

BGer 4A_263/2019 vom 2. Dezember 2019

Bundesgericht, 2019-12-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_263_2019

FR: TF 4A_263/2019 du 2 décembre 2019

IT: TF 4A_263/2019 del 2 dicembre 2019

Erwägungen

E. 1

Die Voraussetzungen der Beschwerde in Zivilsachen sind erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Vorbehältlich einer rechtsgenügenden Begründung (Art. 42 Abs. 2, Art. 106 Abs. 2 BGG) ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 2.1

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Mit Blick auf die Begründungspflicht der beschwerdeführenden Partei (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 140 III 115 E. 2 S. 116; 137 III 580 E. 1.3; 135 III 397 E. 1.4 S. 400).

E. 2.2

Die Parteien sind sich einig und es scheint jedenfalls nicht geradezu offensichtlich unrichtig, dass der Bankvertrag sowohl gültig zustandekam als auch aufgelöst wurde, weshalb der Beschwerdeführer - unbesehen der Qualifizierung des Vertragsverhältnisses - grundsätzlich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Abwicklung des aufgelösten Vertragsverhältnisses hat, ohne zuvor eine Steuerkonformitätserklärung zu unterzeichnen (vgl. dazu die Urteile 4A_168/2015 vom 28. Oktober 2015 E. 3; 4A_170/2015 vom 28. Oktober 2015 E. 4; vgl. auch CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Transfer und Auszahlung von potentiell fiskaldeliktischen Kundengeldern - ein Update, in: Festschrift für Hans Caspar von der Crone, 2017, S 732 f. für eine Übersicht zu fallen gelassenen Gesetzgebungsprojekten). Es ist einzig strittig, inwiefern aus dem öffentlichen Recht fliessende aufsichtsrechtliche sowie strafrechtliche Vorschriften zur Anwendung kommen und dem privatrechtlichen Anspruch vorgehen.

E. 2.3

Während die schweizerische Gesetzgebung das Geschäft mit (potentiell) un versteuerten Geldern grundsätzlich nicht verbietet (vgl. hierzu EMMENEGGER/GOOD, Der Einfluss ausländischer (Steuer-) Regulierung auf die Bank/Kunden-Beziehung: Welche Rechte haben Abschleicher?, in: Verhaltensregeln, Schweizerische Bankenrechtstagung 2015, S. 72), gebietet eine einwandfreie Geschäftstätigkeit der Bank im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG, dass sie keine rechts- und sittenwidrigen Geschäfte tätigt (BGE 111 Ib 126 E. 2a ;

108 b 190 E. 3, 193 E. 5a; 106 Ib 148 f.; vgl. auch Urteil 4A_383/2018 vom 6. Juni 2019 E. 4.3).

Gemäss Art. 20 Abs. 1 OR ist ein Vertrag nichtig, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ein Vertrag widerrechtlich im Sinne dieser Bestimmung, wenn sein Gegenstand, sein Abschluss oder sein mittelbarer Zweck gegen objektives schweizerisches Recht verstösst, das ausdrücklich oder gemäss seinem Zweck die Nichtigkeit des dagegen verstossenden Vertrages vorsieht (Urteil 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.4, nicht publ. in BGE 138 III 601 ; BGE 134 III 438 E. 2.2 und 2.3 S. 442 f. mit Hinweisen). Die Verletzung ausländischen zwingenden Rechts führt zur Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR , wenn es deshalb auch nach schweizerischer Auffassung als sittenwidrig empfunden wird. Dies setzt voraus, dass die verletzte ausländische Vorschrift Interessen des Individuums und der menschlichen Gemeinschaft von fundamentaler und lebenswichtiger Bedeutung schützt oder Rechtsgüter in Frage stehen, die nach allgemeiner ethischer Auffassung schwerer wiegen als die Vertragsfreiheit (Urteil 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5 mit zahlreichen Hinweisen, nicht publ. in BGE 138 III 601). Wird der Vertrag nachträglich rechtswidrig, so ist wegen des Rückwirkungsverbots Gültigkeit anzunehmen (BGE 100 II 105 E. 1b). Verstösst der Vertrag allerdings gegen eine Norm, die "um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen" aufgestellt wurde, so gilt das Rückwirkungsverbot nicht (Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB ; BGE 100 II 105 E. 1c).

Das schweizerische Zivilgericht kann zwingendes ausländisches Recht sodann auch berücksichtigen, wenn nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei die Anwendung gebieten und der Sachverhalt mit dem einschlägigen ausländischen Recht einen engen Zusammenhang aufweist (Art. 19 Abs. 1 IPRG ; BGE 130 III 620 E. 3.2). Obwohl Art. 19 IPRG regelt, unter welchen Voraussetzungen ausländisches Recht zu berücksichtigen ist, kann gemäss der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis hierfür ebenfalls weiterhin direkt auf die Generalklausel nach Art. 20 OR abgestellt werden (vgl. nur schon Urteil 4A_753/2011 vom 16. Juli 202 E. 5.6, nicht publ. in BGE 138 III 601 ; vgl. aber auch zur Anwendung von Art. 19 IPRG

BGE 138 III 489 E. 4.2-4.5, 131 III 418, 130 III 620 E. 3.5-3.5.2).

Demgegenüber regelt Art. 119 OR das nachträgliche Unmöglichwerden der Auszahlungspflicht durch nicht zu verantwortende Umstände. In der Lehre wird vertreten, dass mittels Art. 119 OR nachträglich erlassenes ausländisches Recht direkt berücksichtigt werden kann (vgl. dazu EMMENGER/GOOD, a.a.O., S. 69 ff.) während sich andere Stimmen hierfür auf Art. 19 IPRG stützen (CORINNE WIDMER LÜCHINGER, Die Berücksichtigung ausländischen Steuerrechts nach Art. 19 IPRG , in: Festschrift für Anton K. Schnyder, 2018, S. 437, S. 448 ff.; CARLO LOMBARDINI, Banques et clients en situation fiscale irrégulière: un état des lieux, in Not@lex 2015, S. 47 ff.).

Die einseitige Vertragsanpassung im Sinne der sogenannten

clausula rebus sic stantibus setzt sodann im Gegensatz zu Art. 119 OR gerade nicht voraus, dass die Leistung aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Verbots unmöglich geworden ist, sondern umfasst vielmehr eine erhebliche Beeinträchtigung des vertraglichen Gleichgewichts und kann deshalb auch vorliegen, wenn sich die bestehenden

strafrechtlichen und aufsichtsrechtlichen Risiken für die Bank massgebend erhöhten (so EMMENEGGER/GOOD, a.a.O., S. 92 f.; ähnlich WIDMER LÜCHINGER, a.a.O., S. 449, 452). Eine richterliche Anpassung ist ausnahmsweise möglich, wenn sich die Umstände nach Vertragsabschluss so grundlegend änderten, dass eine gravierende Äquivalenzstörung eintritt und die Änderung der Umstände weder voraussehbar noch vermeidbar war (BGE 135 III 1 E. 2.4; 127 III 300 E. 5b; je mit Hinweisen).

E. 3

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe sich mit keinem Wort zu seinen Vorbringen geäußert, ihr fehle spätestens seit Einführung des globalen Standards betreffend den Automatischen Informationsaustausch (AIA-Standard) jegliches schützenswerte Interesse daran, die Herausgabe des Goldes zu verweigern. Entgegen der dieser Rüge zugrunde liegenden Annahme des Beschwerdeführers ist die seit 1. Januar 2017 in Kraft getretene Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten vom 29. Oktober 2014 (SR 0.653.1), die den ausländischen Steuerbehörden Zugang auf Bankkundendaten nicht nur für Strafverfahren, sondern auch zum Überprüfen der Steuerveranlagung schaffen sollte (vgl. Abschnitt 2 Ziff. 2 AIA-Vereinbarung sowie URS ZULAUF, Bankkunden aus Nicht-AIA Staaten - Steuerkonformitätsprüfung?, in: Automatischer Informationsaustausch, Schweizerische Bankenrechtstagung 2016, S. 127), nicht anwendbar. Denn die Geschäftsbeziehung wurde übereinstimmend auf Ende März 2014 und damit vor Inkrafttreten des AIA aufgelöst. Obwohl die auf einem Vertragsverhältnis beruhenden Ansprüche noch nicht erfüllt sind, führt der Beschwerdeführer deshalb seit diesem Zeitpunkt kein "meldepflichtiges Konto" im Sinne von Art. 1 lit. e AIA-Vereinbarung mehr. Damit kann der Vorinstanz im Ergebnis kein Vorwurf gemacht werden, wenn ihrer Begründung nichts zu den Auswirkungen des AIA auf vorliegende Streitigkeit entnommen werden kann.

E. 4

Im Zusammenhang mit der Bejahung der Pflicht zur Wahrung des Paper Trails rügt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe den Sachverhalt insoweit offensichtlich unvollständig bzw. willkürlich festgestellt, als sie seine Ausführungen zur nach deutschem Recht geltenden Steuerfreiheit von Goldbesitz ihrem Urteil nicht zugrunde legte. Die Vorinstanz habe ausserdem die Grundsätze der fairen Behandlung im Verfahren (Art. 29 BV) und der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO) sowie Art. 19 IPRG verletzt, indem sie in der Folge das deutsche Steuerrecht nicht angewandt habe.

E. 4.1

Es mag zwar zutreffen, dass der Goldbesitz nach deutschem Recht weder steuer- noch meldepflichtig ist. Hieraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass die vom Beschwerdeführer in den Jahren 2003 und 2007 ab seinem Konto bei einer in Deutschland ansässigen Bank überwiesenen Vermögenswerte korrekt beim deutschen Fiskus versteuert wurden. So beschränkt sich der Beschwerdeführer darauf, auf die in den Akten liegende Eingabe seines deutschen Rechtsvertreters vom 19. Mai 2014 zu verweisen, wonach eine Steuerdeklaration der Goldunzen zufolge Steuerfreiheit von in Gold gehaltenem Vermögen entbehrlich sei und er sämtliche weiteren Zinseinnahmen dem deutschen Fiskus gemeldet habe. Der selbständig tätige Beschwerdeführer behauptet jedoch nicht, jedenfalls nicht genügend konkret, die ursprünglich von einem deutschen Bankkonto auf das Konto der Bank 1 überwiesenen Vermögenswerte seien der Quelle ihres Zuflusses entsprechend,

beispielsweise als Einkommen, den deutschen Behörden deklariert worden.

Der Beschwerdeführer wendet zwar an einer anderen Stelle pauschal ein, sämtliche Überweisungen vom deutschen Bankkonto auf das schweizerische würden automatisch registriert und könnten von den Steuerbehörden ohne Weiteres nachvollzogen werden. Da diese Behauptung weder weiter substantiiert noch belegt ist, erhellt nicht, ob er sich insofern wiederum auf deutsches Recht stützt. Soweit dies der Fall sein sollte, rügt er jedenfalls in diesem Zusammenhang selbst nicht, die Vorinstanz wäre in Anwendung von Art. 19 IPRG gehalten gewesen, einschlägige deutsche Steuerrechtsnormen zu berücksichtigen, wie es das schweizerische internationale Privatrecht vorschreibe (vgl. Art. 96 BGG). Damit erübrigen sich weitere Ausführungen hierzu. Nachdem sich erwiesen hat, dass die vollständige Steuerdeklaration der Vermögenswerte im Wohnsitzstaat des Beschwerdeführers nicht erstellt ist, sind seine diesbezüglich erhobenen Rügen allesamt unbegründet.

E. 5

Die Vorinstanz stützt sich zur Begründung des angefochtenen Urteils im Wesentlichen auf das GwG und die GwV-FINMA und damit auf zwingendes öffentliches Recht. Soweit diese Normen einem privatrechtlichen Vertrag widersprechen, gehen sie dessen Vertragsklauseln grundsätzlich vor (vgl. insbesondere vgl. Art. 20 und Art. 119 OR bzw. vorstehend E. 2.3 sowie BGE 143 III 653 E. 4.3.2.2 und das Urteil 4A_373/2018 vom 6. Juni 2019 E. 4.3). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz erübrigt sich insofern ein Rückgriff auf die *clausula rebus sic stantibus*.

E. 5.1

Das GwG und die entsprechende Verordnung GwV-FINMA stellen Regeln für das Geschäft von Finanzintermediären auf (Art. 2 Abs. 1 GwG , Art. 3 Abs. 1 lit. a GwV-FINMA), worunter auch Banken nach dem Bankengesetz vom 8. November 1934 fallen (Art. 2 Abs. 2 lit. a GwG). Der Finanzintermediär ist unter anderem verpflichtet, Art und Zweck der gewünschten Geschäftsbeziehung zu identifizieren, wobei sich der Umfang der einzuholenden Informationen nach dem Risiko richtet, das der Vertragspartner darstellt (Art. 6 Abs. 1 GwG). Der Finanzintermediär muss die wirtschaftlichen Hintergründe und den Zweck sowohl einer mit erhöhtem Risiko behafteten Transaktion abklären (Art. 6 Abs. 2 lit. c GwG) als auch einer Transaktion die ungewöhnlich erscheint, es sei denn ihre Rechtmässigkeit sei erkennbar (Art. 6 Abs. 2 lit. a GwG).

Wenn der Finanzintermediär weiss oder den begründeten Verdacht hat, dass in die Geschäftsbeziehung involvierte Vermögenswerte im Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung nach Art. 260ter Ziff. 1 StGB (Beteiligung an einer kriminellen Organisation) oder Art. 305bis StGB (Geldwäscherei) stehen, aus einem Verbrechen herrühren, der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen oder der Terrorismusfinanzierung (Art. 260quies Abs. 1 StGB) dienen, muss er der Meldestelle für Geldwäscherei unverzüglich Meldung erstatten (Art. 9 Abs. 1 lit. a GwG). Hat der Finanzintermediär zwar keinen solchen begründeten Verdacht, aber dennoch Wahrnehmungen gemacht, die darauf schliessen lassen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen oder einem qualifizierten Steuervergehen herrühren oder der Terrorismusfinanzierung dienen, handelt es sich um eine sog. "zweifelhafte Geschäftsbeziehung". Diesfalls überlässt Art. 31 GwV-FINMA die Meldung dem Ermessen des Intermediärs (Melderecht und keine Pflicht). Bricht der Finanzintermediär eine

zweifelhafte Geschäftsbeziehung ohne einen begründeten Verdacht auf Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung ab, so darf er den Rückzug bedeutender Vermögenswerte nur in einer Form gestatten, die es Strafverfolgungsbehörden erlaubt, die Spur der Transaktion gegebenenfalls weiterzuverfolgen bzw. den Paper Trail zu wahren (Art. 32 Abs. 1 GwV-FINMA). Die Barauszahlung oder die physische Aushändigung von Depotwerten bleibt diesfalls verwehrt, selbst wenn der Kunde seine Vertragsbeziehung zur Bank auflöst (vgl. ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., S. 736; EMCH/RENN/ARPAGAUS [Hrsg.], Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl. 2011, S. 143 Rz. 418; OTHMAR STRASSER, Strafrechtliche Risiken im neuen Meldesystem bei Geldwäschereiverdacht nach dem Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière, in: Festschrift für Andreas Donatsch, 2017, S. 533).

E. 5.2

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe Art. 6 Abs. 1 und 2 GwG falsch angewandt, indem sie auf ein Geschäft mit einem erhöhten Risiko geschlossen habe (Art. 6 Abs. 2 lit. c GwG).

Er stellt sich auf den Standpunkt, die Rechtmässigkeit der Transaktion sei erkennbar gewesen, weshalb die Vorinstanz Art. 6 Abs. 2 lit. a GwG unzutreffend angewandt habe. Abgesehen davon, dass er sich zur Begründung der Rechtmässigkeit einzig auf die als irrelevant erwiesene angebliche Steuerfreiheit des Goldvermögens stützt, setzt er sich mit den massgebenden Erwägungen der Vorinstanz nicht auseinander. Die Vorinstanz schloss vielmehr auf eine Geschäftsbeziehung mit einem erhöhten Risiko im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. c GwG und nicht auf eine ungewöhnliche Transaktion gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a GwG . Da der Beschwerdeführer insoweit eine sachbezogene Auseinandersetzung mit den Erwägungen des angefochtenen Urteils vermissen lässt und die Beurteilung als Transaktion mit erhöhtem Risiko jedenfalls nicht offensichtlich unrichtig erscheint, bleibt es bei den Erwägungen des angefochtenen Entscheids (vgl. BGE 142 III 364 E. 2.4 S. 368; 140 III 264 E. 2.3 S. 266; 140 III 115 E. 2 S. 116; Urteil 4A_174/2017 vom 1. September 2017 E. 4.4.2.4).

E. 5.3

Die Einstufung der Transaktion als ungewöhnlich hat erhöhte Abklärungspflichten zur Folge, so u.a. hinsichtlich des Verwendungszwecks der abgezogenen Vermögenswerte (Art. 15 Abs. 1 und 2 GwV-FINMA); die Pflicht zur Einhaltung der Papierspur kann hieraus indessen nicht abgeleitet werden. Hierfür ist vielmehr zusätzlich erforderlich, dass die Geschäftsbeziehung auch "zweifelhaft" erscheint, was der Beschwerdeführer in Frage stellt.

E. 5.3.1

Den Erwägungen der Vorinstanz sind keine Verdachtsmomente hinsichtlich eines klassischen Geldwäschereistraftatbestands zu entnehmen; mit anderen Worten bestehen keinerlei Hinweise dafür, dass der Beschwerdeführer durch eine Vortat direkt kontaminierte (verbrecherisch erlangte) Vermögenswerte hervorgebracht hätte. Die Vermutungen der Vorinstanz beziehen sich einzig auf eine deliktisch bewirkte Nicht- bzw. Falschveranlagung sowie einen dadurch verwirklichten Vermögensvorteil im Umfang der Einsparung eines Steuerabflusses (vgl. zu dieser Differenzierung die Botschaft vom 13. Dezember 2013 zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière [GAFI], BBl 2013 626 Ziff. 1.2.4.4; vgl. für eine eingehende Kritik der Subsumtion von Steuerdelikten als Vortaten zur Geldwäscherei TAMARA TAUBE, Entstehung, Bedeutung und Umfang

der Sorgfaltspflichten der Schweizer Banken bei der Geldwäschereiprävention im Bankenalltag, 2013, S. 67 ff.). Geldwäscherei im hier relevanten Steuerkontext verlangt jedoch nach einem qualifizierten Steuervergehen im Sinne von Art. 305bis Ziff. 1bis StGB, namentlich einem Steuerbetrug nach Bundesrecht und kantonalem Recht (einer Straftat nach Art. 186 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer [DBG; SR 642.11] und nach Art. 59 Abs. 1 erstes Lemma des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden [StHG; SR 642.14] sowie einer hinterzogenen Steuer von mehr als Fr. 300'000.-- (vgl. anstatt vieler OMAR ABO YOUSSEF, Das qualifizierte Steuervergehen als Vortat zur Geldwäscherei, SJZ 115/2019, S. 135 ff.). Inwiefern der Finanzintermediär Wahrnehmungen gemacht hätte, die darauf schliessen liessen, dass der Beschwerdeführer eine gefälschte, verfälschte oder inhaltlich unwahre Urkunde zum Zwecke der Steuerhinterziehung verwendete (Steuerbetrug) und damit andererseits Steuern in Deutschland im Gegenwert von mehr als Fr. 300'000.-- in einer bestimmten Steuerperiode hinterziehen konnte, erhellt nicht; zumal der Streitwert und damit der Wert des abzuhebenden Goldes von der Vorinstanz auf Fr. 329'613.-- geschätzt wurde. Zwar sind nach Art. 31 GwV-FINMA die individuellen Steuerfaktoren für die Geschäftsbeziehung nicht zu ermitteln, sondern es kann auf den Maximalsteuersatz des Landes abgestellt werden, um abzuschätzen, ob die allenfalls hinterzogenen Steuern die Schwelle von Fr. 300'000.-- erreichen; indes kann als gerichtsnotorisch gelten, dass in Deutschland ein Steuersatz von nahezu 100 % nicht existiert.

E. 5.3.2

Soweit ersichtlich geht auch die Lehre einheitlich davon aus, dass Art. 32 i.V.m. Art. 31 GwV-FINMA nicht einschlägig sein können, wenn keinerlei Anhaltspunkte bezüglich einer Falschbeurkundung sowie einer Steuerhinterziehung im Wert von umgerechnet mind. Fr. 300'000.-- pro Steuerperiode bestehen (ZELLWEGGER-GUTKNECHT, a.a.O., S. 730, 732, welche zu Recht hervorhebt, dass in Deutschland hierfür ein Bruttojahreseinkommen von mind. Fr. 700'000.-- bzw. ein Jahresgewinn von mind. Fr. 1 Mio. erforderlich wären; ähnlich DETLEV MICHAEL BASSE, in: Stämpflis Handkommentar zum GwG, 2017, N. 37 ff. sowie insbesondere Fn. 101 zu Art. 1 GwG; SUTER/REMUND, Neue Vortaten zur Geldwäscherei im Steuerstrafrecht: welche Konsequenzen für Finanzintermediäre?, ASA 2013/2014, S. 624; EMMENEGGER/THÉVENOZ, Das schweizerische Bankprivatrecht 2016, SZW 2017, S. 216; EMMENEGGER/GOOD, a.a.O., S. 48 Fn. 33; ROMERIO/IVELL, Barauszahlungen bei Verdacht auf Steuerdelikte, in: Verhaltensregeln, Schweizerische Bankenrechtstagung 2015, S. 152; vgl. ferner MICHAEL KUNZ, Umsetzung der GAFI-Empfehlungen 2012, in: Jusletter vom 23. Februar 2015, S. 13; OLIVER BARTHOLET, Rechtliche Herausforderungen und Konfliktzonen im grenzüberschreitenden "Private Banking", S. 400 ff.; ZULAUF, a.a.O., S. 132; TAUBE, a.a.O., S. 74). Dass der Bankkunde rein theoretisch nicht versteuerte Vermögenswerte ohne Wissen des Finanzintermediärs auf verschiedene Bankinstitute verteilt haben könnte (so RALPH WYSS, in: GwG Kommentar, 3. Aufl. 2019, N. 34 zu Art. 6 GwG), ändert nichts daran, dass vorliegend bereits von Bundesrechts wegen (Art. 305bis Ziff. 1bis StGB) für Geldwäscherei relevante Steuerdelikte nur bei Anhaltspunkten hinsichtlich der Erreichung des Mindestbetrages in Frage kommen können. So wurde auch in der Botschaft zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der GAFI festgehalten, dass spezielle Fachkenntnisse benötigt würden für die Abklärung von Indizien betreffend allfällig verübte Steuerdelikte sowie die Ermittlung des vorgesehenen Schwellenwertes der hinterzogenen

Steuern; ein solcher Mehraufwand allerdings notwendig sei, um einerseits den Ruf des Finanzplatzes Schweiz zu wahren (vgl. dazu BBl 2013 699 f. Ziff. 3.3.3) und andererseits die Meldung von geringfügigen Fällen und damit eine Flut an Verdachtsmeldungen zu verhindern (BBl 2013 644 Ziff. 1.3.4). Mangels Anwendbarkeit von Art. 32 i.V.m. Art. 31 GwV-FINMA kann offen bleiben, ob sich - wie der Beschwerdeführer vor Vorinstanz noch geltend machte - diese Bestimmungen der Ausführungsverordnung überhaupt auf eine genügende gesetzliche Grundlage stützen (siehe hierzu kritisch ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., S. 736 f.; EMMENEGGER/GOOD, a.a.O., S. 89; ROMERIO/IVELL, S. 152 Fn. 1; vgl. zu den Voraussetzungen der gesetzlichen Grundlage an eine Vollziehungsverordnung BGE 139 II 460 E. 2.1-2.2; Urteil 2C_718/2018 vom 27. Mai 2019 E. 3.2).

E. 5.3.3

Entgegen der Ansicht der Vorinstanz kann aufgrund ihrer Feststellungen nicht auf eine zweifelhafte Geschäftsbeziehung im Sinne von Art. 31 Abs. 1 und 32 Abs. 1 GwV-FINMA erkannt werden. Die Vorinstanz hat die Anforderungen von Art. 305bis Ziff. 1bis StGB ausser Acht gelassen und Bundesrecht verletzt mit der Annahme, die physische Auslieferung des Goldes verletze die Geldwäschereigesetzgebung bzw. die Beschwerdegegnerinnen hätten aufgrund von Art. 32 Abs. 1 GwV-FINMA die Pflicht, die Spur der Transaktion zu bewahren.

E. 6.1

Die Vorinstanz stützte sowohl ihre Hauptbegründung bezüglich eines richterlichen Vertragseingriffs im Sinne der

clausula rebus sic stantibus als auch ihre Eventual- und Subeventualbegründung, wonach die Weisung auf Aushändigung des Goldes gegen Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) verstosse beziehungsweise einen unzumutbaren Eingriff in die persönlichen Verhältnisse der Beschwerdegegnerinnen darstelle (vgl. Art. 27 ZGB i.V.m. Art. 19 und Art. 20 OR), auf die schweizerische Geldwäschereigesetzgebung.

Die Beschwerdegegnerinnen behaupten zu Recht nicht, dass das Aufsichtsrecht - namentlich das FINMAG oder das BankG - das Geschäft mit (potentiell) un versteuerten Geldern verbietet (vgl. hierzu EMMENEGGER/GOOD, a.a.O., S. 72). Nach den zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz fordert die Gewährspflicht von Banken nach Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG unter anderem die Einhaltung der Sorgfaltspflichten der Geldwäschereigesetzgebung (so WYSS, a.a.O., N. 3 zu Art. 6 GwG). Doch nachdem sich die Pflicht zur Wahrung des Paper Trail nach Art. 31 Abs. 1 und 32 Abs. 1 GwV-FINMA für den vorliegenden Fall als nicht einschlägig erwies, ist nicht ersichtlich, inwiefern die Geldwäschereigesetzgebung der Herausgabe des Goldes entgegenstehen könnte.

E. 6.2

Ein Verstoss schweizerischer Aufsichtsnormen wie Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG kann indessen auch durch die Verletzung ausländischen Rechts begründet werden (vgl. vorstehend E. 2.3; vgl. auch das Positionspapier der FINMA vom 22. Oktober 2010 zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft, S. 2 sowie die klärende Mitteilung der FINMA vom 19. Juni 2012, Grenzüberschreitendes Finanzdienstleistungsgeschäft; kritisch zur Regelungskompetenz der FINMA ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., S. 738 f. sowie CHRISTOPH BÜHLER,

Gewährsartikel: Regulierung der FINMA, SJZ 110, 2014, S. 30 ff.). Zu diesem zutreffenden Einwand sowie weiteren Argumenten der Beschwerdegegnerinnen, welche sich ebenfalls im Wesentlichen auf die angebliche Verletzung ausländischen Rechts stützen, nahm die Vorinstanz nicht Stellung.

Fehlen jegliche Angaben zur Rechtslage in Deutschland, kann das Bundesgericht, welches die Anwendung ausländischen Rechts in vermögensrechtlichen Angelegenheiten wie vorliegender nur auf Willkür überprüft (vgl. Art. 96 BGG i.V.m. Art. 9 BV), nicht eigenständig beurteilen, ob die Beschwerdegegnerinnen gestützt auf ein behauptetes Strafverfolgungsrisiko im Ausland, eine Aushändigung des Goldes hätten verweigern dürfen.

E. 6.3

Die Sache ist zur Ermittlung des insoweit offensichtlich unvollständig festgestellten (Prozess-) Sachverhalts, zur Anwendung ausländischen Rechts und zur Beurteilung der von der Vorinstanz offen gelassenen Einwände der Beschwerdegegnerinnen zurückzuweisen. In Anwendung der allgemeinen Beweislastregel gemäss Art. 8 ZGB obliegt es den Beschwerdegegnerinnen, substantiiert die Tatsachen zu behaupten und zu belegen, woraus sie einen Rechtsgrund hinsichtlich der Verweigerung der Herausgabe des Goldes ableiten.

Die Vorinstanz wird auszuführen haben, ob die Beschwerdegegnerinnen bereits aus einem konkret substantiierten Strafverfolgungsrisiko etwas zu ihren Gunsten ableiten können (so ROMERIO/IVELL, a.a.O., S. 166; vgl. auch Urteil 4A_383/2018 vom 6. Juni 2019 E. 4.3) oder erst beim erbrachten Nachweis einer tatsächlichen Strafbarkeit (so EMMENEGGER/GOOD, a.a.O., S. 47 ff.). Die Vorinstanz wird sich auch insbesondere dazu äussern müssen, ob die Aushändigung des Goldes in natura überhaupt als strafrechtlich relevante Beihilfehandlung zu einem Steuerdelikt nach deutschem Recht qualifiziert werden kann, zumal die erste Instanz diesen Beweis mit der plausiblen Begründung als gescheitert betrachtete, nach der Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs sei eine neutrale und berufsadäquate Handlung einer Bank bzw. ihrer Angestellten nur dann als strafbare Beihilfehandlung zu qualifizieren, wenn sie damit einen offensichtlich erkennbar tatgeneigten Täter unterstütze (vgl. für eine schweizerische Lehrmeinung zum deutschen Recht ROMERIO/IVELL, a.a.O., S. 154 f.).

Falls die Vorinstanz nicht ausschliessen kann, dass sich die Beschwerdegegnerinnen bereits durch die Annahme und Verwaltung der Vermögenswerte des Beschwerdeführers strafbar machten, ist in Bezug auf die von der Vorinstanz bejahten

clausula rebus sic stantibus zu fordern, dass Sanktionen entweder gerade deshalb drohen, weil das Gold herausgegeben wurde, oder sich aber zumindest gerade deshalb das Strafverfolgungsrisiko beträchtlich erhöht bzw. die Straffolgen massgebend schärfer ausfallen würden, als die Sanktionen, welche die zuständigen ausländischen Strafbehörden und die bereits aufgrund der Annahme unverteuerter Gelder (vgl.

EMMENEGGER/GOOD, a.a.O., S. 90 ff. sowie WIDMER LÜCHINGER, a.a.O., S. 448 ff.; vgl. auch GIOVANNI MOLO, Legittimità delle restrizioni bancarie nell'esecuzione delle istruzioni dei clienti, *Novità fiscali*, 2015, S. 36) oder zufolge der von den Beschwerdegegnerinnen angebotenen Überweisung auf ein anderes Konto verhängen könnten. Nicht jede unvorhersehbare und unvermeidbare Äquivalenzstörung darf zu einer richterlichen Vertragsänderung führen; in den Grundsatz von

pacta sunt servanda ist nur mit Zurückhaltung einzugreifen. Mit anderen Worten gilt es, eine überschüssige Erfüllungsverweigerung zu vermeiden und den Banken zu erlauben, jedes entfernte Risiko einer eigenen Sanktionierung auf den ausländischen Kunden zu überwälzen (so zu Recht EMMENEGGER/ GOOD, a.a.O., S. 91 f.). Selbst bei Bejahung eines Strafverfolgungsrisikos im Ausland, darf nicht ohne länderspezifische Prüfung geschlossen werden, dem Beschwerdegegner sei es zumutbar, seine Vermögenswerte steuerlich offen zu legen oder eine allfällig notwendige Steuerbereinigung vorzunehmen. Da es bei der Interessenabwägung massgeblich darauf ankommt, mit welchen Folgen der Kunde zu rechnen hat, wenn er seine Steuersituation bereinigt (vgl. WIDMER LÜCHINGER, a.a.O., S. 452; vgl. auch ZULAUF, a.a.O., S. 141 f.), ist die Vorinstanz gegebenenfalls vielmehr gehalten, in Rechtsanwendung von Amtes wegen ebenfalls zu prüfen, ob und inwiefern es dem Beschwerdeführer nach deutschem Recht tatsächlich offen stünde, seine Steuern nachträglich zu bereinigen bzw. welche Folgen eine Selbstanzeige nach sich ziehen würde, um im Anschluss die sich entgegenstehenden Interessen gegeneinander abzuwägen.

E. 7

Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen, der angefochtene Entscheid der Vorinstanz aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne vorstehender Erwägungen zurückzuweisen (Art. 107 Abs. 2 BGG).

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend werden die Beschwerdegegnerinnen - jeweils in solidarischer Haftung (Art. 66 Abs. 5 und Art. 68 Abs. 4 BGG) - kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 sowie Art. 68 Abs. 2 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.