilung vom 5. Juli 2017. Dabei wird bezweckt, dass «Fintech-Geschäftsmodelle, die Dienstleistungen ausserhalb des typischen Bankgeschäfts erbringen, entsprechend ihrem Risikopotenzial von der Bankengesetzgebung entweder ganz auszunehmen oder für ihre Tätigkeit verhältnismässige Bewilligungsanforderungen zu formulieren», vgl. EFD, Erläuterungsbericht FinTech, S. 11; *siehe* auch FINMA, Wegleitung ICO, S. 1 ff., wonach die FINMA am 16. Februar 2018 bekannt gab, wie sie angesichts einer auslegungsbedürftigen Rechtslage Unterstellungsanfragen von ICO-Organisatoren unter geltendem schweizerischen Finanzmarktrecht behandelt.

<sup>855</sup> GERVAIS, S. 128.

durch ihre Eigenschaft als dezentrales Netzwerk aus. Sie erfordert «aufgrund ihrer Konzeption nicht zwingend einen (Finanz-)Intermediär».<sup>856</sup> Dadurch liesse sich auf den ersten Blick das Spannungsfeld beseitigen, da eine Bank gar nicht mehr involviert sein muss.

Das Vertrauenserfordernis und die damit einhergehenden Probleme mit dem Schutz der persönlichen und finanziellen Daten wird auch die *Blockchain*-Technologie nicht vollständig aus der Welt schaffen können.<sup>857</sup> Darüber hinaus ist noch nicht gänzlich geklärt, ob bzw. wann die GwG-Bestimmungen und damit einhergehend die Identifizierungs-, Feststellungs- und Meldepflichten auch für neue, innovative Anbieter Geltung beanspruchen werden. Es lässt sich jedoch bereits erkennen, dass bei Bejahung der GwG-Unterstellung die erwähnten Kollisionen nicht verschwinden.

Schliesslich bleibt festzuhalten, dass Vertrauen eine nicht zu unterschätzende Rolle spielt, künftig weiterhin einnehmen wird und dementsprechenden Schutz benötigt. Dies gilt im Besonderen in Bezug auf die Pflichten der Bank zur Sammlung, Vermittlung und Weitergabe von Informationen. Diese Aspekte sollten stets in einem angemessenen Gleichgewicht stehen.

---

<sup>856</sup> SCHÄR, SGHB Finanzmarktrecht, § 18, Rz 2, dabei handelt es sich um eine sog. *Peer-to-Peer*-Vernetzung; vgl. auch UBS AG, Building the trust engine, How the blockchain could transform finance (and the world). A UBS Group Technology White Paper, von 2016, gefunden am 14. Februar 2018 unter <https://www.blockchaindailynews.com/attachment/728741/>.

<sup>857</sup> Vgl. EY, Banking Survey Schweiz, S. 23, wonach für 82 % der befragten schweizerischen Bankkunden die Inanspruchnahme von nichttraditionellen Finanzdienstlern von der Sicherheit abhängt, dass die persönlichen und finanziellen Informationen geschützt sind.

---

## Lebenslauf

Tamara Maria Hitz, geboren am 9. März 1985, aufgewachsen in Freidorf am Bodensee. 2001 bis 2004 kaufmännische Ausbildung mit Berufsmatura bei einem mittelgrossen Industrieunternehmen im Kanton Thurgau. 2010 Abschluss als Bachelor in Wirtschaftsrecht an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften (ZHAW). 2012 bzw. 2015 Abschluss an der Universität St. Gallen als Bachelor of Arts (B.A. HSG) bzw. Master of Arts (M.A. HSG) in Rechtswissenschaft. 2018 Promotion zur Dr. iur HSG an der Universität St.Gallen (HSG). Zwischen 2004 und 2017 verschiedene Tätigkeiten für einen Vertriebspartner eines grossen US-amerikanischen Technologieunternehmens in St. Gallen und Triesenberg, für eine Privatbank in St. Gallen, bei der FINMA in Bern und für einen Asset Manager/Family Office in Zürich. 2017 mehrmonatige Forschungsaufenthalte in Los Angeles und New York City.

