

ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH CG170101-L vom 25. November 2019

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2019-11-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich CG170101-L](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich	CG170101-L)

FR: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH CG170101-L du 25 novembre 2019

IT: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH CG170101-L del 25 novembre 2019

Erwägungen

E. 1

Prozessverlauf

E. 1.1

Die Klägerin führt zusammengefasst aus, ein Kontokorrentvertrag bzw. Girovertrag könne als Auftrag jederzeit widerrufen bzw. gekündigt werden. Mit dem Zugang der Kündigung werde der Vertrag ex nunc aufgelöst. Nach Zugang der Kündigung existiere kein Konto- oder Depotvertrag mehr, sondern nun noch eine Forderung des Kunden gegenüber der Bank. Die gesetzlichen Grundlagen des AIA seien rund anderthalb Jahre nach Auflösung des Kontos der Klägerin in Kraft getreten. Es sei keine Meldepflicht für bereits im Juni 2015 aufgelöste Konten vorgesehen. Es komme nicht darauf an, ob das betreffende Bankkonto technisch von der Beklagten geschlossen worden sei, sondern einzig darauf, ob der Vertrag

- 35 - rechtsgültig gekündigt worden sei (act. 2 Rz 39 ff.; act. 15 Rz 3 ff.; act. 49 Rz 13 ff.). Mit Zugang der Kündigung habe kein Finanzkonto mehr bestanden, das von einer Meldepflicht unter dem AIA erfasst werden könnte, sondern lediglich eine Schuld der Beklagten gegenüber der Klägerin. Eine Schuld löse keine Meldepflicht unter dem AIA aus (act. 36 Rz 22, Rz 92, Rz 96; act. 49 Rz 125). Eine Übermittlung der Daten eines bereits im Juni 2015 aufgelösten Kontos verstosse gegen Art. 5 DSG, da sie falsch seien. Die von der Beklagten zu übermittelnden Kontodaten würden suggerieren, dass das betreffende Bankkonto nicht gekündigt worden sei. Da die Klägerin das Konto aber am 2. Juni 2015 gekündigt habe, seien die von der Beklagten bearbeiteten Personendaten nachweislich falsch (act. 2 Rz 44 f.; act. 15 Rz 11 ff.). Eine Weiterleitung der Daten der Klägerin an die ESTV würde eine rechtswidrige und schwere Verletzung der Klägerin in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und im Persönlichkeitsrecht darstellen (act. 2 Rz 51; act. 15 Rz 18; act. 36 Rz 22). Dem öffentlichen Interesse bzw. dem Interesse der Bank an der Identifikation bzw. Offenlegung von Steuersündern stehe das Interesse der Klägerin gegenüber. Selbst wenn sie Steuern hinterzogen hätte, hätte sie ein berechtigtes Interesse daran, Sanktionen zu vermeiden (act. 36 Rz 110). Gestützt auf Art. 15 DSG in Verbindung mit Art. 28 ff. ZGB habe die Klägerin einen Anspruch darauf, der Beklagten die Meldung falscher Daten verbieten zu lassen. Das Rechtsschutzinteresse sei zu bejahen, da die Beklagte die entsprechende Absicht kundgetan habe (act. 2 Rz 46; act. 15 Rz 14).

E. 1.2

Die Beklagte bringt zusammengefasst vor, ungeachtet der zivilrechtlichen Kündigung des Vertragsverhältnisses bestehe nach wie vor ein "Finanzkonto" im Sinne der öffentlich-rechtlichen Grundlagen für den AIA. Ein Finanzkonto gelte gemäss Wegleitung

der ESTV erst dann als geschlossen, wenn es technisch geschlossen sei, d.h. sämtliche Vermögenswerte des Kunden die Bank verlassen hätten oder auf ein internes Konto der Bank umgebucht worden seien. Das Konto sei meldepflichtig im Sinne des AIA (act. 10 Rz 10 f., Rz 15 ff.; act. 25 Rz 47 ff.; act. 18 Rz 4 ff.; act. 41 Rz 105 f.). Sie vermute, dass die bei ihr verwahrten Vermögenswerte der Klägerin in Deutschland nicht ordnungsgemäss deklariert und versteuert worden seien. Um auszuschliessen, dass die Bank oder ihre Angestell-

- 36 - ten durch die Ausführung der von der Klägerin verlangten Barauszahlung gegen deutsches Steuerstrafrecht verstossen und zu strafbaren Teilnehmern (Gehilfen) an Steuerdelikten der im Ausland domizilierten Klägerin würden, habe sie unter Berufung auf die vertraglichen Bestimmungen, d.h. den Ziffern 11 und 20 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, eine Barauszahlung des KontosalDOS bisher verweigert (act. 18 Rz 12 ff.). Folglich würden bei einer Meldung keine objektiv falschen Daten übermittelt, weshalb keine Persönlichkeitsverletzung gegeben sei (act. 10 Rz 18; act. 25 Rz 61; act. 41 Rz 111). Entsprechend habe die Klägerin keinen Anspruch darauf, der Beklagten eine Meldung unter dem AIA verbieten zu lassen (act. 10 Rz 25 f.; act. 25 Rz 66). Ohne Meldung würde einer vermuteten Steuerhinterziehung der Klägerin Vorschub geleistet. Ziel des AIA sei es, die Steuerehrlichkeit zu fördern. Das Interesse der Allgemeinheit wie auch der Beklagten an der Identifikation und Offenlegung von Steuersündern überwiege das private Interesse an der informationellen Selbstbestimmung der Klägerin (act. 25 Rz 62 ff.).

2. Beurteilung

E. 1.3

Nachdem den Parteien das rechtliche Gehör zum klägerischen Begehren betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen gewährt worden war (vgl. act. 8-19), wurde mit Beschluss vom 2. Februar 2018 das Begehren gutgeheissen und der Beklagten im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die weitere Dauer des Verfahrens verboten, den Namen der Klägerin sowie die das Konto Nr. ... und das dazugehörige Portfolio Nr. ... betreffende Daten im Rahmen einer Meldung unter dem AIA an die ESTV offen zu legen (act. 20). Gleichzeitig wurde der Beklagten Frist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt (act. 20).

E. 1.4

Nachdem die Klageantwort vom 16. März 2018 (act. 25) innert (erstreckter) Frist eingegangen war, wurden die Parteien zu einer Instruktionsverhandlung auf den 2. Oktober 2018 vorgeladen (act. 30). Die anlässlich der Instruktionsverhandlung geführten Vergleichsgespräche scheiterten. Die Parteien verzichteten auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung (Prot. S. 11 f.). In der Folge wurde mit Verfügung vom 25. Oktober 2018 die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels angeordnet und der Klägerin Frist zur Einreichung einer Replik angesetzt (act. 34).

E. 1.5

Nach Eingang der Replik vom 8. November 2018 (act. 36) wurde der Beklagten mit Verfügung vom 7. Dezember 2018 Frist zur Einreichung einer Duplik angesetzt (act. 37). Die Duplik vom 6. Februar 2019 (act. 41) wurde der Klägerin mit Verfügung vom 21. März 2019 zugestellt und der Klägerin wurde Frist zur Stellungnahme zu Dupliknoten angesetzt (act. 44). Innert erstreckter Frist nahm die Klägerin zur Duplik bzw. den darin enthaltenen Noven Stellung (act. 49). Die Stellungnahme wurde der Beklagten zugestellt (act. 53). Die Beklagte liess sich in der Folge nicht mehr vernehmen.

E. 1.6

Vorliegend sind die entscheiderelevanten Tatsachen unbestritten geblieben, womit sich das Verfahren als spruchreif erweist. Auf die Vorbringen der Parteien ist nachfolgend insoweit einzugehen, als sich dies für die Entscheidungsfindung als relevant erweist.

- 6 -

E. 2

Zuständigkeit und anwendbares Recht Die sich in diesem Zusammenhang stellenden prozessualen Fragen wurden bereits im Beschluss vom 2. Februar 2018 betreffend vorsorgliche Massnahmen abgehandelt, weshalb zur Vermeidung von Wiederholungen grundsätzlich darauf zu verweisen ist (act. 20 S. 5 ff.). Ergänzend ist festzuhalten, dass auch betreffend die Forderungsklage Schweizer Recht anwendbar ist (Art. 116 Abs. 1 IPRG).

E. 2.1

Gemäss Art. 12 Abs. 1 DSGVO darf niemand, der Personendaten bearbeitet, dabei die Persönlichkeit der betroffenen Person verletzen. Wann eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, wird durch Art. 12 Abs. 2 und 3 DSGVO konkretisiert. So dürfen insbesondere Personendaten nicht entgegen den Grundsätzen von Art. 5 Abs. 1 DSGVO bearbeitet werden. Gemäss Art. 5 Abs. 1 DSGVO hat sich derjenige, der Personendaten bearbeitet, über deren Richtigkeit zu vergewissern und alle angemessenen Massnahmen zu treffen, damit die Daten berichtigt oder vernichtet werden, die im Hinblick auf den Zweck ihrer Beschaffung oder Bearbeitung unrichtig oder unvollständig sind.

E. 2.2

Die Beklagte beruft sich darauf, dass sie gestützt auf das AIAG eine Meldepflicht treffe. Gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. i AIAG ist ein bestehendes Konto ein Finanzkonto, das am Tag vor Beginn der Anwendbarkeit des automatischen Informationsaustauschs mit einem Partnerstaat von einem meldenden schweizerischen Finanzinstitut geführt wird. Die entsprechende "Wegleitung" der ESTV entfaltet als Verwaltungsweisung für das Gericht keine Bindungswirkung. Jedoch

- 37 - werden Verwaltungsweisungen berücksichtigt, soweit sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen (BGE 133 V 394 E. 3.3 mit Hinweisen). Gemäss der Wegleitung "Standard für den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten – Gemeinsamer Meldestandard" der ESTV vom 17. Januar 2017 gilt ein Konto dann als aufgelöst, wenn zwischen dem Finanzinstitut und dem Kontoinhaber keine vertragliche Beziehung mehr besteht (vgl. auch act. 19/1). Massgebend sei dabei nicht der Zeitpunkt der Erteilung des Auftrags zur Saldierung, sondern der Zeitpunkt, in dem das Konto technisch geschlossen werde, d.h. die letzten Vermögenswerte das Finanzinstitut verlassen hätten oder auf ein internes Konto des Finanzinstitutes umgebucht worden seien. Vorliegend macht die Beklagte zwar zu Recht geltend, dass sich das Geld noch auf dem Konto befindet. Jedoch hat die Klägerin am 1. Juni 2015 sämtliche bestehenden Konto- und Depotverträge mit der Beklagten gekündigt (act. 5/6). Wie vorliegend ausgeführt verweigert die Beklagte die Barauszahlung an die Klägerin zu Unrecht. Entsprechend kann sie sich auch nicht darauf berufen, dass sie die Kontobeziehung weitergeführt hat. Vielmehr hätte sie – der Anweisung der Klägerin folgend – dieses Geld ausbezahlen müssen. Hätte sie dies getan, wäre die Kontobeziehung beim Inkrafttreten des AIAG rund anderthalb Jahre nach

der Kündigung längstens aufgelöst gewesen. Dann wäre das Konto auch technisch geschlossen gewesen, d.h. sämtliche Vermögenswerte der Klägerin hätten die Beklagte verlassen bzw. wären umgebucht worden. Damit hätte im Zeitpunkt des Inkrafttretens des AIAG keine Grundlage mehr dafür bestanden, das Konto der Klägerin der ESTV zu melden. Die Kündigung der Klägerin erfolgte aufgrund des Zeitablaufs zwischen Kündigung und Inkrafttreten auch nicht zum Zweck der Umgehung der Meldepflicht (was von der Beklagten anerkannt wird, act. 41 Rz 107). Würde die Beklagte die Daten der Klägerin betreffend das bereits im Juni 2015 aufgelösten Kontos übermitteln, würde sie somit objektiv falsche Daten übermitteln und gegen Art. 5 DSGVO verstossen.

E. 2.3

Ist eine Persönlichkeitsverletzung erstellt, so ergibt sich daraus grundsätzlich auch die Widerrechtlichkeit, ausser es liegt ein Rechtfertigungsgrund vor. Eine Datenübermittlung durch die Beklagte ist somit nur zulässig, wenn sie sich auf einen Rechtfertigungsgrund berufen kann. Als Rechtfertigungsgründe kommen

- 38 - gemäss Art. 13 DSGVO die Einwilligung des Verletzten, ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder das Gesetz in Betracht. Das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds ist von der Beklagten nachzuweisen.

E. 2.4

Da die Meldepflicht des AIAG nicht greift, besteht vorliegend keine gesetzliche Grundlage. Eine Einwilligung der Klägerin liegt ebenfalls nicht vor. Die Vorbringen der Beklagten zur Interessenabwägung (act. 25 Rz 63 ff.) sind im Übrigen unsubstantiiert. Sie behauptet insbesondere nicht, dass sie selbst ein erhebliches Risiko der Strafbarkeit trifft, sie führt lediglich allgemein aus, dass sich für Banken, die unversteuerte Vermögenswerte in ihren Büchern halten, das Risiko von Sanktionen ganz erheblich erhöht habe (act. 25 Rz 64). Die Tatsache allein, dass Ziel des AIA sei, die Steuerehrlichkeit zu fördern, begründet ebenfalls kein (öffentliches) Interesse daran, der ESTV falsche Daten betreffend die Klägerin zu übermitteln. Somit gelingt es der Beklagten mangels rechtsgenügender Behauptung nicht nachzuweisen, dass ein überwiegendes öffentliches (oder privates) Interesse an der Meldung des Kontos der Klägerin besteht.

E. 2.5

Wer in seiner Persönlichkeit durch die Bearbeitung von Personendaten durch private Personen widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen (Art. 15 Abs. 1 DSGVO in Verbindung mit Art. 28 Abs. 1 ZGB) und insbesondere beantragen, die drohende Verletzung zu verbieten (Art. 15 Abs. 1 DSGVO in Verbindung mit Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Ein solches Unterlassungsbegehren setzt voraus, dass die widerrechtliche Handlung unmittelbar droht. Das Verbot muss zudem verhältnismässig sein.

E. 2.6

Dass eine Übermittlung der klägerischen Daten an die ESTV unmittelbar droht, wird von der Beklagten zu Recht nicht bestritten. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Beklagte die Personendaten der Klägerin der ESTV melden wird, nachdem sie sich im vorliegenden Verfahren auf den Standpunkt stellt, das Konto der Klägerin stelle ein meldepflichtiges Konto dar und sie sei zur Meldung verpflichtet. Ein Verbot ist nach dem ausgeführten zudem verhältnismässig, es besteht keine mildere Massnahme, um die Persönlichkeit der

Klägerin zu schützen.

- 39 - 3. Fazit Entsprechend ist der Beklagten zu verbieten, den Namen der Klägerin sowie die das Konto Nr. ... und das dazugehörige Portfolio Nr. ... betreffend Daten den deutschen Behörden gegenüber direkt oder indirekt im Rahmen einer Meldung unter dem AIA an die ESTV offen zu legen. Wie von der Klägerin beantragt ist das Verbot für den Widerhandlungsfall mit der Androhung der Bestrafung der Organe der Beklagten gemäss Art. 292 StGB mit Busse bis zu Fr. 10'000.– zu verbinden. V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Beklagte unterliegt vollumfänglich. Daran ändert der Klagerückzug im Umfang von € 12'156.93 nichts, da er erfolgte, weil die Beklagte diesen Betrag auf Rechnung der Klägerin bezahlte (vgl. act. 36 Rz 5). Die Beklagte wird damit kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). 2. Ausgangspunkt für die Festlegung von Gerichtsgebühr und Parteientschädigung bildet der Streitwert. Der eingeklagte EUR-Betrag gemäss geändertem Rechtsbegehren – unter Berücksichtigung des Betrags gemäss Klagerückzug – entspricht per Einleitung des Schlichtungsverfahrens (bei einem Umrechnungskurs per 16. Juni 2017 von 1.0904) umgerechnet rund Fr. 115'000.– (vgl. <https://zkb-finance.mdgms.com/home/currencies/ndex.html>). 3. Die ordentliche Gerichtsgebühr würde sich dafür auf rund Fr. 9'300.– belaufen (§ 4 GebV OG). Hinzuzuschlagen ist eine Pauschale für das beantragte Verbot (§ 5 GebV OG). Es fand ein doppelter Schriftenwechsel statt und es wurde eine Instruktionsverhandlung, jedoch keine Hauptverhandlung durchgeführt. Der Sachverhalt und der Umfang der Rechtsschriften sind grundsätzlich überschaubar. Vorliegend musste zudem betreffend das Begehren der Klägerin betreffend vorsorgliche Massnahmen entschieden (vgl. den entsprechenden Entscheid act. 20) werden. Eine Entscheidgebühr von Fr. 15'000.– erscheint vor diesem Hintergrund angemessen. Die Gerichtskosten sind der Beklagten aufzuerlegen, jedoch mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

- 40 - 4. Die ordentliche Parteientschädigung beträgt gemäss § 4 Abs. 1 AnwGebV rund Fr. 11'800.–. Hinzu kommt ebenfalls eine Pauschale aufgrund des beantragten Verbots (§ 5 Abs. 1 AnwGebV). Der Anspruch auf die Gebühr entsteht mit der Erarbeitung der Begründung oder Beantwortung der Klage. Die Gebühr deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Zuschlag berechnet (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Vorliegend erscheint eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 18'000.– als angemessen. Die Beklagte hat der Klägerin zudem den Vorschuss von Fr. 14'000.– sowie die von ihr bezogenen Kosten für das Schlichtungsverfahren in der Höhe von Fr. 615.– (act. 1 S. 2) zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO; Art. 207 Abs. 2 ZPO). Es wird beschlossen:

E. 3

Standpunkt der Beklagten

E. 3.1

Die Beklagte macht zusammengefasst geltend, sie habe sich nicht gewei- gert, der Klägerin das Guthaben auszubezahlen bzw. zu überweisen, sondern dies von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht (act. 25 Rz 6 ff.). Vorlie- gend hätten sie sich mit Einführung der neuen AGB darauf geeinigt, den An- spruch auf Barauszahlung einzuschränken (act. 41 Rz 32). Sie habe Grund zur Annahme gehabt, dass die klägerischen Vermögenswerte in Deutschland nicht ordnungsgemäss versteuert gewesen seien und eine Barauszahlung derselben somit einer Steuerhinterziehung Vorschub leisten würde (act. 25

Rz 17 ff.; act. 41 Rz 40). Entsprechend sei sie gestützt auf die vertragliche Regelung in Ziffer 11 der AGB berechtigt, die Auszahlung des Kontosaldo an die Klägerin in bar zu verweigern. Sie wäre hierzu auch ohne Vorliegen eines befürchteten Gesetzesverstosses berechtigt, zumal sie gemäss Ziffer 20 der AGB den Abzug von Vermögenswerten im Falle einer gekündigten Bankbeziehung grundsätzlich auf Formen beschränken könne, welche die Nachverfolgbarkeit der Vermögenswerte erlauben würden (act. 18 Rz 14; act. 25 Rz 27). Zudem stelle die Strafbarkeit unter ausländischem Recht bzw. das Sanktionsrisiko aufgrund der Verletzung inländischer aufsichtsrechtlicher Vorgaben grundsätzlich ein Leistungshindernis im Sinne von Art. 119 OR dar (act. 25 Rz 28; act. 41 Rz 82).

E. 3.2

Die Beklagte hält dafür, dass sie berechtigt gewesen sei, dem Konto auch nach der Kündigung im bisherigen Umfang Gebühren für die Kontoführung zu belasten. Solange die Rückabwicklung nach der Kündigung nicht abgeschlossen sei, dauere das Vertragsverhältnis an. Sie sei faktisch gezwungen gewesen, die Kontobeziehung weiterzuführen. Die damit verbundenen Kosten habe sie der

- 10 - Klägerin in Rechnung gestellt (act. 25 Rz 39 ff.; act. 41 Rz 8 ff., Rz 96 ff.). Die Forderung der Klägerin sei um die Gebühren zu reduzieren und habe per 31. Januar 2019 EUR 66'626.35 betragen (act. 41 Rz 8 f., Rz 25).

E. 3.3

Da die Voraussetzung für eine Barauszahlung nicht gegeben sei, sei die Forderung der Klägerin zu keinem Zeitpunkt fällig gewesen und sie (die Beklagte) habe sich auch nicht im (Schuldner-)Verzug befunden. Entsprechend habe die Klägerin keinen Anspruch auf Verzugszinsen (act. 25 Rz 68 ff.). Indem die Klägerin sämtliche Vorschläge für eine anderweitige Auszahlung des Kontosaldo abgelehnt habe, sei diese in Gläubigerverzug geraten. Dies schliesse den Schuldnerverzug der Beklagten aus (act. 41 Rz 6 f., Rz 10, Rz 100).

E. 4

Beurteilung

E. 4.1

Ausgangslage Seitens der Beklagten ist nicht bestritten, dass Geldschulden grundsätzlich in bar zu bezahlen sind (act. 25 Rz 14 ff.; act. 41 Rz 32). Die Beklagte macht jedoch wie erwähnt geltend, der Anspruch auf Barauszahlung sei zwischen ihr und der Klägerin vertraglich beschränkt worden (act. 25 Rz 14 ff.; act. 41 Rz 17 ff.). Eventualiter macht sie geltend, es liege ein Leistungshindernis im Sinne von Art. 119 OR vor (act. 24 Rz 28; act. 41 Rz 78 ff.). Zudem beruft sie sich auf die "clausula rebus sic stantibus" (act. 41 Rz 83 ff.) und Nichtigkeit aufgrund von Sittenwidrigkeit (act. 41 Rz 87 ff.). Dies wird von der Klägerin bestritten. Nachfolgend ist somit zu prüfen, ob die Beklagte sich zu Recht weigert, das Guthaben der Klägerin bar auszuzahlen.

E. 4.2

Geltung der AGB

E. 4.2.1

Die Beklagte macht geltend, mit der Einführung der (neuen) AGB im Jahre 2013 hätten sie und die Klägerin sich darauf geeinigt, den Anspruch auf Barauszahlung bei Vorliegen von Anhaltspunkten für eine Verletzung in- oder ausländischer gesetzlicher Vorschriften sowie im Falle einer Kündigung einzuschränken (act. 41 Rz 32). Dies wird von der Klägerin bestritten (u.a. act. 49 Rz 42). Für das Vorliegen einer entsprechenden Vereinbarung trifft die Beklagte die Beweislast.

- 11 -

E. 4.2.2

Zunächst ist zu prüfen, ob die AGB bzw. die fraglichen Bestimmungen der AGB Vertragsbestandteil wurden. Vorformulierte Vertragsklauseln gelten, wenn und soweit die Parteien sie für ihren Vertrag ausdrücklich oder konkludent übernommen haben. Nach der sogenannten Ungewöhnlichkeitsregel ist eine globale Übernahme für vorformulierte Klauseln nicht gültig, soweit die zustimmende Partei mit ihnen nicht gerechnet hat und aus ihrer Sicht zur Zeit des Vertragsabschlusses vernünftigerweise auch nicht rechnen musste, weil sie unerwartet oder atypisch sind. Als global übernommen gelten vorformulierte Bedingungen, die eine schwache oder unerfahrene Partei nach allgemeiner Erfahrung nicht liest, nicht zur Kenntnis nimmt oder in ihrer Tragweite nicht versteht (Urteil des Bundesgerichts 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003 E. 3.1 mit Hinweisen).

E. 4.2.3

Zustellungsfiktion

E. 4.2.3.1

Vorliegend haben die Parteien bei der Kontoeröffnung banklagernde Korrespondenz vereinbart. Die entsprechende Regelung lautet "Alle Korrespondenz ist banklagernd zu halten; in diesem Fall gilt die Post als zugestellt mit dem Datum, das sie trägt." (act. 4/5 S. 2) bzw. gemäss (alten) AGB "Banklagernd zu haltende Post gilt als zugestellt am Datum, das sie trägt." (act. 43/6 Ziff. 3). Dies ist seitens der Parteien nicht bestritten (vgl. u.a. act. 2 Rz 10, act. 36 Rz 51, act. 49 Rz 37; act. 25 Rz 18, act. 41 Rz 27).

E. 4.2.3.2

Die Klägerin bestreitet jedoch, dass das Schreiben der Beklagten vom 21. Februar 2013 sowie die neuen AGB in ihrem Dossier abgelegt worden seien. Damit sei der Zugangs- und Genehmigungsfiktion die Grundlage entzogen (act. 36 Rz 33 f., Rz 47; act. 49 Rz 37, Rz 79). Aus act. 43/8 ergebe sich weder, dass die Nummer "... " die Klägerin sei, noch dass es sich um die behauptete Kundeninformation gehandelt habe, noch dass es tatsächlich abgelegt worden sei (act. 49 Rz 38). Die Behauptung der Beklagten, die ordnungsgemässe Ablage der Banklagernd-Korrespondenz sei überprüft und bestätigt worden, sei unsubstantiiert und werde bestritten (act. 49 Rz 39).

E. 4.2.3.3

Die Beklagte macht geltend, das Schreiben vom 21. Februar 2013 und die (neuen) AGB seien am 25. Februar 2013 im Banklagernd-Dossier der Klägerin

- 12 - abgelegt worden. Spätestens ab diesem Datum würden das Schreiben sowie die AGB als zugestellt und zur Kenntnis genommen gelten. Die ordnungsgemässe Ablage der Banklagernd-Korrespondenz sei regelmässig von der internen Revision der Beklagten sowie von der externen Prüfgesellschaft überprüft und bestätigt worden (act. 41 Rz 29, Rz

42).

E. 4.2.3.4

Unter Vorbehalt von Fällen des Rechtsmissbrauchs, insbesondere bei absichtlicher Schädigung des Kunden durch die Bank, ist die Zustellungsfiktion zulässig, die mit der Klausel betreffend banklagernde Korrespondenz regelmässig verbunden wird (Urteil des Bundesgerichts 4A_119/2018 vom 7. Januar 2019 E. 6.1.1 mit Hinweisen; so schon ZR 88 [1989] Nr. 48 E. II.2 S. 58 f.). Mit der Möglichkeit, vertraglich die Korrespondenz bei der Bank selbst ("banklagernd") aufbewahren zu lassen, nimmt der Kunde das Risiko auf sich, dass er die Mitteilungen der Bank so gegen sich gelten lassen muss, wie wenn sie ihm per Post zugestellt worden wären. Selbst wenn der Kunde von einer Mitteilung der Bank keine Kenntnis besitzt, weil er die Korrespondenz nicht abholt, ist ihm der Zugang als Folge seines selbstbestimmten Einflussbereiches zuzurechnen. Bei dieser Zustellungsfiktion handelt es sich um eine unwiderlegbare Vermutung. Massgebend für den Zeitpunkt der Zustellung ist der Zeitpunkt der Ablage des fraglichen Dokuments in das Banklagernd-Dossier (BGE 143 II 136 E. 6.4.3; Urteil des Bundesgerichts 4C.378/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.2, je mit Hinweisen). Vermutungswise entspricht dieser Zeitpunkt dem Tag, dessen Datum die Korrespondenz trägt (Emch/Renz/Arpagaus, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. A., Zürich 2011, Rz 708).

E. 4.2.3.5

Wie erwähnt bestreitet die Klägerin, dass das Schreiben der Beklagten vom 21. Februar 2013 sowie die neuen AGB in ihrem Dossier abgelegt worden seien (act. 36 Rz 33 f., Rz 47; act. 49 Rz 37, Rz 79). Mithin macht sie geltend, der massgebende Zeitpunkt der Zustellung sei nicht eingetreten. Vorliegend wurde mit der Banklagernd-Klausel zwischen den Parteien jedoch vereinbart, dass die Post mit dem Datum, das sie trägt, als zugestellt gilt. Die Banklagernd-Vereinbarung zwischen den Parteien legt somit eine Vermutung fest, die zu einer Beweislastumkehr führt. Mithin müsste die Klägerin beweisen, dass das fragliche - 13 - Dokument, d.h. die neuen AGB samt Begleitbrief, nicht in ihrem Dossier abgelegt wurden. Dazu kommt, dass die Beklagte substantiiert darlegt und mit Auszügen aus dem Banklagernd-Dossier der Klägerin belegt, dass sie das Begleitschreiben vom 23. Februar 2013 betreffend Anpassung von Vertragsdokumenten sowie die neuen AGB am 25. Februar 2013 in deren Dossier abgelegt hat (act. 41 Rz 29; act. 43/8). Entgegen der Klägerin handelt es sich beim von der Beklagten eingereichten Auszug aus dem Banklagernd-Dossier nicht um eine reine Parteibehauptung. Die Klägerin hätte deshalb die Ausführungen der Beklagten substantiiert zu bestreiten gehabt. Es genügt nicht, wenn sie einzig ausführt, sie bestreite, dass es abgelegt worden sei. Es ergebe sich nicht, dass es in ihr Dossier abgelegt worden sei (so in act. 49 Rz 37 f.). Somit ist nicht – jedenfalls nicht substantiiert – bestritten, dass die AGB am 25. Februar 2013 im Banklagernd-Dossier der Klägerin abgelegt wurden. Aufgrund der Zustellungsfiktion, die sich aus der Vereinbarung zwischen der Klägerin und der Beklagten wie auch den früheren AGB ergibt (act. 5/4 S. 2; act. 43/6 Ziff. 3; act. 43/7 Ziff. 7), gelten das Schreiben vom 21. Februar 2013 sowie die neuen AGB als am 25. Februar 2013 der Klägerin zugestellt.

E. 4.2.4

Genehmigungsfiktion

E. 4.2.4.1

Die Beklagte führt aus, die Klägerin habe die Widerspruchsfrist unbenutzt verstreichen lassen, womit die AGB als genehmigt gelten würden (Genehmigungsfiktion; act. 41 Rz 30, Rz 42).

E. 4.2.4.2

Die Klägerin macht geltend, sie habe den neuen AGB nicht innert Frist widersprechen können, da sie ihr nicht zugestellt worden seien (act. 36 Rz 33 f., Rz 47, Rz 52; act. 49 Rz 40). Die Genehmigungsfiktion greife vorliegend nicht. Darunter würden lediglich solche Vertragsänderungen fallen, mit denen die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses hätten rechnen müssen bzw. die zu diesem Zeitpunkt vorhersehbar gewesen seien. Die Einführung der Nachweispflicht der ordentlichen Versteuerung von Bankguthaben sei geschäftsfremd und ändere den Charakter der Vertragsbeziehung in grundlegender Art. Die Klägerin habe mit einer solchen Vertragsänderung nicht rechnen müssen bzw. diese sei nicht vorhersehbar gewesen und sei deshalb vom ursprünglichen Konsens nicht - 14 - gedeckt (act. 49 Rz 33 f., Rz 48, Rz 69 f.). Es sei offensichtlich, dass die Beklagte gewusst habe, dass die Klägerin den neuen AGB nicht zugestimmt habe (act. 49 Rz 34) bzw. ihr der Genehmigungswille fehle (act. 49 Rz 71).

E. 4.2.4.3

In den alten AGB (Ausgabe 01/2001; act. 43/7), die bis zur Einführung der neuen AGB (Ausgabe 04/2013) im Jahre 2013 galten, ist in Ziffer 24 eine Widerspruchsfrist verankert. Die Regelung in Ziffer 24 lautet wie folgt: "Die Bank behält sich jederzeitige Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor. Diese werden dem Bankkunden auf dem Zirkularwege oder auf andere geeignete Weise bekannt gegeben und gelten ohne Widerspruch innert Monatsfrist als genehmigt." Dies wird von der Klägerin nicht bestritten (act. 36 Rz 34). Zudem wurde die Klägerin im Begleitschreiben vom 21. Februar 2013 (act. 27/8 S. 2) ausdrücklich auf die Widerspruchsfrist hingewiesen, wie die Beklagte zu Recht vorbringt (act. 25 Rz 17).

E. 4.2.4.4

Mit der in Bankverträgen regelmässig enthaltenen Genehmigungsfiktion vereinbaren die Parteien, dass ein passives Verhalten des Bankkunden als Annahme bzw. Genehmigung der Unterlagen im Sinne von Art. 6 OR zu werten ist. Gemäss Rechtsprechung ist diese Vereinbarung zulässig und hat zur Folge, dass der Bankkunde, der eine Transaktion bzw. eine Vertragsänderung nicht innert Frist beanstandet, diese genehmigt. Ausnahmsweise kann das Gericht jedoch von deren Unverbindlichkeit ausgehen, wenn die Genehmigungsfiktion nach den Umständen des Falls zu einem unbilligen, das Rechtsempfinden verletzenden Ergebnis führt. Dies gilt insbesondere bei der Vereinbarung der banklagernden Zustimmung. So darf sich die Bank nicht auf die Genehmigungsfiktion berufen, wenn sie diese benutzt, um den Bankkunden absichtlich zu schädigen. Sodann setzt die Genehmigungsfiktion nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gestützt auf das Vertrauensprinzip voraus, dass dem Kunden die Reklamation objektiv möglich und zumutbar sein muss; sie kann durch den Nachweis umgestossen werden, dass die Bank um die tatsächliche Nichtgenehmigung wusste (Urteil des Bundesgerichts 4A_42/2015 vom 9. November 2015 E. 5.2 mit zahlreichen Hinweisen).

E. 4.2.4.5

Die AGB samt Begleitschreiben wurden der Klägerin wie von ihr gewünscht banklagernd zugestellt. Die banklagernde Zustellung ändert nichts an der Anwendbarkeit der Genehmigungsfiktion. Die durch eine banklagernde Korres-

- 15 - pondenz erzeugte Zustellungsfiktion bewirkt zwar eine Verschärfung der aus der Genehmigungsfiktion resultierenden Lage des Kunden. Diese Risiken wurden jedoch durch den Bankkunden bewusst eingegangen. Zudem dienen Banklagernd- Erklärungen in überwiegender Weise den Interessen des Kunden. Der Bank muss es daher möglich sein, durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen verbindlich festzulegen, dass sie nicht gewillt ist, aufgrund der Erbringung dieser besonderen Dienstleistung schlechter gestellt zu werden, als wenn die Zustellung auf dem üblichen (Post-) Weg erfolgt wäre (ZR 106 [2007] Nr. 1 E. 4c S. 10). Der Kunde muss vernünftigerweise damit rechnen, dass die Bank ihm bei einer grundlegenden Änderung der Rahmenbedingungen im Bankgeschäft eine Mitteilung zustellt, die eine entsprechende Vertragsänderung enthält. Dies gilt auch für Regelungen, die sich zum Nachteil des Kunden auswirken. Solche sind zu erwarten, und die Genehmigungsfiktion würde ihren Zweck der effizienten Vertragsgestaltung im Massengeschäft verfehlen, wenn einzig Änderungen zugunsten der Kunden von ihr erfasst würden. Die Klägerin trägt somit das Risiko, dass sie über wesentliche Änderungen nicht bzw. nicht rechtzeitig informiert ist und deshalb nicht innert Frist Einspruch erheben kann. Anhaltspunkte für rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten, das zur Unverbindlichkeit der neuen AGB führen würde, werden von der Klägerin nicht geltend gemacht, insbesondere wird auch nicht ausgeführt, weshalb die Beklagte gewusst haben soll, dass sie den neuen AGB nicht zugestimmt habe. Die Beklagte kann sich somit auf die Genehmigungsfiktion berufen. Die (neuen) AGB (Ausgabe 04/2013; act. 27/7) sind daher zwischen der Klägerin und der Beklagten grundsätzlich Vertragsbestandteil geworden.

E. 4.2.5

Ungewöhnlichkeitsregel

E. 4.2.5.1

Zu prüfen bleibt jedoch, ob die konkreten Klauseln, auf die sich die Beklagte vorliegend beruft, (auch) der Ungewöhnlichkeitsregel standhalten, nachdem die Klägerin die neuen AGB unbestrittenermassen nicht gelesen hat.

E. 4.2.5.2

Die Klägerin macht zusammengefasst geltend, bei den Regelungen in den Ziffern 11 und 20 der AGB handle es sich um ungewöhnliche Klauseln, mit denen sie nicht gerechnet habe und auch nicht rechnen müssen. Sie sei unerfahren und nicht branchenkundig. Selbst wenn sie verstanden hätte, was der

- 16 - Regelungsgehalt des damals diskutierten Abkommens gewesen sei, habe sie die Reaktion der Beklagten nicht antizipieren können (act. 36 Rz 49 f.; act. 49 Rz 57, Rz 66). Die Änderung der AGB, dass ein Bezug des Guthabens nur noch bei Vorlage einer Steuerkonformitätsbescheinigung möglich sei, müsse sowohl subjektiv als auch objektiv als vollkommen überraschend bewertet werden. Diese Regelung ändere den Vertragscharakter des Kontoführungsvertrags in grundlegender Weise (act. 36 Rz 51, act. 49 Rz 70). Von einer Zustimmung wäre nur dann auszugehen, wenn die Beklagte im Zeitpunkt der Vertragsänderung ausdrücklich und deutlich auf sie aufmerksam gemacht hätte. Sie (die Klägerin) habe die Klausel nicht zur Kenntnis genommen. Der Hinweis sei nicht

hervorgehoben worden und finde sich relativ versteckt im Begleitschreiben (act. 36 Rz 52 act. 49 Rz 78 f.).

E. 4.2.5.3

Die Beklagte hingegen macht zusammengefasst geltend, bei den Regelungen in den Ziffern 11 und 20 der AGB habe es sich nicht um ungewöhnliche Klauseln gehandelt, mit denen die Klägerin nach den Umständen nicht gerechnet habe und auch nicht habe rechnen müssen (act. 41 Rz 47). Der Hinweis auf die Einschränkung von Bartransaktionen in den AGB sei durch die Verwendung des Begriffs "insbesondere" hervorgehoben und die Klägerin mittels Schreiben vom 21. Februar 2013 explizit auf die besagten Änderungen hingewiesen worden. Entsprechend könne sich die Klägerin nicht auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen (act. 41 Rz 56 ff.). Die Klägerin sei nicht "unerfahren und nicht branchenkundig". Diese sei sich in Bezug auf die vorliegend interessierende Thematik der Steuertransparenz der relevanten rechtlichen Rahmenbedingungen sehr wohl bewusst gewesen (act. 41 Rz 43 ff.). Die Ziffern 11 und 20 der AGB, die insbesondere Barauszahlungen einschränkten, hätten keinen geschäftsfremden Inhalt und führten nicht zu einer wesentlichen Veränderung des Vertragscharakters. Sie seien somit weder subjektiv noch objektiv ungewöhnlich oder überraschend (act. 41 Rz 50 f.).

E. 4.2.5.4

Wie bereits erwähnt, wird die Geltung vorformulierter allgemeiner Geschäftsbedingungen durch die Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt. Danach sind von der global erklärten Zustimmung alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein nicht gesondert aufmerksam gemacht worden

- 17 - ist. Der Verfasser von allgemeinen Geschäftsbedingungen muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass ein (unerfahrener) Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt. Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Die Beurteilung erfolgt bezogen auf den Einzelfall. Für einen Branchenfremden können deshalb auch branchenübliche Klauseln ungewöhnlich sein. Die Ungewöhnlichkeitsregel kommt jedoch nur dann zur Anwendung, wenn neben dieser subjektiven Voraussetzung die betreffende Klausel auch objektiv beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt aufweist. Dies ist dann zu bejahen, wenn sie zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt. Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren (Urteil des Bundesgerichts 4A_499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 3.3.2 f. und BGE 138 III 411 E. 3.1, je mit Hinweisen).

E. 4.2.5.5

Bei der Ungewöhnlichkeitsregel handelt es sich um eine rechtshindernde Einrede. Es obliegt daher der Klägerin, die sich darauf beruft, substantiiert zu behaupten und zu beweisen, dass Regelungen in den Ziffern 11 und 20 der AGB in obgenanntem Sinn ungewöhnlich sind.

E. 4.2.5.6

Die Klägerin behauptet zunächst, ohne dies näher auszuführen oder zu belegen, dass sie unerfahren und nicht branchenkundig sei (act. 36 Rz 48; act. 49 Rz 57). Dies wird von der Beklagten bestritten. Entgegen der Klägerin ist nicht relevant, dass sie im Vergleich zur

Beklagten die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei ist. Ein Bankkunde ist nicht per se unerfahren im Sinne der Rechtsprechung zur Ungewöhnlichkeitsregel. Zwar schliesst gemäss einer neueren Entscheidung des Bundesgerichts Branchenkenntnis oder Geschäftserfahrung die Ungewöhnlichkeit nicht zwingend aus. Auch für einen Branchenkundigen oder Geschäftserfahrenen kann eine AGB-Klausel unter Umständen ungewöhnlich sein. Es kommt bei der Beurteilung der subjektiven wie der objektiven Ungewöhnlichkeit jedoch wie erwähnt auf den Einzelfall an (Urteil des Bundesgerichts 4A_499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 3.3.2 f.). Massgebend ist somit, ob bzw. dass die Klauseln für die Klägerin (subjektiv) ungewöhnlich waren. Dabei ist unter

- 18 - anderem auch eine allfällige Geschäfts- und Branchenerfahrung zu berücksichtigen. Die Klägerin behauptet weiter, sie sei 79 Jahre alt und Rentnerin. Als Konsumentin weise sie im Bereich der Bankdienstleistungen keine speziellen Kenntnisse auf (act. 49 Rz 57). Die klägerischen Ausführungen werden von der Beklagten jedoch insofern bestritten, als diese ausführt, gerade in Bezug auf die Thematik der Steuertransparenz sei sich die Klägerin der relevanten rechtlichen Rahmenbedingungen sehr wohl bewusst gewesen (act. 41 Rz 43). Alleine aus der Tatsache, dass es sich bei der Klägerin um eine 79-jährige Rentnerin handelt, kann nicht abgeleitet werden, dass sie eine in Finanz- oder Steuerfragen unerfahrene Person ist. Es fehlt diesbezüglich an substantiierten Behauptungen der Klägerin (so fehlen beispielsweise Angaben zur Berufsausbildung bzw. -erfahrung der Klägerin, zu ihrer Erfahrung mit Bankgeschäften und in Steuerfragen) und entsprechenden Beweisofferten, die aufgrund der Bestreitung erforderlich gewesen wären. Unbestrittenermassen sahen zudem bereits die alten AGB (act. 43/7) und die im Zeitpunkt der Kontoeröffnung geltenden AGB (act. 43/6) eine Beschränkung der Barauszahlung bei Fremdwährungskonti vor. Beim streitgegenständlichen Konto handelt es sich – was ebenfalls nicht strittig ist – um ein solches Fremdwährungskonto. Die Klägerin legt nicht dar, weshalb unter diesen Umständen eine (weitere) Beschränkung von Bargeldbezügen für sie überraschend und damit ungewöhnlich gewesen sein sollte. Daran ändert nichts, dass sie in regelmässigen Abständen Barbezüge tätigte und die Beklagte die Aufträge stets ausführte bzw. diesen nie widersprach (act. 49 Rz 73 f.). Schliesslich wies die Beklagte – wie sie zu Recht vorbringt – im Begleitschreiben zu den AGB vom 21. Februar 2013 unter anderem darauf hin, dass sie sich in den Ziffern 11 und 20 das Recht vorbehält, Barzahlungen bzw. -transaktionen zu verweigern (act. 27/8). Der Klägerin ist zwar insoweit zuzustimmen, dass sich aus dem Begleitschreiben nicht klar ergibt, unter welchen Umständen die Beklagte Barzahlungen verweigern kann oder will (vgl. act. 36 Rz 52; act. 49 Rz 78 f.). Jedoch wird von der Beklagten im zwei Seiten umfassenden Begleitschreiben an zwei Stellen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Barzahlungen eingeschränkt

- 19 - werden können (vgl. hierzu auch act. 41 Rz 56 ff.). Entgegen der Klägerin kommt es auch nicht darauf an, ob es überraschend sei, wenn die Auszahlung von der Steuerkonformität abhängig gemacht wird (act. 49 Rz 73 ff.). Massgebend ist vielmehr, ob eine Einschränkung von Barauszahlungen grundsätzlich überraschend war (vgl. Emmenegger/Good, Der Einfluss ausländischer (Steuer-)Regulierung auf die Bank/Kunden-Beziehung, in: Verhaltensregeln, Schweizerische Bankrechtstagung 2015, S. 110, S. 114). Wenn dies nicht der Fall ist, spielt es keine Rolle, unter welchen Voraussetzungen die Einschränkung greift bzw. greifen soll. Somit gelingt es der Klägerin nicht nachzuweisen, dass die entsprechenden Klauseln für sie subjektiv ungewöhnlich waren. Damit kann sie sich nicht auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen.

E. 4.2.5.7

Eine Prüfung, ob die Klauseln als objektiv ungewöhnlich zu beurteilen wären, sie mithin einen geschäftsfremden Inhalt aufweisen, erübrigt sich deshalb. Lediglich der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Beschränkung von Barauszahlungen bereits aufgrund der bisherigen AGB bestand (vgl. oben), da es sich um ein Fremdwährungskonto handelte. Die Beklagte macht entsprechend geltend, die uneingeschränkte Möglichkeit zum Bezug von Vermögenswerten in bar habe nie einen zentralen Bestandteil der Geschäftsbeziehung zwischen ihr und der Klägerin dargestellt (act. 41 Rz 36, Rz 50). Dies wird von der Klägerin bestritten. Sie behauptet, zentraler Bestandteil der Geschäftsbeziehung sei gewesen, dass sie jederzeit bedingungslos ihr Geld in der Weise beziehen könne, wie sie es wünsche, auch in bar (act. 49 Rz 48). Jedoch bestreitet sie nicht, dass Barauszahlungen bei Fremdwährungskonten bereits in den bisherigen AGB eingeschränkt waren (act. 49 Rz 73). Der Klägerin kann nicht gefolgt werden, wenn sie ausführt, dass dies nicht relevant sei, da es vorliegend alleine um die Frage gehe, ob Transferbeschränkungen aufgrund des fehlenden Nachweises der Steuerkonformität als überraschende Klauseln zu gelten hätten. Massgebend ist, ob Transferbeschränkungen als solche überraschend bzw. geschäftsfremd sind. Nachdem bereits bisher Transferbeschränkungen bestanden, ist eine (weitere) Beschränkung von Barauszahlungen nicht ohne weiteres als geschäftsfremd zu qualifizieren.

- 20 -

E. 4.3

Vertragliche Einschränkung von Barauszahlungen

E. 4.3.1

Nachfolgend ist der Wortlaut der fraglichen Ziffern 11 und 20 der AGB (act. 27/7) wiederzugeben, soweit er für die Beurteilung der Klage relevant ist: Ziffer 11 Zahlungsgeschäft "Bestehen nach Ansicht der Bank Anhaltspunkte dafür, dass eine Transaktion ungewöhnlich ist oder gegen in- oder ausländische gesetzliche Vorschriften verstossen könnte, so ist die Bank berechtigt, die näheren Umstände dieser Transaktionen abzuklären. Anhaltspunkte in diesem Sinne können insbesondere Ein- oder Auszahlungen von grösseren Bargeldbeträgen oder Überweisungen ungewöhnlicher oder auffälliger Beträge sein. Der Bankkunde ist verpflichtet, der Bank die für die Abklärungen aus Sicht der Bank notwendigen Auskünfte zu erteilen. Die Bank ist berechtigt, die Ausführung von Transaktionen bis zum Abschluss der Abklärung zu verweigern. Gelangt die Bank nach Abschluss der Abklärungen zu der Auffassung, dass die Transaktion ungewöhnlich ist oder gegen in- oder ausländische gesetzliche Vorschriften verstossen könnte, oder weigert sich der Bankkunde, die für die Beurteilung notwendigen Auskünfte zu erteilen, so ist die Bank nach eigenem Ermessen berechtigt zu bestimmen, ob und in welcher Form die Transaktion ausgeführt wird. Insbesondere ist die Bank berechtigt, Barein- und -auszahlungen zu verweigern und stattdessen die Zahlungsaufträge nur in Form zu gestatten, welche es erlaubt, die Spur der betroffenen Vermögenswerte weiterzuverfolgen und zu bestimmen, ob eine Gutschrift auf dem Konto des Bankkunden oder eine Rücküberweisung erfolgt." Ziffer 20 Kündigung der Bankbeziehung "Die Bank und der Bankkunde können die Bankbeziehung jederzeit per sofort oder auf einen späteren Termin kündigen. [...] Dabei behält sich die Bank vor, den Abzug von Vermögenswerten nach freiem Ermessen nur in einer Form zu gestatten, welche es erlaubt, deren Spur weiterzuverfolgen."

E. 4.3.2

Verstoss gegen zwingendes Recht

E. 4.3.2.1

Die Klägerin macht geltend, die Klauseln zur Transferbeschränkung seien nicht wirksam, da sie gegen die zwingende Regelung von Art. 404 OR und Art. 475 OR verstossen würden. Wäre es zulässig, "Erfüllungsmodalitäten" aus- zugestalten, wie es in den Ziffern 11 und 20 der AGB vorgesehen sei, würden diese Rechte faktisch aufgehoben (act. 49 Rz 33, Rz 40 f.). Die Beklagte hält dem

- 21 - entgegen, die Regelungen der Ziffern 11 und 20 AGB würden das grundsätzliche Kündigungs- und Rückforderungsrecht der Klägerin nicht beschneiden. Die er- wähten Bestimmungen in den AGB würden nur die relevanten Erfüllungsmodali- täten regeln (act. 41 Rz 31).

E. 4.3.2.2

Es gilt zu beachten, dass es den Bankvertrag als solchen nicht gibt. Zwi- schen den Parteien besteht ein Konto-/Depotvertrag. Dieser ist als gemischtes Vertragsverhältnis zu qualifizieren, auf das insbesondere die Bestimmungen des Hinterlegungsvertrags (Art. 472 ff. OR) und diejenigen des Auftrags (Art. 394 ff. OR) anwendbar sind. Soweit ersichtlich hat sich das Bundesgericht bisher nicht dazu geäussert, ob ein Beschränkung von Barauszahlungen bei einem Konto-/ Depotvertrag gegen Art. 404 OR bzw. Art. 475 OR und damit gegen zwingendes Recht verstösst. Die von der Klägerin zitierten Entscheide des Bundesgerichts 4A_168/2015 und 4A_170/2015 vom 28. Oktober 2015 (= Pra 105 [2016] Nr. 61 und Nr. 62) äusserten sich zu dieser Frage nicht. Im ebenfalls von der Klägerin angerufenen Entscheid der Genfer Cour de Justice vom 2. Dezember 2016 (ACJC/1585/2016) wurde die Geltung von Klauseln der AGB, die den zwingenden Charakter von Art. 404 Abs. 1 OR oder Art. 475 Abs. 1 OR beschränken, nicht geprüft (vgl. auch die Urteile der Genfer Cour de Justice ACJC/1690/2016 und ACJC/1691/2016 je vom 12. Dezember 2016). Immerhin hat das Genfer Gericht in den genannten Entscheiden eine AGB-Klausel, die bei Vertragsauflösung den Herausgabeanspruch des Kunden limitiert, im Hinblick auf den zwingenden Cha- rakter von Art. 475 Abs. 1 OR als "höchst fragwürdig" bezeichnet (Urteile der Genfer Cour de Justice ACJC/1690/2016 und ACJC/1691/2016 vom 12. Dezem- ber 2016 je E. 5.2 und ACJC/1585/2016 vom 2. Dezember 2016 E. 4.2).

E. 4.3.2.3

Durch die genannten Klauseln wird das jederzeitige Kündigungsrecht (nach Art. 404 OR bzw. Art. 475 OR) prima vista nicht eingeschränkt. Jedoch wird die Abwicklung der Kündigung bzw. der jederzeitige Rückforderungsanspruch durch diese Klauseln faktisch beeinträchtigt. Durch die Klauseln in den Ziffern 11 und 20 der AGB wird eine Vereinbarung über die Rückgabemodalitäten getroffen. Die Beklagte wird dadurch insbesondere berechtigt, Barauszahlungen zu verwei- gern. Sie wird jedoch nicht berechtigt, die Rückgabe ganz zu verweigern. Die Klä-

- 22 - gerin hat keine bestimmte Sache, sondern vertretbare Sachen bei der Beklagten hinterlegt. Dass sie das Guthaben bei der Kontoeröffnung bar einbezahlt hat, wird von ihr im Übrigen nicht behauptet. Somit liegt kein depositum regulare, sondern ein depositum irregulare vor, bei dem die Restitution zur Gattungsschuld wird. In der heutigen Zeit spielt die bargeldlose Zahlung im Wirtschafts- und Rechtsleben in der Schweiz wie auch

international eine erhebliche Rolle, insbesondere bei Überweisungen von grösseren Beträgen. Die Erfüllung einer Geldschuld durch bargeldlose Zahlung ist somit grundsätzlich möglich, insbesondere bei entsprechender Vereinbarung der Parteien. Vorliegend ist eine solche Vereinbarung gegeben. Zunächst ist mit einem Kontovertrag in der Regel auch ein Girovertrag bzw. eine Giroabrede verbunden (vgl. Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., Rz 656). Vor allem aber enthalten die anwendbaren AGB in den Ziffern 11 und 20 wie auch in Ziffer 16 betreffend Fremdwährungskonti eine entsprechende Vereinbarung. Die von den Parteien in den AGB getroffene Regelung der Erfüllungsmodalität, dass die Beklagte berechtigt ist, eine Barauszahlung zu verweigern, schränkt den Rückgabeanspruch der Klägerin nicht derart ein, dass dies eine Verletzung der zwingenden Vorschrift von Art. 404 OR bzw. Art. 475 Abs. 1 OR darstellt. Zu prüfen bleibt jedoch, ob die Regelung einen Verstoß gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB darstellt.

E. 4.3.3

Übermäßige Bindung (Art. 27 Abs. 2 ZGB)

E. 4.3.3.1

Die Klägerin rügt, die Ziffern 11 und 20 der AGB würden darauf verzichten, in irgendeiner Weise zu definieren, was genau die Voraussetzungen für Barauszahlungen sein sollen. Die Auszahlungsvoraussetzungen bzw. ob ein ausreichender Nachweis vorliege, werde damit in das freie Ermessen der Beklagten gestellt. Hierdurch liefere sich der Kunde, also die Klägerin, der Willkür der Beklagten aus. Diese Konstellation sei als Verstoß gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB zu qualifizieren. Die Regelungen der Ziffern 11 und 20 seien demzufolge nichtig (act. 36 Rz 44 f.; act. 49 Rz 50). Die Beklagte gebe nicht an, was sie unter "grösseren Bargeldbeträgen" verstehe. Es sei nicht ersichtlich, was an der Auszahlung des Kontoguthabens an den Kontoinhaber nach Kündigung des Bankvertrags ungewöhnlich sein solle (act. 49 Rz 82 f.).

- 23 -

E. 4.3.3.2

Die Beklagte bringt vor, die Bestimmungen der AGB seien nicht unbestimmt (act. 41 Rz 38). Sie sei gemäss Ziffer 11 der AGB berechtigt, Barauszahlungen zu verweigern und Zahlungsaufträge nur in einer Form zu gestatten, die es erlaube, die Spur der betroffenen Vermögenswerte weiterzuverfolgen, wenn sie zur Auffassung gelange, dass eine Transaktion ungewöhnlich sei oder gegen in- oder ausländische gesetzliche Vorschriften verstossen könnte. Gemäss Ziffer 20 der AGB behalte sie sich im Falle der Kündigung der Bankbeziehung zudem vor, den Abzug von Vermögenswerten nach freiem Ermessen nur in einer Form zu gestatten, die es erlaube, deren Spur weiterzuverfolgen (act. 18 Rz 12 ff.; act. 25 Rz 15; act. 41 Rz 26). Dass die Informationen und Dokumente, die zur Feststellung des legitimen Hintergrunds einer Transaktion im Einzelfall zweckdienlich seien, nicht detailliert und abschliessend in den AGB aufgeführt seien, liege in der Natur der Sache. Eine vertragliche Regelung könne sich nur darauf beschränken, eine entsprechende Mitwirkungspflicht des Bankkunden zu begründen. Ob die Abgabe einer konkreten Auskunft oder Bestätigung hiervon abgedeckt sei, müsse im Einzelfall entschieden werden (act. 41 Rz 39).

E. 4.3.3.3

Gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB kann sich niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken. Eine vertragliche Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit wird nur dann als übermässig angesehen, wenn sie den Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefert, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder in einem Masse einschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind (BGE 143 III 480 E. 5.4 mit Hinweisen). Für die Beurteilung ist in erster Linie auf die Intensität und die Dauer der Bindung abzustellen. Zu berücksichtigen ist auch fehlende Parität und der Grad an Fremdbestimmtheit (BSK ZGB I-Huguenin/Reitze, Art. 27 N 10).

E. 4.3.3.4

Gemäss den Regelungen in den AGB stellt die Beklagte die Erfüllung einer Hauptleistungspflicht – die Auszahlung des Guthabens – in ihr ausschliessliches Ermessen. Wie die Beklagte selbst ausführt (act. 25 Rz 15), steht es in ihrem "freien Ermessen" bzw. "eigenem Ermessen", ob und in welcher Form die Transaktion ausgeführt wird (so ausdrücklich die Ziffern 11 und 20 der AGB). Die-

- 24 - ses Ermessen ist in den AGB nicht weiter eingeschränkt. Zwar werden Kriterien genannt ("Anhaltspunkte in diesem Sinne können insbesondere [...] sein"), bei welchen die Beklagte weitere Abklärungen vornehmen kann oder in welcher (anderen) Form sie eine Transaktion ausführt ("erlaubt, deren Spur weiterzuverfolgen"). Diese möglichen "Einschränkungen" sind jedoch derart offen und unbestimmt formuliert, dass sich die Klägerin der Beklagten im Hinblick auf eine essentielle Vertragserfüllung ausliefert. So ist die Beklagte gemäss AGB nicht nur bei Verstössen gegen in- oder ausländische gesetzliche Vorschriften berechtigt, eine Transaktion zu verweigern bzw. von weiteren Abklärungen abhängig zu machen, sondern generell bei "un- gewöhnlichen" Transaktionen. Welche Transaktionen ungewöhnlich sein könnten, wird lediglich mit ebenfalls unbestimmten Begriffen ("Ein- oder Auszahlungen von grösseren Bargeldbeträgen oder Überweisungen ungewöhnlicher oder auffälliger Beträge") umschrieben. Es werden keine Kriterien hierfür angeführt. Wie die Klägerin zu Recht ausführt (act. 49 Rz 53), wäre es der Beklagten sehr wohl möglich, in den AGB präziser zu benennen, von der Vorlage welcher Unterlagen und Nachweisen sie die Durchführung von Transaktionen abhängig macht bzw. welche Transaktionen als ungewöhnlich zu beurteilen sind.

E. 4.3.3.5

Gemäss AGB kann die Beklagte nicht nur darüber entscheiden, in welcher Form sie eine Transaktion ausführt, sondern sie kann zusätzlich noch darüber entscheiden, ob die Voraussetzungen für eine Auszahlung einer Transaktion bzw. Auszahlung überhaupt erfüllt sind und diese allenfalls ganz verweigern. Damit verfügt die Beklagte über einen grossen Ermessensspielraum, ob und wie sie Anweisungen der Klägerin betreffend ihr Guthaben bei der Beklagten befolgt. Wie die Beklagte richtig ausführt, werden Bartransaktionen nicht gänzlich ausgeschlossen. Jedoch wird die Verfügungsmacht der Klägerin über ihre Vermögenswerte – entgegen den Ausführungen der Beklagten (act. 41 Rz 35) – sehr wohl beschränkt, da sie ins Ermessen der Beklagten gestellt wird. Sie stellt die Erfüllung einer Hauptleistungspflicht in ihr ausschliessliches Ermessen. Dies gilt im Übrigen auch für Ziffer 16 der AGB betreffend Barauszahlungen bei Fremdwährungskonti, wo nicht einmal beispielhaft Fälle aufgezählt werden, in denen die Bank ihre Zustimmung verweigern könnte. Die Vertragsklauseln betreffend Transferbeschränkungen, insbesondere

Bartransaktionen, in den Ziffern 11 und 20 der

- 25 - AGB sind daher ungültig, da sich die Klägerin zu Recht auf Art. 27 Abs. 2 ZGB beruft.

E. 4.3.4

Missbrauchsverbot (Art. 8 UWG)

E. 4.3.4.1

Da die Transferbeschränkungen gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossen, erübrigt sich grundsätzlich die Frage nach einem möglichen Verstoss gegen die AGB-spezifischen Inhaltsschranken, wie es von der Klägerin ebenfalls vorgebracht (act. 36 Rz 41) und von der Beklagten bestritten wird (act. 41 Rz 34 ff.). Der Vollständigkeit halber sei lediglich festgehalten, dass eine solche Klausel auch vor Art. 8 UWG nicht standhalten würde. Ein Verstoss gegen Art. 8 UWG liegt vor, wenn in den AGB in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten besteht. Die Klauseln, die es der Bank ermöglichen, ihre Herausgabepflicht nach eigenem Ermessen einzuschränken bzw. Zahlungsanweisungen des Kunden nicht nachzukommen, weichen in erheblichem Masse von der dispositiven Ordnung in Art. 397 Abs. 1 OR und Art. 475 Abs. 1 OR ab. Diese Abweichung ist nicht durch die Interessenlage der Parteien gerechtfertigt. Zwar hat die Bank selbstverständlich ein Interesse daran, straf- oder aufsichtsrechtliche Konsequenzen zu meiden und sich möglichst gegen Zahlungsausgänge, die irgendein Risiko beinhalten könnten, abzusichern. Dem stehen aber die legitimen und überwiegenden Interessen des Kunden gegenüber, dass die Bank ihre Zahlungsdienstleistungen erbringt und ihre Herausgabepflicht bei Beendigung der entsprechenden Vertragsbeziehungen erfüllt (vgl. dazu Emmenegger/Good, a.a.O., S. 107 f.).

E. 4.4

Unmöglichkeit (Art. 119 OR)

E. 4.4.1

Die Beklagte bringt vor, die Strafbarkeit unter ausländischem (konkret deutschem) Recht stelle grundsätzlich ein Leistungshindernis im Sinne von Art. 119 OR dar. Die Unmöglichkeit sei nachträglich und unverschuldet (act. 25 Rz 28). Es sei deutlich zu kurz gegriffen, aus dem blossen Umstand, dass die Beklagte banklagernde Korrespondenz und Nummernkonten als Dienstleistungen angeboten habe, darauf zu schliessen, dass sie damit auch eine etwaige Steuerhinterzie-

- 26 - hung ihrer Kundin billigend in Kauf genommen habe (act. 41 Rz 78). Selbst wenn die Beklagte bereits zum Zeitpunkt der Kontoeröffnung Kenntnis von der Steuerhinterziehung der Klägerin gehabt haben und das Risiko einer Verletzung deutschen Steuerrechts für die Beklagte schon damals ersichtlich gewesen sein sollte – was beides bestritten werde – sei das aktuelle Strafbarkeitsrisiko nicht absehbar gewesen. Dieses habe somit auch nicht in Kauf genommen werden können. Zumal die Personen, die im Jahre 2000 den Vertrag mit der Klägerin abgeschlossen hätten, auch nicht diejenigen seien, die heute die Rechtsrisiken tragen würden, könne der Beklagten kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden, wenn sie heute die Barauszahlung des klägerischen Guthabens verweigere (act. 41 Rz 79 ff.). Das seit Eröffnung der Geschäftsbeziehung signifikant erhöhte

Strafbarkeitsrisiko für die Beklagte und insbesondere deren Mitarbeiter sei ein Leistungshindernis im Sinne von Art. 119 OR. Die Erbringung der Leistung (Barauszahlung) sei für die Beklagte unzumutbar und damit unmöglich geworden. Analoges gelte für das Sanktionsrisiko aufgrund der Verletzung inländischer aufsichtsrechtlicher Vorgaben (act. 41 Rz 82).

E. 4.4.2

Die Klägerin macht geltend, die Beklagte könne sich nicht auf Unmöglichkeit berufen. Die Beklagte habe die Indizien für eine mögliche – bestrittene – Steuerhinterziehung nicht erst nach Vertragsschluss erkannt. Sie habe bereits bei Vertragsschluss ein etwaiges ausländisches Steuerdelikt jedenfalls billigend in Kauf genommen, indem sie Nummernkonti und banklagernde Korrespondenz angeboten habe. Die Rechtslage oder Durchsetzungspraxis in Deutschland habe sich seit der Kontoeröffnung im Jahr 2000 nicht wesentlich verändert. Es werde bestritten, dass sich das Strafbarkeitsrisiko Schweizer Bankmitarbeiter erhöht habe. Es komme nicht darauf an, ob für die Beklagte das aktuelle Strafbarkeitsrisiko im Zeitpunkt der Kontoeröffnung absehbar gewesen sei, sondern dass sie in Kauf genommen habe, dass die Klägerin möglicherweise in Deutschland Steuern hinterziehe. Wenn für die Beklagte bereits bei Vertragsabschluss das Risiko der Verletzung des deutschen Steuerrechts ersichtlich gewesen sei, sei es rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich nun darauf berufe. Die Barauszahlung sei somit nicht unzumutbar und damit unmöglich geworden (act. 36 Rz 71; act. 49 Rz 90, Rz 103 f., Rz 106).

- 27 -

E. 4.4.3

Gemäss Art. 119 Abs. 1 OR gilt eine Forderung als erloschen, soweit durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann die Unmöglichkeit nebst tatsächlichen Gründen auch auf einer neuen, nachträglich eingetretenen Rechtslage beruhen. Für die Unmöglichkeit der Leistung aus rechtlichen Gründen ist der Schuldner verantwortlich, wenn er Leistung versprochen hat, obwohl er wusste oder bei gehöriger Sorgfalt hätte wissen müssen, dass er sie unter Umständen nicht werde erbringen können (BGE 111 II 352 E. 2a mit Hinweisen, bestätigt u.a. im Urteil des Bundesgerichts 2C_390/2016, 2C_391/2016 vom

E. 4.4.4

Das schweizerische Recht kennt grundsätzlich keine Bestimmung, die Banken im internen Verhältnis zum Bankkunden explizit auf die Einhaltung ausländischen Rechts verpflichtet. Art. 19 Abs. 1 IPRG hält zwar fest, dass anstelle des anwendbaren Rechts eine Bestimmung eines andern (ausländischen) Rechts berücksichtigt werden kann, die zwingend angewendet werden will, wenn nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei es gebieten und der Sachverhalt mit jenem Recht einen engen Zusammenhang aufweist. Ob eine solche (zwingende) Bestimmung zu berücksichtigen ist, beurteilt sich nach ihrem Zweck und den daraus ergebenden Folgen für eine nach schweizerischer Rechtsauffassung sachgerechten Entscheidung (Art. 19 Abs. 2 IPRG).

E. 4.4.5

Ausländische (Steuer-) Strafnormen können grundsätzlich eine Unmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR darstellen. Dabei obliegt es der Beklagten, die sich darauf beruft, nachzuweisen, dass die Unmöglichkeit nachträglich eingetreten ist und sie diese nicht zu verantworten hat, d.h. dass sie davon weder wusste noch hätte wissen müssen. Zudem muss sie nachweisen, dass sie sich bei der Befolgung einer Transferanweisung tatsächlich strafbar machen würde.

E. 4.4.6

Wie erwähnt macht die Beklagte geltend, es bestünden Anhaltspunkte dafür, dass die eingebrachten Vermögenswerte nicht ordnungsgemäss versteuert seien (act. 25 Rz 21, Rz 28, Rz 62 i.V.m. Rz 18 ff.; act. 41 Rz 40, Rz 69, Rz 78). Die Beklagte macht zwar einerseits geltend, der Wunsch nach einem Nummern-

- 28 - konto und banklagernder Korrespondenz bringe lediglich ein erhöhtes Diskretionsbedürfnis zum Ausdruck. Erst die beharrliche Weigerung, den Nachweis der ordentlichen Versteuerung zu erbringen, und der unbedingte Wunsch auf Auszahlung der Vermögenswerte in bar liessen vermuten, dass dieses Diskretionsbedürfnis in einer von der Klägerin in Deutschland begangenen Steuerhinterziehung begründet sei. Andererseits führt die Beklagte aber selber aus, dieses Verhalten habe sie in der Vermutung "bestärkt", dass es sich um un versteuerte Gelder handle (act. 25 Rz 21). Damit erklärt die Beklagte implizit, dass bereits bei der Kontoeröffnung gewisse Indizien dafür bestanden, dass das Guthaben der Klägerin bei der Beklagten in Deutschland nicht ordnungsgemäss versteuert gewesen sein könnte. Insbesondere ist der Beklagten – entgegen ihren Ausführungen (act. 41 Rz 65) – auch das Verhalten und die Kenntnisse ihrer Rechtsvorgängerin, der E. _____ AG, zuzurechnen, da sie diese unbestritten in einer Gesamtrechtsnachfolge übernommen hat (vgl. act. 49 Rz 87). Ob das Guthaben in Deutschland versteuert wurde, kann und muss vorliegend nicht geklärt werden. Jedenfalls ist mit der Klägerin davon auszugehen, dass die Vereinbarung von banklagernder Korrespondenz und eines Nummernkonto nicht nur Ausdruck eines erhöhten Diskretionsbedürfnisses sein kann, sondern auch Indiz für das Vorliegen eines möglichen Steuerdelikts ist (act. 36 Rz 60, Rz 71). Entsprechend ist davon auszugehen, dass die Beklagte (bzw. ihre Rechtsvorgängerin) bereits im Zeitpunkt der Kontoeröffnung aufgrund von Indizien davon ausgehen musste, dass das Guthaben in Deutschland allenfalls nicht versteuert ist. Dennoch hat sie das Nummernkonto mit Banklagernd-Korrespondenz eröffnet (und nach der Übernahme durch die Beklagte auch nicht gekündigt) und damit in Kauf genommen, dass sie allenfalls ein Konto mit unversteuertem Guthaben für die Klägerin führt. Entsprechend wäre eine allfällige Unmöglichkeit weder nachträglich noch unverschuldet, da die Beklagte bereits bei der Kontoeröffnung von der Problematik wusste bzw. hätte wissen müssen. Dass sich die Rechtslage in Deutschland seit der Kontoeröffnung verändert hat, macht im Übrigen nicht einmal die Beklagte geltend. Sie bringt lediglich vor, die Rechtsdurchsetzung habe sich verändert bzw. verschärft, weshalb sie ein höheres Risiko der Strafbarkeit treffe (act. 41 Rz 80 ff.). Indem die Beklagte lediglich behauptet, dass es möglicherweise straf-

- 29 - rechtliche Konsequenzen im Ausland haben könnte, wenn es sich beim Guthaben der Klägerin mutmasslich um un versteuerte Gelder handelt, führt dies nicht zur rechtlichen Unmöglichkeit. Jedenfalls gelingt es ihr nicht nachzuweisen, dass sie in Deutschland zur strafbaren Teilnehmerin an Steuerdelikten der Klägerin, insbesondere der Beihilfe zur Steuerhinterziehung, würde, wenn sie das Geld der Klägerin bar ausbezahlt (vgl. act. 41 Rz 64 ff. und die entsprechenden Bestreitungen der Klägerin in act. 36 Rz 65; act. 49 Rz 93

ff.).

E. 4.4.7

Damit gelingt es der Beklagten weder nachzuweisen, dass die Unmöglichkeit nachträglich eingetreten ist, weil bereits im Zeitpunkt der Kontoeröffnung Indizien dafür bestanden, dass es sich um von der Klägerin nicht versteuertes Geld handeln könnte und sie mithelfen könnte, das Geld weiter vor den deutschen Steuerbehörden zu verstecken. Noch kann die Beklagte nachweisen, dass sie davon nichts wusste bzw. nichts hätte wissen müssen. Ebenso wenig hat sie bewiesen, dass sie sich überhaupt (nach deutschem Steuerrecht) strafbar macht, wenn sie das Guthaben der Klägerin bar ausbezahlt. Damit kann sich die Beklagte nicht auf Unmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR berufen.

E. 4.5

Clausula rebus sic stantibus

E. 4.5.1

Die Beklagte macht geltend, seit der Kontoeröffnung hätten sich die Verhältnisse stark verändert, die strafrechtliche Verfolgung von (Schweizer) Banken und deren Mitarbeitern sei nicht vorhersehbar gewesen. Es liege eine massgebliche Äquivalenzstörung vor, da eine Barauszahlung zwischenzeitlich unzumutbar geworden sei, weil sich die Beklagte und ihre Mitarbeiter einem relevanten Strafbarkeitsrisiko aussetzen würden. Entsprechend könne sie gestützt auf die clausula rebus sic stantibus eine Anpassung des Kontovertrags geltend machen (act. 41 Rz 83 ff.).

E. 4.5.2

Die Klägerin führt aus, die Rechtslage oder Durchsetzungspraxis in Deutschland habe sich seit der Kontoeröffnung im Jahr 2000 nicht wesentlich verändert. Es liege auch keine Äquivalenzstörung zwischen Leistung und Gegenleistung vor (act. 36 Rz 71; act. 49 Rz 90, Rz 103 f., Rz 106 ff.).

- 30 -

E. 4.5.3

Bei der clausula rebus sic stantibus handelt es sich um eine Rechtsfigur, die zur Anwendung kommt, wenn sich die Umstände, d.h. die faktischen und rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen der Vertrag geschlossen wurde, im Nachhinein drastisch verändern, ohne dass die Parteien dies bei Vertragsschluss voraussehen konnten, und durch diese Veränderung Äquivalenzstörungen auftreten (Huguenin, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A., Zürich 2019, N 320; vgl. auch BGE 138 V 366 E. 5.1 mit Hinweisen). Vorausgesetzt ist somit bei der clausula rebus sic stantibus wie bei der Unmöglichkeit nach Art. 119 OR eine nachträgliche Veränderung der Verhältnisse sowie eine fehlende Voraussehbarkeit, dazu kommen als weitere Voraussetzungen eine gravierende Äquivalenzstörung sowie das Fehlen von widersprüchlichem Parteiverhalten, d.h. insbesondere keine vorbehaltlose Erfüllung (Huguenin, a.a.O., N 327 ff.).

E. 4.5.4

Auch hier trifft die Beklagte die Beweislast. Sie muss nachweisen, dass die Voraussetzungen erfüllt sind. Der Beklagten ist zuzustimmen, dass Entwicklungen in den letzten Jahren das Bankgeschäft mit Kunden, die ausserhalb der Schweiz steuerpflichtig sind, auf eine neue Grundlage stellten, nämlich diejenige der Steuertransparenz und

Steuerkonformität. Zudem besteht ein erhöhtes Sanktionsrisiko für Steuerpflichtige mit un versteuerten Vermögenswerten und für Banken, die solche Vermögenswerte in ihren Büchern haben (vgl. dazu Emmenegger/Good, a.a.O., S. 81 f.). Emmenegger/Good führen aus, dass jedenfalls für Bankverträge über un versteuerte ausländische Vermögen bis zum Jahr 2009 die veränderten Verhältnisse in Gestalt des Paradigmenwechsels bezüglich der Steuerkonformität und den damit verbundenen Sanktionen nicht voraussehbar gewesen seien (a.a.O. S. 84 ff.). Immerhin halten aber Emmenegger/Good auch fest, dass es kurz nach der Jahrtausendwende erste Anzeichen für die Veränderung der Rahmenbedingungen des Bankgeschäfts mit Privatkunden aus dem Ausland gegeben habe (a.a.O. S. 81). Ob die Änderung vorliegend tatsächlich unvorhersehbar war, kann offen bleiben. Immerhin weist die Beklagte selber darauf hin, dass gemäss einem Urteil des deutschen Bundesgerichts vom 1. August 2000 (dem Jahr der Kontoeröffnung) auch äusserlich neutrale und als solche sozial- und berufsadäquate Handlungen als strafbare Hilfeleistungen bei Steuerhinterziehungen in Betracht kommen könnten. Entscheidend sei dabei das Wissen um den Tatbeitrag.

- 31 - Eine Strafbarkeit von Bankmitarbeitern komme dabei bereits in Frage, wenn sie sich des Risikos bewusst seien, dass die angefragten Bankdienstleistungen (Barauszahlung) einer Steuerhinterziehung in Deutschland Vorschub leisten könnten (act. 41 Rz 72). Jedenfalls war es der Beklagten seit einigen Jahren bekannt, dass sich das Risiko der Strafbarkeit bei un versteuerten Geldern erhöht hat, wie sie selber ausführt (act. 25 Rz 64; act. 41 Rz 45). Dennoch hat sie die Vertragsbeziehung zur Klägerin nicht gekündigt, sondern ihr vielmehr weiterhin Barbezüge gestattet (vgl. act. 41 Rz 20, Rz 33, Rz 60) und damit den Vertrag weiterhin vorbehaltlos erfüllt. Daran ändert nichts, dass sie die Klägerin auf Einschränkungen für Bartransaktionen aufmerksam gemacht habe (was von dieser im Übrigen bestritten wird). Wenn die Beklagte sich nun auf die veränderten Verhältnisse beruft, ist ihr Verhalten als widersprüchlich zu qualifizieren. Dazu kommt, dass die Anforderungen an die Äquivalenzstörung gemäss bundesgerichtlicher Praxis hoch sind. Erforderlich ist, dass ein Beharren auf dem Vertragsanspruch geradezu eine wucherische Ausbeutung des Missverhältnisses und damit einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellt, der nach Art. 2 Abs. 2 ZGB keinen Rechtsschutz findet (BGE 138 V 366 E. 5.1 mit Hinweisen). Der Nachweis, dass dies vorliegend der Fall wäre, gelingt der Beklagten nicht, zumal sie auch nicht bewiesen hat, dass sie sich mit der Barauszahlung überhaupt strafbar machen würde (vgl. oben E. 4.4.6).

E. 4.5.5

Damit sind die Voraussetzungen für die Anpassung des Vertrags gestützt auf die *clausula rebus sic stantibus* nicht erfüllt.

E. 4.6

Sittenwidrigkeit

E. 4.6.1

Die Beklagte führt aus, eine Barauszahlung wäre als Beihilfehandlung zur Steuerhinterziehung als sittenwidrig zu betrachten. Ein etwaiger diesbezüglicher Anspruch der Klägerin wäre deshalb nichtig. Die Intensivierung der Verfolgung und Sanktionierung von Steuerdelikten in Deutschland und die Bestrebungen zu mehr Steuertransparenz auf internationaler Ebene zeugten von einem eigentlichen Kulturwandel bezüglich der ethischen Auffassung von Steuerdelikten und entsprechenden Beihilfehandlungen. Auch in

der Schweiz werde die Steuerhinterziehung nicht mehr als blosses "Kavaliersdelikt" betrachtet (act. 41 Rz 87 ff.).

- 32 -

E. 4.6.2

Die Klägerin bringt vor, eine Steuerhinterziehung in Deutschland sei nicht notwendigerweise in der Schweiz als sittenwidrig anzusehen. Entscheidend sei aber, dass der in Frage stehende Kontoführungsvertrag nicht eine Steuerhinterziehung in Deutschland zum Gegenstand gehabt habe, selbst wenn die Klägerin, was bestritten werde, in Deutschland Steuern hinterziehen würde (act. 49 Rz 109). Es bestehe nach Schweizer Auffassung kein schützenswertes und offensichtliches Interesse für die Einhaltung von ausländischen fiskalischen Strafbestimmungen (act. 49 Rz 111, Rz 128).

E. 4.6.3

Sittenwidrigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR liegt vor, wenn gegen die herrschende Moral, d.h. gegen das allgemeine Anstandsgefühl, oder die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen wird (BGE 136 III 474 E. 3 mit Hinweisen). Die Verletzung ausländischer zwingenden Rechts führt zur Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts im Sinne Art. 20 Abs. 1 OR, wenn es 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 des Bundesgerichts 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5, nicht publiziert in BGE 138 III 601).

E. 4.6.4

In- oder ausländische Steuervorschriften können nicht zu diesen Normen gerechnet werden. Sie stellen keine Vorschriften dar, welche die Interessen der Gemeinschaft von fundamentaler (oder gar lebenswichtiger) Bedeutung schützen. Ebenso wenig schützen die Steuervorschriften Rechtsgüter, die nach allgemeiner ethischer Auffassung schwerer wiegen als die Vertragsfreiheit. Daran ändert der Kulturwandel bezüglich der ethischen Auffassung von Steuerdelikten in den letzten Jahren nichts. Entsprechend macht die Tatsache, dass ein weisungskonformer Transfer deutsche Steuervorschriften verletzt würde, die entsprechende Weisung der Klägerin auf Barauszahlung nicht sittenwidrig. Dies gilt umso mehr, als nicht nachgewiesen ist, dass eine Barauszahlung überhaupt Steuervorschriften verletzt.

- 33 -

E. 4.7

Fazit Nach dem Gesagten besitzt die Beklagte kein Leistungsverweigerungsrecht bzw. keinen Rechtfertigungsgrund, um die Überweisung des Saldierungsbetrags von Voraussetzungen abhängig zu machen. Die Beklagte ist daher antragsgemäss zu verpflichten, der Klägerin das Guthaben in bar auszubezahlen. 5. Forderungsbetrag 5.1. Zwischen den Parteien ist weiter strittig, ob die Beklagte nach der Kündigung durch die Klägerin noch Gebühren für die Kontoführung belasten durfte. Diesbezüglich macht die Beklagte geltend, dass sie berechtigt gewesen sei, dem Konto auch nach der Kündigung im bisherigen Umfang Gebühren für die Kontoführung zu belasten. Durch die Kündigung sei

das Vertragsverhältnis in ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt worden. Solange die Rückabwicklung nicht abgeschlossen sei, dauere das Vertragsverhältnis an. Die damit verbundenen Kosten habe sie der Klägerin in Rechnung gestellt. Die Klägerin habe keinen Anspruch auf die Rückerstattung der Gebühren (act. 25 Rz 39 ff.; act. 41 Rz 8 ff., Rz 96 ff.). Die Forderung der Klägerin sei um die rechtmässig belasteten Gebühren zu reduzieren und habe per 31. Januar 2019 EUR 66'626.35 betragen (act. 41 Rz 8 f., Rz 25). 5.2. Die Klägerin hält entgegen, dass das Gebührenreglement nicht zur Anwendung komme, weil das Konto bzw. die Konti seit dem 1. Juni 2015 gekündigt gewesen seien (act. 49 Rz 11). Mit der Kündigung habe der Kontovertrag geendet. Ihr stehe aus dem beendeten Vertragsverhältnis eine Forderung zu. Sie habe ein Recht auf Auszahlung ihres Guthabens in der von ihr gewählten Form. Für einen nicht bestehenden Kontoführungsauftrag könnten keine Kontoführungsgebühren berechnet werden (act. 36 Rz 20, Rz 83 ff.; act. 49 Rz 14 ff.). 5.3. Nachdem sich die Beklagte wie ausgeführt nach der Kündigung zu Unrecht weigerte, der Klägerin das Guthaben bar auszuzahlen, war sie nicht mehr berechtigt, Gebühren für die Kontoführung und weitere Dienstleistungen zu verlangen. Entsprechend ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von - 34 - EUR 77'910.76 auszubezahlen (Kontoguthaben von EUR 145'451.52 per 9. Juni 2019 [act. 5/8] abzüglich der im Auftrag bzw. auf Rechnung der Klägerin bezahlten Beträge von EUR 51'481.35, EUR 3'902.48 und EUR 12'156.93, total EUR 67'540.76, vgl. oben E. 3.2). 5.4. Zusätzlich schuldet die Beklagte der Klägerin Zins, da sie sich im Verzug befindet. Die Beklagte hat zwar bestritten, dass sie der Klägerin Verzugszinsen schuldet, weil sie sich nicht in Schuldnerverzug befinde. Die konkrete, nachvollziehbare Berechnung der Klägerin (in act. 36 Rz 6 ff.) hat sie jedoch nicht bestritten (act. 41 Rz 8 ff.). Entsprechend ist die Beklagte antragsgemäss zu verpflichten, der Klägerin als Verzugszins insgesamt EUR 15'477.88 sowie 5% Zins auf EUR 77'910.76 seit 28. Dezember 2017 zu bezahlen.

E. 6

Fazit Die klägerische Hauptbegehren (Rechtsbegehren Ziffern 1 und 2 gemäss Replik; act. 36) sind gutzuheissen und die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin EUR 77'910.76 zuzüglich 5% Zins seit 28. Dezember 2017 sowie zusätzlich EUR 15'477.88 je in bar zu bezahlen. Die Eventualbegehren der Klägerin (Rechtsbegehren Ziffer 3 und 4) fallen so dahin. IV. Verbot der Datenübermittlung 1. Parteivorbringen

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