



Schadenersatz aus Bankkunden- geheimnisverletzung und fehlerhafter Steuerberatung Zugleich Bemerkungen zu BGer 4A_21/2017

NADIA KUZNIAR*

VITO ROBERTO**



In Bezug auf Schadenersatz aus Bankkundengeheimnisverletzungen und fehlerhafter Steuerberatung sind einige Besonderheiten zu beachten. Wurde ein Kunde von seinem Steuerberater mangelhaft beraten und begeht er daraufhin ein Steuerdelikt, so setzen sich seine Vermögensverluste insbesondere aus Nachsteuern und Steuerbussen zusammen. Dasselbe gilt, wenn ein Kunde Vermögenswerte nicht deklariert hat, was als Folge einer Indiskretion der Bank oder des Steuerberaters den Steuerbehörden bekannt wird. Nun entsteht eine Steuerforderung nicht erst mit der Pflichtverletzung der Bank respektive des Beraters, sondern bereits im Zeitpunkt, in dem sich der relevante Steuertatbestand verwirklicht hat. Bei Nachsteuern fehlt es folglich an einem ersatzfähigen Schaden. Steuerbussen wiederum sind wie sämtliche pönalen Sanktionen höchstpersönlicher Natur und können deshalb nicht auf einen fehlbaren Dritten abgewälzt werden.

S'agissant des dommages-intérêts en lien avec la violation du secret bancaire et un conseil fiscal erroné, il convient de prendre en compte certaines particularités. Si un client a été mal conseillé par un conseiller fiscal et qu'il commet ensuite un délit fiscal, ses pertes patrimoniales se traduisent notamment par des rappels d'impôts et des amendes fiscales. Il en va de même lorsqu'un client n'a pas déclaré des valeurs patrimoniales et que ce fait est porté à la connaissance des autorités fiscales suite à une indiscrétion de la banque ou du conseiller fiscal. Cependant, une créance d'impôt ne naît pas au moment de la violation de ses obligations par la banque ou le conseiller, mais lorsque l'état de fait déterminant au niveau fiscal est réalisé. Pour les rappels d'impôts, un dommage susceptible d'être indemnisé fait dès lors défaut. Quant aux amendes fiscales, elles sont, comme toutes les sanctions pénales, de nature strictement personnelle et ne peuvent donc pas être reportées sur un tiers fautif.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung und Sachverhalt
- II. Haftungsfolgen im Allgemeinen
- III. Nachsteuern und Verzugszinsen
- IV. Steuerbussen
- V. Weitere Schadensfolgen
- VI. Vermeidbare Steuerbussen
- VII. Zusammenfassung

I. Einleitung und Sachverhalt

Die Entwicklung des schweizerischen Bankkundengeheimnisses in den vergangenen beiden Jahrzehnten ist eine Geschichte des Niedergangs. Verantwortlich hierfür sind einerseits die Aufweichungen und Relativierungen der rechtlich geschützten finanziellen Geheimsphäre, welche einstmals in der Nähe eines verfassungsmässigen Rechts verortet wurde. Andererseits gelangten Behörden in zahlreichen Fällen an Informationen über Bankkunden. Dies schwächt das Vertrauen der Kunden in die Vertraulichkeit ihrer Daten unabhängig davon, ob die Informationen infolge einer vorsätzlichen Handlung eines Bankmitarbeiters, eines individuellen Versehens, eines organisatorischen Mangels oder eines von der Bank nicht zu vertretenden Umstandes zum Fiskus gelangten.

Der erste bedeutende hierzulande bekannt gewordene, wenngleich nicht unmittelbar dem schweizerischen Recht unterstehende Fall betraf die liechtensteinische Treuhandgesellschaft Batliner. Ein Mitarbeiter hatte im Jahre 1997 dem Wochenmagazin «Spiegel» sowie den deutschen Strafbehörden Bankkundendaten übermittelt. Nach der Jahrhundertwende kam es auch bei verschiedenen schweizerischen Banken zu Datenlecks.¹

Obwohl davon eine Vielzahl von Bankkunden betroffen war, sind kaum gerichtliche Auseinandersetzungen bekannt geworden. Umso bemerkenswerter ist ein Gerichtsverfahren aus dem Kanton Tessin, welches im Jahre 2017 zu einem Bundesgerichtsentscheid führte. Der Fall gab dem Bundesgericht Gelegenheit, offene Fragen hinsichtlich der Ersatzfähigkeit von Steuerbussen zu klären.² Da das Urteil in italienischer Sprache erging, wurde es jedoch in der Deutschschweiz kaum zur Kenntnis genommen.

Beim Sachverhalt des Urteils geht es um Nachwirkungen des Falles «Falciani»³. Der früher bei der schweizerischen Tochtergesellschaft der Bank HSBC angestellte Falciani hatte dem französischen Staat Daten über eine

* NADIA KUZNIAR, M.A. HSG, Universität St. Gallen.

** VITO ROBERTO, Prof. Dr. iur., LL.M., Universität St. Gallen.

¹ Siehe die Hinweise bei VITO ROBERTO, Informationspflichten der Bank bei «Datenleaks», in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Schweizerische Bankrechtstagung 2017, Basel 2017, 105 ff.

² BGer, 4A_21/2017, 29.6.2017.

³ HSBC: Schweizer Banker enthüllt Geheimdaten von Bankkunden, Spiegel vom 9.12.2009; Grossbank HSBC: Datenklau betrifft 15'000 Kunden, Spiegel vom 11.3.2010.

Vielzahl von Bankkunden verkauft. Der französische Staat gab Daten von Personen, welche in anderen EU-Ländern steuerpflichtig sind, an die entsprechenden Länder, darunter auch Italien, weiter. Eine auf der Liste erwähnte italienische Familie mit einem nicht versteuerten Konto mit banklagernder Korrespondenz bei der schweizerischen Bank HSBC geriet in der Folge in ein Strafverfahren.

Im Nachgang forderten die Bankkunden in der Schweiz von der Bank Ersatz für die Nachsteuern, die Bussen sowie die damit zusammenhängenden Anwaltskosten. Begründet wurde der Anspruch namentlich mit der unterlassenen Mitteilung seitens der Bank. Bei einer rechtzeitigen Information über den Datendiebstahl hätten die Bankkunden die Möglichkeit gehabt, im Rahmen einer damals geltenden Steueramnestie («scudo fiscale italiano») die nicht versteuerten Vermögenswerte den Steuerbehörden mit vergleichsweise niedrigen Steuer- und Straffolgen offenzulegen. Während die kantonalen Vorinstanzen einen vertraglichen Anspruch der Kläger bejahten und ihnen Schadenersatz zusprachen, verneinte das Bundesgericht jegliche Ansprüche.⁴

Das Bundesgericht hatte bereits in früheren Urteilen entschieden, dass Bussen nicht im Rahmen eines Schadenersatzanspruchs auf Dritte abgewälzt werden können. Unklar blieb indes, ob anderes in jenen Fällen gilt, in denen man einem Bankkunden durch eine unterlassene Warnung über einen Geheimnisbruch die Möglichkeit nimmt, sich selbst bei den Steuerbehörden anzuzeigen und damit eine Busse zu vermeiden oder zu verringern. Das erwähnte Bundesgerichtsurteil aus dem Jahre 2017 schafft nunmehr Klarheit in Bezug auf diese Fragestellung: Der Grundsatz, dass Bussen nicht ersatzfähig sind, gilt auch im Falle eines der Bank bekannten, dem Kunden jedoch nicht mitgeteilten Datenlecks.

Nachfolgend soll die Ersatzfähigkeit von Steuerbussen und nachteiligen Steuerfolgen sowie von sonstigen damit zusammenhängenden Kosten in einem breiten Sinne untersucht werden. Entsprechende Sachverhalte hängen primär mit Bankdienstleistungen und Steuerberatungen zusammen. Infolgedessen ist die Ersatzfähigkeit von Schadenspositionen in beiden Bereichen, also bei Bankkundengeheimnisverletzungen und bei einer fehlerhaften Steuerberatung, auszuleuchten.

Zunächst sind die allgemeinen Haftungsfolgen bei Bankkundengeheimnisverletzungen sowie bei fehlerhafter Steuerberatung zu erörtern (II.). Im Anschluss daran ist auf die Ersatzfähigkeit von Steuern, welche höher als

sachlich notwendig ausfallen, einzugehen (III.). Sodann werden Nachsteuern (III.), Steuerbussen (IV.) und weitere Schäden (V.) diskutiert. Gesondert abzuhandeln ist der Fall, in dem eine Pflichtwidrigkeit der Bank oder eines Steuerberaters dem Kunden die Möglichkeit einer Vermeidung oder Reduktion der Steuerbusse nimmt (VI.). Der Beitrag schliesst mit einer Zusammenfassung (VII.).

II. Haftungsfolgen im Allgemeinen

Die Verletzung des Bankkundengeheimnisses kann einerseits durch eine Hilfsperson der Bank, also einen Bankangestellten oder ein für die Bankgeschäfte beigezogenes Unternehmen, andererseits durch einen Dritten, der sich Zugang zu den Bankkundendaten verschafft, erfolgen. Ein etwas anders gelagerter Sachverhalt ist die unterlassene Warnung über einen solchen Datenverlust.⁵ In letzterem Fall sowie bei der Verletzung des Bankkundengeheimnisses durch eine Hilfsperson haftet die Bank aus Vertrag. Wird das Bankkundengeheimnis durch eine Drittperson verletzt, besteht eine vertragliche Haftung der Bank bloss in jenen Fällen, in denen sie die Verletzung hätte vermeiden können und müssen. Möglich sind in allen Konstellationen ausservertragliche Ansprüche gegen die vorsätzlich oder fahrlässig handelnden Personen.⁶

Auch bei einer fehlerhaften Steuerberatung steht die vertragliche Haftung im Vordergrund. Pflichtverletzungen des Steuerberaters können dazu führen, dass der Mandant höhere Steuern gewärtigen muss, als dies bei einer pflichtgemässen Beratung der Fall gewesen wäre; denkbar sind etwa eine unterlassene Aufklärung über Abzugsmöglichkeiten,⁷ eine unvorteilhafte Ausgestaltung der steuerlichen Verhältnisse⁸ oder eine mangelhafte Un-

⁵ Ausführlicher zu der unterlassenen Warnung über ein Datenleck ROBERTO (FN 1), 105 ff.

⁶ Die Rechtswidrigkeit besteht im Verstoß gegen Art. 47 BankG (Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen [Bankengesetz, BankG; SR 952.0]). Die Norm bezieht sich sowohl auf vorsätzliche als auch auf fahrlässige Handlungen.

⁷ BGer, 4A_506/2011, 24.11.2011, E. 4 mit dem bemerkenswerten Hinweis, dass die Zahlung von Steuern keine Schenkung an die Allgemeinheit, sondern einen unfreiwilligen Vermögensverlust darstellt, weshalb der Steuerberater für seinen Auftraggeber eine möglichst tiefe Steuerlast anzustreben hat: «Le paiement des impôts n'est pas une libéralité en faveur de la collectivité publique [...]. L'impôt entraîne donc une diminution involontaire du patrimoine; c'est pourquoi, comme on l'a vu, le mandataire fiscal doit s'efforcer de parvenir au montant d'impôt le plus modeste possible.»

⁸ THOMAS KOLLER, Strafsteuern als privatrechtlich ersatzfähiger Schaden? – Ein weiterer Meilenstein in der Rechtsprechung zur Haftung rechtsberatender Berufe, AJP 2003, 713 ff., 720.

⁴ BGer, 4A_21/2017, 29.6.2017, E. 4.7 und 4.8.

terrichtung über die steuerlichen Folgen einer bestimmten Handlung.⁹ Solche Sorgfaltswidrigkeiten sind aus zivilrechtlicher Perspektive unproblematisch. Die Rechtsprechung sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland beurteilt diese Fälle nach der Differenzhypothese, weshalb der Steuerberater dem Kunden, sofern die übrigen Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind, die Differenz zwischen den tatsächlich abgeführten und den bei pflichtgemässer Beratung abzuführenden Steuern (unter Anrechnung etwaiger Vermögensvorteile) zu ersetzen hat.¹⁰ Wie bei Banken können Pflichtverletzungen des Steuerberaters zu Nachsteuern und Bussen führen. Denkbar sind neben den Indiskretionen und unterlassenen Warnungen über Datenverluste namentlich falsche Auskünfte über die Steuerpflicht, was zu Steuerdelikten führen kann. Bei den letztgenannten Fällen ist ebenso wie bei Bankkundengeheimnisverletzungen die Ersatzfähigkeit der daraus folgenden Einbussen umstritten.

Bevor nachfolgend auf die einzelnen Einbussen eingegangen wird, bleibt anzumerken, dass bloss der Bank- bzw. Steuerkunde selbst anspruchsberechtigt ist. Dritte, die durch die Geheimnisverletzung bzw. die fehlerhafte Steuerberatung geschädigt werden, können keinen Schadenersatzanspruch gegen die Bank bzw. den Steuerberater geltend machen.¹¹

III. Nachsteuern und Verzugszinsen

Nachsteuern sind nachträglich zu entrichten, wenn im Rahmen der ordentlichen Steuer nicht das gesamte Steuersubstrat ordnungsgemäss erfasst wurde. Neben die ur-

sprüngliche Steuerforderung treten jeweils Verzugszinsen.¹²

Zur Frage, ob Nachsteuern ersatzfähig sind, gibt es in der Rechtsprechung kaum Anhaltspunkte. Bisher scheint sich einzig das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt in einem älteren Entscheid damit befasst zu haben. Dabei hat es ausgeführt: «Auch nach hiesiger Auffassung ist die Entrichtung geschuldeter Steuern eine Bürgerpflicht, die erfüllen zu müssen der Kläger sich nicht beklagen kann, aus welchem Grund auch immer er nachträglich hat bezahlen müssen.»¹³

In der Lehre finden sich insbesondere zur Bankkundengeheimnisverletzung unterschiedliche Ansichten. So wird gelegentlich die Ersatzfähigkeit des Schadens bejaht,¹⁴ wobei zur Begründung teilweise der Schutzzweck der Geheimhaltungspflicht angeführt wird: Das Bankkundengeheimnis stehe über den Interessen der Finanzbehörden und habe u.a. den Zweck, Kunden vor Nachsteuern zu schützen.¹⁵ Andere Stimmen qualifizieren Nachsteuern zwar als Schaden, sehen ihn allerdings nicht als ersatzfähig an. Begründet wird dies entweder mit dem fehlenden Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden¹⁶ oder dem Widerspruch mit der Rechtsordnung, der entstände, wenn ein unerlaubter Vermögensvorteil als Schaden zugesprochen würde.¹⁷ Letzteres Argument entkräftet auch den bisweilen vorgebrachten Einwand, ohne das privatrechtliche Fehlverhalten der Bank wäre das Steuerdelikt nicht bemerkt worden.¹⁸ Ansonsten könnte etwa der Dieb vom Vertragspartner

⁹ Vgl. anstatt vieler BGE 128 III 22.

¹⁰ BGE 128 III 22 E. 2e/cc; vgl. auch BGer, 4A_506/2011, 24.11.2011, E. 4; 4A_63/2011, 1.12.2011, E. 5. Für Deutschland: BGH, IX ZR 255/13, 8.9.2016, in: DStR 2017, 685 ff., 685 f.; BGH, IX ZR 249/02, 23.10.2003, in: DStRE 2004, 298 ff., 299 f.; BGH, IX ZR 153/96, 18.12.1997, in: NJW 1998, 1486 ff., 1486 f.

¹¹ Der Dritte kann mangels Vertragsverhältnis keine vertraglichen Ansprüche gegen die Bank, deren Kundendaten vom Geheimnisbruch betroffen sind, erheben; ein ausservertraglicher Anspruch kommt ebenfalls nicht in Betracht, da sowohl der vertragliche Geheimnisschutz gegenüber den eigenen Bankkunden als auch die Strafbewehrung dieses Geheimnisses in Art. 47 BankG bloss die Geheimnisträger, nicht Dritte schützen und somit nicht als deliktische Schutznormen zugunsten Dritter zu qualifizieren sind. Ebenso im österreichischen Recht PETER APATHY, Das Bankgeheimnis, in: Peter Apathy/Gert Iro/Helmut Koziol (Hrsg.), Österreichisches Bankvertragsrecht, 2. A., Band I, Wien 2007, N 2/156. Entsprechendes gilt für vertragliche Ansprüche gegen den Steuerberater.

¹² PETER MÄUSLI-AlLENSPACH/MATHIAS OERTLI, Das schweizerische Steuerrecht, 9. A., Bern 2018, 324; ROBERTO (FN 1), 126.

¹³ SJZ 1938/39, 351.

¹⁴ PETER AVANCINI, Das Bankgeheimnis, in: Peter Avancini/Gert Iro/Helmut Koziol (Hrsg.), Österreichisches Bankvertragsrecht, Band I, Wien 1987, N 2/145; BENEDIKT MAURENBRECHER/URS ZULAUF, SZW 1991, 36 ff., 40; ebenso JÖRG SCHMID, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2008, ZBJV 2011, 876 ff., 894, der seine Ansicht jedoch nicht weiter begründet.

¹⁵ AVANCINI (FN 14), N 2/145; HELMUT KOZIOL, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I, 3. A., Wien 1997, N 8/59.

¹⁶ BEAT KLEINER, Privatrechtliche Aspekte der Informationspreisgabe der Bank aus eigenem Interesse, in: Marcus Lutter/Helmut Kollhossler/Winfried Trusen (Hrsg.), Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Johannes Bärmann, München 1975, 523 ff., 530 f.

¹⁷ FRANZ BYDLINSKI, Unerlaubte Vorteile als Schaden, in: Hans-Jürgen Ahrens et al. (Hrsg.), Festschrift für Erwin Deutsch, Köln 1999, 63 ff., 67 f.; APATHY (FN 11), N 2/159; zum selben Ergebnis kommt THOMAS KOLLER, Steuern und Steuerbussen als privatrechtlich relevanter Schaden, ZSR 1994 I, 183 ff., 202, mittels einer normativen Korrektur des Schadensbegriffes.

¹⁸ KOLLER (FN 17), 201; so wohl auch MAURENBRECHER/ZULAUF (FN 14), Fn 42.

Schadenersatz verlangen, wenn infolge einer Vertragsverletzung der Diebstahl bemerkt wird und der Dieb um sein Diebesgut kommt.¹⁹

Richtiger Ansicht nach fehlt es bei Steuernachzahlungen bereits an einem Schaden, der ersatzfähig ist. Rechtsprechung und herrschende Lehre weisen zutreffend darauf hin, die Steuerforderung entstehe nicht erst mit der Vertragsverletzung durch die Bank bzw. den Steuerberater; vielmehr existiert sie bereits ab dem Zeitpunkt, in dem sich der steuerpflichtige Tatbestand verwirklicht.²⁰ Dass die Steuerforderung mangels Kenntnis seitens der Steuerbehörden nicht geltend gemacht wurde, ist unerheblich. Die Vertragsverletzung begründet nicht ein neues Passivum; sie aktiviert lediglich eine bereits zuvor bestehende Forderung.²¹ Gleiches gilt im Übrigen, wenn die Verletzung des Bankkundengeheimnisses die Durchsetzung bereits bestehender privatrechtlicher Ansprüche gegen den Kunden (Unterhaltsforderungen, Erbansprüche, Gewinnabführung usw.) ermöglicht, indem der Gläubiger dadurch die notwendige Kenntnis der massgeblichen Umstände erhält.²²

Bei den Verzugszinsen²³ ist zu differenzieren: Handelt es sich bei der Vertragswidrigkeit um eine Geheimnisver-

letzung, folgt die rechtliche Beurteilung dem zugrundeliegenden Anspruch, d.h., die Verzugszinsen sind ebenso wie die Nachsteuern nicht ersatzfähig. Der Grund liegt darin, dass die Verzugszinsen Folge einer Entscheidung des Kunden sind, weshalb dieser auch die nachteiligen finanziellen Belastungen zu tragen hat.²⁴ Anderes gilt, wenn die Vertragsverletzung Ursache der Verzugszinsen ist. Im Vordergrund steht dabei eine unrichtige Steuerberatung, welche zu einer falschen Steuerdeklaration führt. Die daraus resultierenden Verzugszinsen sind im Rahmen eines Schadenersatzanspruchs ersatzfähig.

IV. Steuerbussen

Eine Verletzung des Bankkundengeheimnisses oder mangelhafte Steuerberatung kann neben Nachsteuern auch Steuerbussen bzw. Strafsteuern zur Folge haben. Die Frage nach der Ersatzfähigkeit solcher Nachteile ist umstritten.

Bussen und Strafen sind unfreiwillige finanzielle Einbussen und stellen damit einen Schaden dar. Nicht jede Vermögenseinbusse ist jedoch ersatzfähig. Will nämlich eine Teilrechtsordnung mit einer Strafe eine ganz bestimmte Person in ihrem Vermögen treffen, so darf das Privatrecht sich nicht über diese Wertung hinwegsetzen, indem es die Überwälzung der Strafe auf einen Dritten ermöglicht.²⁵ Eine Überwälzung auf einen Dritten hätte zur Folge, dass die intendierte Sanktionierung des Betroffenen unterlaufen wird.²⁶

Der Bundesgerichtshof in Deutschland hat sich, soweit ersichtlich, bislang zwei Mal mit der Abwälzbarkeit von Bussen auf eine Bank²⁷ bzw. einen Steuerberater befasst.²⁸ Das Gericht lehnt die Ersatzfähigkeit von Bussen grundsätzlich ab, bejaht sie indes in jenen Fällen, in denen erstens die vertragliche Verpflichtung bestand, den

¹⁹ KOLLER (FN 8), AJP 2003, 716 f.; ebenso ROBERTO (FN 1), 127; vgl. auch HANS-MICHAEL KREPOLD, Bankgeheimnis, in: Herbert Schimansky/Hermann-Josef Bunte/Hans Jürgen Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, Band I, 5. A., München 2017, § 39 N 306.

²⁰ So zutreffend BGE 122 II 221 E. 4a; BGer, 2P.35/2006, 11.1.2007, E. 2.1; PHILIPPE BÉGUIN/KALOYAN STOYANOV, La créance fiscale, in: OREF (Hrsg.), Les procédures en droit fiscal, 3. A., Bern 2015, 825 ff., 836; BENOÎT CHAPPUIS, La responsabilité contractuelle du conseiller fiscal, in: Pascal Pichonnaz/Franz Werro (Hrsg.), La pratique contractuelle 4, Symposium en droit des contrats, Zürich 2015, 165 ff., 185 f., 189; PHILIPPE BÉGUIN/BENJAMIN VIGNIEU, Fuite de données bancaires: risques et devoirs d'information, Jusletter vom 9.4.2018, N 27; MICHAEL BEUSCH, Verantwortlichkeiten und Haftungsrisiken der Steuerberatung im Zusammenhang mit Steuerdelikten, in: Michael Beusch/ISIS (Hrsg.), Steuerrecht 2008, Best of zsis, Zürich 2008, 43 ff., 48 f.; CARLO LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, 2. A., Zürich 2008, Kap. XXXIV N 75; CLAUDIUS WILHELM CANARIS, Bankvertragsrecht, 3. A., Berlin 1988, N 66; KREPOLD (FN 19), § 39 N 306; PETER SCHANTZ, Bankgeheimnis – Bankauskunft – Datenschutz, in: Hans-Peter Schwintowski (Hrsg.), Bankrecht, 5. A., Köln 2018, Kap. 4 N 63; BERND MÜLLER-CHRISTMANN, Kontoführung, in: Katja Langenbacher/Dirk H. Bliessner/Gerald Spindler (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar, 2. A., München 2016, Kap. 1 N 54; a.M. MAURENBRECHER/ZULAUF (FN 14), Fn 42; BYDLINSKI (FN 17), 67 f.; MARTIN SCHAUER, Geheimnisbruch und Steuerschaden, RdW 2004, 324 ff.

²¹ CANARIS (FN 20), N 66; ROBERTO (FN 1), 127.

²² CANARIS (FN 20), N 66; KREPOLD (FN 19), § 39 N 306; a.M. AVANCINI (FN 14), N 2/145.

²³ Die Verzugszinsen beginnen im Zeitpunkt zu laufen, in dem die Zahlung der Steuer fällig war, vgl. BSK DBG-FREY, Art. 164 N 3, in: Martin Zweifel/Michael Beusch (Hrsg.), Bundesgesetz über die

direkte Bundessteuer, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017 (zit. BSK DBG-Verfasser).

²⁴ ROBERTO (FN 1), 127.

²⁵ Vgl. KOLLER (FN 17), 190 ff., insb. 195. Aus derselben Überlegung heraus bestimmt auch Art. 14 Abs. 1 VVG (Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag [Versicherungsvertragsgesetz, VVG; SR 221.229.1]), dass der Versicherer nicht haftet, wenn der Versicherungsnehmer oder der Anspruchsberechtigte das befürchtete Ereignis absichtlich herbeigeführt hat.

²⁶ ROBERTO (FN 1), 128; vgl. dazu auch KOLLER (FN 8), AJP 2003, 717: «Eine Rechtsordnung, die nicht mit sich selbst in Widerspruch geraten will, kann nicht akzeptieren, dass die Busse, die den Täter strafrechtlich treffen soll, privatrechtlich auf einen Dritten abgewälzt wird.» In diesem Sinne auch APATHY (FN 11), N 2/160; im Grundsatz zustimmend CANARIS (FN 20), N 67.

²⁷ BGH, II ZR 41/56, 31.1.1957, in: BGHZ 23, 222, 225.

²⁸ BGH, IX ZR 215/95, 14.11.1996, in: NJW 1997, 518 ff.

Gebüssten vor der Begehung einer Straftat zu schützen, und dieser sich zweitens nicht wissentlich und willentlich rechtswidrig verhalten wollte, mithin bei ihm kein Vorsatz vorlag.²⁹ Die Lehre lehnt diese Ausnahme überwiegend ab.³⁰ Kritisiert wird etwa die Unkalkulierbarkeit des Haftungsrisikos.³¹ Überzeugender ist der Einwand, dem Urteil liege keine ganzheitliche Betrachtung der einzelnen Teilrechtsgebiete zugrunde. Der Fall sei allein aus zivilrechtlicher Sicht entschieden worden,³² ohne das Ziel des Steuerstrafrechts, welches den Auftraggeber in seinem Vermögen treffen wollte, hinreichend zu berücksichtigen.

Ebenso wie der deutsche Bundesgerichtshof lehnte das Bundesgericht im grundlegenden Entscheid aus dem Jahre 1960 einen Ersatz für Bussen ab. Die Busse sei «wie jede Strafe höchstpersönlicher Natur». Aus diesem Grundsatz ergebe sich, dass die Busse «vorbehaltlich der gesetzlichen Ausnahmen, nicht gültig aus dem Vermögen eines Dritten getilgt werden kann, wie es ja auch nicht angeht, dass ein Dritter eine Freiheitsstrafe an Stelle des Verurteilten verbüsse. Ferner folgt daraus, dass Vereinbarungen zwischen dem Staat und dem Verurteilten oder einem Dritten über die Tilgung der Busse widerrechtlich sind, soweit das Gesetz sie nicht ausdrücklich zulässt. Insbesondere ist ausgeschlossen, dass ein Dritter der Pflicht des Verurteilten, die Busse zu zahlen, beitrete, sie mit befreiender Wirkung für den Verurteilten übernehme oder sich für ihre Erfüllung verbürge.»³³ Dies

gelte auch für Strafsteuern und Steuerbussen, da diesen ebenfalls pönaler Charakter zukommt.³⁴ Das Bundesgericht hat dementsprechend sowohl im Zusammenhang mit einer Bankkundengeheimnisverletzung³⁵ als auch im Falle einer mangelhaften Steuerberatung die Ersatzfähigkeit von Bussen verneint.³⁶ In seinem jüngsten Urteil zur Bankkundengeheimnisverletzung bestätigte das Gericht diese Ansicht.³⁷

Offen liess das Bundesgericht einzig die Frage, ob sich eine Ausnahme in jenen Fällen rechtfertige, in denen eine Falschberatung die Straffolge bewirkt, den Gebüssten jedoch kein eigenes Verschulden trifft. Diesen Fall dürfte es wegen des strafrechtlichen Verschuldensprinzips – wie auch das Gericht einräumt – freilich nicht geben. Strafen setzen nun mal ein Verschulden voraus; dies gilt auch im Bereich des Steuerstrafrechts.³⁸

Die schweizerische Lehre folgt der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach Steuerbussen nicht ersatzfähig sind, sofern die Vertragsverletzung der Bank bzw. des Steuerberaters lediglich zur Aufdeckung eines Steuerdelikts führt.³⁹ Umstritten ist dagegen, ob dies auch dann gilt, wenn der Vertragspartner den Steuerpflichtigen bloss unzulänglich über bestimmte steuerrechtliche Pflichten aufklärt, woraufhin dieser ein Steuerdelikt begeht. Einige Autoren sind der Ansicht, die daraus entstandenen Bussen müssten in einem solchen Fall ersatzfähig sein: «Hier wäre es unbillig, dem Gebüssten den (teilweisen) Rückgriff [...] unter Hinweis auf die fehlende Ersatzfähigkeit von Bussen zu verweigern, während gleichzeitig der Fachmann in seinem ureigenen Verantwortungsbereich weitgehend von finanzieller Verantwortung befreit

²⁹ BGH, IX ZR 215/95, 14.11.1996, in: NJW 1997, 518 ff., 519; BGH, II ZR 41/56, 31.1.1957, in: BGHZ 23, 222, 225.

³⁰ Für Deutschland: MÜLLER-CHRISTMANN (FN 20), Kap. 1 N 54; SCHANTZ (FN 20), Kap. 4 N 63. CANARIS (FN 20), N 116, hingegen ist derselben Ansicht wie der Bundesgerichtshof. Für Österreich: APATHY (FN 11), N 2/160; AVANCINI (FN 14), N 2/146; KOZIOL (FN 15), N 8/59; SCHAUER (FN 20), 325.

³¹ GEORGIOS GOUNALAKIS, Haftung des Steuerberaters – Gefahrenanalyse und Risikobegrenzung, NJW 1998, 3593 ff., 3594. Die Bedenken richten sich freilich weniger gegen die Unkalkulierbarkeit des Haftungsrisikos als vielmehr gegen den Absicherungseffekt für den Kunden: Bezahlt der Steuerpflichtige infolge eines Fehlers des Steuerberaters zu tiefe Steuern und bleibt der Fehler unbemerkt, kommt er zu einem Vermögensvorteil. Anderenfalls kann er die negativen Konsequenzen einer Busse auf den Berater abwälzen.

³² WERNER EBKE/BERND MÖSSLE, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 14.11.1996, JZ 1997, 1177 ff., 1180.

³³ BGE 86 II 71 E. 4: Im konkreten Fall ging es um eine Verbürgung für eine gegen den Hauptschuldner ausgesprochene Busse; ein ähnlicher Sachverhalt lag BGE 79 II 151 zugrunde, wobei das Bundesgericht eine Abwälzung der Busse auf einen Dritten noch wegen des Widerspruchs mit den hiesigen Moralvorstellungen verneinte hatte: Es erscheine nicht gerecht «in base ai concetti morali dominanti nel nostro paese che un colpevole tolga all'altro l'onere della sua pena»; s. auch THOMAS KOLLER, Strafsteuern, Bussen und Geldstrafen als privatrechtlich nicht ersatzfähiger Schaden – ein weiteres Beispiel für die enge Verzahnung zweier rechtlicher Subsysteme, AJP 2008, 1295 ff., 1299.

³⁴ BGE 116 IV 262 E. 3b/aa; CHAPPUIS (FN 20), 186; KOLLER (FN 8), AJP 2003, 718; MÄUSLI-ALLENSPACH/OERTLI (FN 12), 331; MARTIN ZWEIFEL, Die Strafsteuer als Strafe, ASA 58, 1 ff., 6.

³⁵ BGE 115 II 72 E. 3b. In Widerspruch dazu steht hingegen BGer, 4C.316/2001, 7.1.2002: Darin bejahte das Bundesgericht die Ersatzfähigkeit einer Strafsteuer, allerdings ohne auf die Problematik der Abwälzbarkeit von pönalen Sanktionen einzugehen (vgl. auch KOLLER [FN 8], AJP 2003, passim).

³⁶ BGE 134 III 59 E. 2.3.2; ebenso BGer, 4A_491/2013, 6.2.2014, E. 2.2.

³⁷ BGer, 4A_21/0217, 29.6.2017, E. 4.8.

³⁸ BGE 134 III 59 E. 2.3.5 m.w.N.; BGer, 4A_21/2017, 29.6.2017, E. 4.6; 4A_491/2013, 6.2.2014, E. 2.4.2; so auch MÄUSLI-ALLENSPACH/OERTLI (FN 12), 330. Bis zum 1. Januar 2001 waren verschuldensunabhängige Steuerbussen hingegen möglich (KOLLER [FN 8], AJP 2003, 718).

³⁹ MAURENBRECHER/ZULAUF (FN 14), 39; KOLLER (FN 17), 202; KOLLER (FN 33), AJP 2008, 1300; ROLF BENZ/JULIA HUG, Steuerbussen sind höchstpersönlicher Natur und stellen keinen zivilrechtlich ersatzfähigen Schaden dar, zsis) 2008, BestCase Nr. 3; CANARIS (FN 20), N 67.

würde.»⁴⁰ Dies sei namentlich deshalb stossend, weil häufig bereits die fahrlässige Begehung des Steuerdelikts strafbar ist.⁴¹

Gegen diese Ansicht lassen sich verschiedene Argumente anführen. Die Busse ist, wie bereits erwähnt, eine Strafe für das persönliche Verschulden des Steuerpflichtigen, das unabhängig von einem etwaigen Fehlverhalten des Steuerberaters sanktioniert wird.⁴² Sodann bleibt in der Literatur meist unberücksichtigt, dass auch der Steuerberater steuerstrafrechtlich sanktioniert werden kann. So sieht Art. 177 DBG⁴³ vor, dass solidarisch für die hinterzogene Steuer haftet und überdies mit Busse bestraft wird, «wer vorsätzlich zu einer Steuerhinterziehung anstiftet, Hilfe leistet oder als Vertreter des Steuerpflichtigen eine Steuerhinterziehung bewirkt oder an einer solchen mitwirkt». Eine ähnliche Bestimmung kennt das StHG⁴⁴ in Art. 56 Abs. 3.⁴⁵ Eine Überwälzung der Steuerstrafe vom Steuerpflichtigen auf den Steuerberater kann somit zu einer doppelten Bestrafung des Letzteren und zu einer Verletzung des Grundsatzes von «ne bis in idem» führen.⁴⁶ Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, Teilnehmer würden im Steuerstrafrecht aufgrund der häufig unklaren Beweislage bloss selten belangt.⁴⁷ Es ist nicht Sache des Privatrechts, bei mangelhafter Durchsetzung einer Straf- oder Steuernorm «korrigierend» einzugreifen. Ebenso wenig ist der Entscheid des Gesetzgebers, die fahrlässige Begehung eines Steuerdelikts unter Strafe zu stellen, vom Privatrecht zu hinterfragen.

Letzteres gilt auch hinsichtlich des Einwands, die Verschuldensvoraussetzung werde im Steuerstrafrecht nicht durchgehend umgesetzt. So wird etwa vorgebracht, im Bereich des Steuerstrafrechts bejahe man ein Verschulden gelegentlich auch in zweifelhaften Fällen und bei der Strafzumessung trage man dem subjektiven Element zu wenig Rechnung,⁴⁸ da sowohl das DGB (in Art. 175) als auch das StHG (in Art. 56 Abs. 1) ein Regelstrafmass kennen. Ein solches erlaube naturgemäss keine hinreichende Differenzierung der Strafzumessung nach der Schwere des Verschuldens.⁴⁹ Diese steuerrechtlichen Eigenheiten würden es rechtfertigen, Steuerbussen anders als die übrigen strafrechtlichen Bussen zu behandeln, sie somit als ersatzfähige Schadenspositionen zu qualifizieren.⁵⁰

Gegen das Argument des verschuldensunabhängigen Regelstrafmasses ist einzuwenden, dass auch andere Strafnormen des Nebenstrafrechts schablonenartige Strafraum vorsehen. Zu denken ist etwa an das OBG⁵¹. Es sieht bei Übertretungen von gewissen Verkehrsregeln standardisierte Bussenbeträge vor, die nur von der Art der Übertretung, nicht aber von den persönlichen Verhältnissen des Täters abhängig sind.⁵² Überdies kann gerade im Abstellen auf die hinterzogene Steuer eine Bemessung der Strafe nach der objektiven Schwere der Verfehlung und somit die Verwirklichung des Verschuldensprinzips erblickt werden.⁵³

Der Umstand, dass im Steuerstrafrecht das Verschulden angeblich auch in zweifelhaften Fällen bejaht wird, mag tatsächlich ein steuerrechtliches Problem darstellen. Es ist freilich nicht Aufgabe des Privatrechts, Entscheide der Steuerinstanzen auf die hinreichende Verwirklichung strafrechtlicher Prinzipien hin zu überprüfen und gegebenenfalls durch die Anerkennung von Schadenersatzansprüchen zu unterlaufen. Das Privatrecht steht weder über dem Steuerrecht noch hat es Kontroll- und Überwa-

⁴⁰ MAURENBRECHER/ZULAUF (FN 14), 39; so auch SCHMID (FN 14), 893; CANARIS (FN 20), N 67, 116; vgl. ferner KLEINER (FN 16), 530, der sich jedoch nicht weiter mit der Problematik auseinandersetzt. AUBERT ET AL. bejahen die Ersatzfähigkeit zumindest bei ausländischen Bussen (MAURICE AUBERT ET AL., *Le secret bancaire suisse*, 3. A., Bern 1995, 70 ff.). Dem Bundesgericht zustimmend BENZ/HUG (FN 39); CLAUDIA SUTER, *Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, Zürich 2010, 36 f.; ebenso wohl KOLLER (FN 8), AJP 2003, 719 f., der allerdings in ZSR 1994 I (FN 17), 202 f., noch die gegenteilige Meinung vertreten hatte.

⁴¹ MAURENBRECHER/ZULAUF (FN 14), 39.

⁴² So wohl auch KOLLER (FN 8), AJP 2003, 719 f.

⁴³ Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG; SR 642.11).

⁴⁴ Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG; SR 642.14).

⁴⁵ Ausführlich zu diesen beiden Tatbeständen BEUSCH (FN 20), 51 ff.; vgl. auch ZWEIFEL (FN 34), 9.

⁴⁶ BENZ/HUG (FN 39).

⁴⁷ URS R. BEHNISCH, *Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2005*, ZBJV 2005, 405 ff., 423 f.; URS R. BEHNISCH, *Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2006 und 2007*, 2. Teil, ZBJV 2008, 445 ff. (zit. BEHNISCH 2008), 461; vgl. auch KOLLER (FN 33), AJP 2008, 1304.

⁴⁸ KOLLER (FN 33), AJP 2008, 1303 f.

⁴⁹ BEHNISCH 2008 (FN 47), 461; ZWEIFEL (FN 34), 19 f.; so wohl auch ERNST BLUMENSTEIN/PETER LOCHER, *System des schweizerischen Steuerrechts*, 7. A., Zürich 2016, 456 f.; BSK DBG-SIEBER/MALLA (FN 23), Art. 175 N 41, 45 ff.; BSK StHG-SIEBER/MALLA, Art. 56 N 36, in: Martin Zweifel/Michael Beusch (Hrsg.), *Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Gemeinden und Kantone*, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017.

⁵⁰ So BEHNISCH 2008 (FN 47), 462.

⁵¹ Ordnungsbussengesetz vom 24. Juni 1970 (OBG; SR 741.03).

⁵² Umfassend dazu MARTIN KILLIAS ET AL., *Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs*, 2. A., Bern 2017, N 1333 f.

⁵³ FERDINAND ZUPPINGER, *Verschuldensprinzip und Steuerstrafrecht*, in: Ernst Höhn/Klaus A. Vallender (Hrsg.), *Steuerrecht im Rechtsstaat*, Festschrift für Francis Cagianut, Bern 1990, 209 ff., 211 f.

chungsfunktionen gegenüber den steuerstrafrechtlichen Instanzen.⁵⁴

Das soeben Gesagte gilt im Grunde auch für Strafen und Bussen, die eine ausländische Behörde ausfällt und die auf ausländischem Recht beruhen. Das Bundesgericht schränkt diesen Grundsatz zu Recht ein. Die Ersatzfähigkeit besteht danach bloss in jenen Fällen nicht, in denen die ausländische Busse erstens tatsächlich als pönale Sanktion qualifiziert werden kann⁵⁵ und zweitens nicht in Widerspruch zum schweizerischen *ordre public* steht.⁵⁶

V. Weitere Schadensfolgen

Neben den Nachsteuern und Steuerbussen können als Folge einer Geheimnisverletzung oder einer mangelhaften Steuerberatung weitere Vermögenseinbussen beim Steuerpflichtigen eintreten. Denkbar sind insbesondere Anwalts- und weitere Verfahrenskosten im Rahmen des Nachsteuer- und Strafverfahrens⁵⁷ sowie Erwerbsausfälle als Folge eines Arbeitsplatzverlusts.⁵⁸

Die Lehre ist sich über die Ersatzfähigkeit von Rechtsverfolgungskosten und Erwerbsausfällen nicht einig. Einige Autoren bejahen sie;⁵⁹ der staatliche Strafanspruch sei bereits mit der Steuerbusse abgegolten, weshalb es nicht angehe, dem Steuerpflichtigen auch den Ersatz weiterer Schäden zu verweigern.⁶⁰ Nach einer anderen Lehrmeinung sind insbesondere Rechtsverfolgungskos-

ten gleich wie Bussen zu behandeln und somit nicht zu ersetzen.⁶¹

Das Bundesgericht hatte die Frage der Rechtsverfolgungskosten in einem früheren Urteil offengelassen,⁶² später bejaht,⁶³ in einem neueren Urteil dagegen verneint mit dem Argument, solche Kosten seien Folge der Bussen und teilen daher auch deren Schicksal.⁶⁴ Entsprechendes dürfte auch bei weiteren Einbussen wie einer Kündigung als Folge des rechtswidrigen Verhaltens gelten. Bei diesen Schadenspositionen ist im Übrigen auch der Zurechnungszusammenhang fraglich, da der Geheimnisschutz nicht eine fortdauernde Anstellung des Kunden bei seinem Arbeitgeber bezweckt; zu demselben Ergebnis gelangt man, wenn man in solchen Fällen den adäquaten Kausalzusammenhang verneint.⁶⁵

VI. Vermeidbare Steuerbussen

Eine gesonderte Problematik stellt der Fall dar, in dem das Fehlverhalten des Beauftragten dem Gebüssten die Möglichkeit nahm, mittels rechtzeitiger Selbstanzeige eine Strafbefreiung oder Bussenreduktion zu erlangen. Dieses Fehlverhalten kann zum einen in einem verspäteten oder unterlassenen Hinweis der Bank auf ein Datenleck liegen. Zum anderen ist eine mangelhafte Beratung denkbar, namentlich wenn der Steuerberater seinen Auftraggeber pflichtwidrig nicht über die Möglichkeit einer Selbstanzeige unterrichtet.⁶⁶ Die Fragestellung geht bei beiden Fallkonstellationen dahin, ob die Differenz zwischen dem tatsächlich auferlegten und dem hypothetischen tieferen

⁵⁴ Ebenso KOLLER (FN 33), AJP 2008, 1304: «Die Teilrechtsordnung Privatrecht soll und darf die Teilrechtsordnung Steuerstrafrecht nach ihrem (theoretischen) Anspruch beurteilen.»

⁵⁵ Seit einigen Jahren diskutiert wird der Charakter der von US-amerikanischen Behörden gegen Schweizer Banken verhängten Bussen im Zusammenhang mit un versteuerten Vermögenswerten von US-Kunden: Von ihrer Qualifikation als Pönalsanktionen hängt ab, ob Banken sie auf ihre Kunden abwälzen können. Nach REISER sprechen gute Gründe für den strafrechtlichen Charakter der Bussenzahlungen (NINA REISER, Sanktionen der US-Aufsicht gegenüber Schweizer Banken, Rückgriffsmöglichkeiten gegenüber Kunden?, ZSR 2017, 319 ff., 325), wohingegen BURKHALTER ihn zumindest infrage stellt (SABINE BURKHALTER, Das US-Programm und die Bussenzahlungen – besteht ein Regressrecht der Banken?, AJP 2014, 1601 ff., 1603).

⁵⁶ BGE 115 II 72 E. 3c; BGer, 4A_21/2017, 29.6.2017, E. 4.5; vgl. auch REISER (FN 55), 323; SUTER (FN 40), Fn 175.

⁵⁷ KOLLER (FN 8), AJP 2003, 720; KREPOLD (FN 19), § 39 N 306.

⁵⁸ ROBERTO (FN 1), 131; CANARIS (FN 20), N 68.

⁵⁹ MAURENBRECHER/ZULAUF (FN 14), 40; lediglich zum Arbeitsplatzverlust CANARIS (FN 20), N 68; AVANCINI (FN 14), N 2/144; APATHY (FN 11), N 2/156.

⁶⁰ MAURENBRECHER/ZULAUF (FN 14), 40; so wohl auch CANARIS (FN 20), N 68.

⁶¹ CEDRIC BERGER/LOUIS FRÉDÉRIC MUSKENS, Prétentions civiles à la suite d'une condamnation pénale, AJP 2015, 896 ff., 902 f.; ROBERTO (FN 1), 131; KREPOLD (FN 19), § 39 N 306; KOLLER (FN 8), AJP 2003, 720 f., verneint die Ersatzfähigkeit der Verfahrens- und Anwaltskosten, wenn vorgängig die Abwälzbarkeit einer Busse verneint wird. Wenn allerdings, wie in BGer, 4C.316/2001, 7.2.2002, E. 2b/bb, eine Busse als ersatzfähig eingestuft wird, seien auch Rechtsverfolgungskosten als Schadensminderungsmassnahmen zu ersetzen.

⁶² BGE 115 II 72 E. 3d.

⁶³ BGer, 4C.316/2001, 7.2.2002, E. 4. Dieses Urteil steht jedoch, wie bereits erwähnt (s. FN 35), in Widerspruch zu einer ansonsten klaren Rechtsprechungslinie des Bundesgerichts, weshalb seine Tragweite über den konkreten Fall hinaus beschränkt ist.

⁶⁴ BGE 134 III 59 E. 2.4.

⁶⁵ Die herrschende Lehre dürfte in der Tat primär die fehlende Adäquanz anführen. Diese Ansicht würde indes übersehen, dass solche Folgen «im normalen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung liegen» und somit durchaus adäquat sind.

⁶⁶ Vgl. MAURENBRECHER/ZULAUF (FN 14), 39.

Bussenbetrag bei rechtzeitiger Information respektive pflichtgemässer Beratung ersatzfähig ist.⁶⁷

In der Lehre wird, sofern die Fragestellung überhaupt behandelt wird, die Ersatzfähigkeit überwiegend bejaht.⁶⁸ Ein solcher Anspruch scheitert freilich oftmals am hypothetischen Kausalverlauf. Denn der Steuerpflichtige müsse nachweisen, dass er bei rechtmässigem Verhalten der Bank bzw. des Beraters tatsächlich von der Selbstanzeige Gebrauch gemacht hätte.⁶⁹ Anderer Ansicht nach ist die Ersatzfähigkeit von vorneherein zu verneinen.⁷⁰

Die Auffassungen unterscheiden sich im Ergebnis wenig. Auch bei Bejahung der Ersatzfähigkeit scheitert ein Anspruch, wenn dem Steuerpflichtigen das Datenleck bzw. die Möglichkeit der Selbstanzeige bekannt war, was oftmals der Fall sein dürfte.⁷¹ Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang namentlich die mediale Berichterstattung über das Leck.⁷² Die Bank bzw. der Steuerverwalter können diesfalls den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens erheben. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass es nicht dem Geschädigten obliegt, den Einwand zu entkräften; vielmehr liegt die Beweislast beim Haftpflichtigen, wobei der Beweis nach der Rechtsprechung streng erbracht werden muss.⁷³ Eine vage mediale Berichterstattung über den Vorfall dürfte die Anforderungen an den strikten Beweis jedenfalls in der Regel nicht erfüllen.⁷⁴

Eine solche Konstellation, in welcher die Geschädigten keine konkrete Kenntnis des sie betreffenden Datenlecks hatten, lag offenbar in dem einleitend erwähnten aktuellen Bundesgerichtsfall⁷⁵ vor.⁷⁶ Das Bundesgericht musste bis anhin die Frage der Ersatzfähigkeit von Bussen, welche bei rechtzeitiger Information vermeidbar ge-

wesen wären, nicht entscheiden und hatte sie offengelassen.⁷⁷ Im neusten Fall verneint es nun die Ersatzfähigkeit der finanziellen Einbussen wegen verspäteter Warnung seitens der Bank.⁷⁸

Begründet wird dies damit, dass dem Bankkunden die rechtswidrige Steuersituation in Italien bewusst war. Die Bank ist zwar für die Verletzung des Bankkundengeheimnisses durch einen Angestellten verantwortlich. Der Ursprung der Bussen und der weiteren finanziellen Einbussen liegt jedoch in der Entscheidung des Bankkunden, den italienischen Steuerbehörden das schweizerische Bankkonto nicht offenzulegen. Überdies habe der Bankkunde auch darauf verzichtet, eine der italienischen Steueramnestiemöglichkeiten zu nutzen und dadurch eine ordnungsgemässe Steuersituation zu erreichen.⁷⁹ Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass das Bankkundengeheimnis nicht den Zweck hat, den Kunden vor der Zahlung von Steuern im Ausland zu schützen.⁸⁰

VII. Zusammenfassung

Banken und Steuerberater haben Sorgfalts- und Geheimhaltungspflichten. Ein Verstoß dagegen stellt eine Vertragsverletzung dar. Führt eine falsche Beratung zu einer Steuerbelastung, welche bei sorgfältiger Beratung tiefer ausgefallen wäre, so ist der Differenzbetrag als Schaden ersatzfähig. Dies gilt aber nicht ohne weiteres für andere finanzielle Nachteile.

Nachsteuern, Steuerbussen und damit zusammenhängende Einbussen als Folge von Bankkundengeheimnisverletzungen oder Indiskretionen eines Steuerberaters stellen keine ersatzfähigen Schadenspositionen dar. Nachsteuern entstehen nicht durch die Geheimnisverletzung, sondern existieren schon zuvor als Forderung, Bussen sind nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung höchstpersönlicher Natur, und damit zusammenhängende Kosten teilen das rechtliche Schicksal des Hauptanspruchs.

Dies gilt auch in jenen Fällen, in denen die Bussen Folge einer mangelhaften Beratung sind. Daran vermag

⁶⁷ KOLLER (FN 8), AJP 2003, 718; MAURENBRECHER/ZULAUF (FN 14), 39 f.; ROBERTO (FN 1), 129.

⁶⁸ MAURENBRECHER/ZULAUF (FN 14), 39 f.; KOLLER (FN 17), 203; kritischer jedoch KOLLER (FN 8), AJP 2003, 718 f.; SCHMID (FN 14), 894. Befürwortend auch die Auffassungen in der deutschen und der österreichischen Lehre, s. CANARIS (FN 20), N 67; KREPOLD (FN 19), § 39 N 307; SCHANTZ (FN 20), Kap. 4 N 63; vgl. auch MÜLLER-CHRISTMANN (FN 20), Kap. 1 N 54; AVANCINI (FN 14), N 2/146.

⁶⁹ MAURENBRECHER/ZULAUF (FN 14), 39 f.; KOLLER (FN 17), 203.

⁷⁰ BENZ/HUG (FN 39). Zumindest in Frage gestellt wird die Ersatzfähigkeit von KOLLER (FN 8), AJP 2003, 718 f.; ROBERTO (FN 1), 130.

⁷¹ ROBERTO (FN 1), 130 f.; BENZ/HUG (FN 39).

⁷² Siehe dazu ROBERTO (FN 1), 119.

⁷³ Siehe BGE 131 III 115 E. 3.3.

⁷⁴ BÉGUIN/VIGNIEU (FN 20), N 30, schreiben daher den Informationspflichten der Banken eine essenzielle Bedeutung zu.

⁷⁵ BGer, 4A_21/2017, 29.6.2017.

⁷⁶ Bekannt war, dass die französischen Behörden in den Besitz von schweizerischen Bankkundendaten gelangten; von der Weitergabe von Daten an Steuerbehörden in anderen Ländern berichteten die Medien erst später.

⁷⁷ So ausdrücklich in BGE 134 III 59 E. 2.3.3.

⁷⁸ Siehe oben I.

⁷⁹ BGer, 4A_21/2017, 29.6.2017, E. 4.8. Denkbar wäre eine Ausnahme höchstens, wenn der Kunde den Entschluss zur Selbstanzeige nachweislich bereits vor der Bankkundengeheimnisverletzung gefasst hat, ihm diese Option jedoch durch das Datenleck verunmöglicht wurde (KREPOLD [FN 19], § 39 N 307). Auch dann wäre dem Bankkunden jedoch ein Selbstverschuldensanteil anzurechnen (vgl. KOLLER [FN 8], AJP 2003, 720; MAURENBRECHER/ZULAUF [FN 14], 39).

⁸⁰ BGer, 4A_21/2017, 29.6.2017, E. 4.8 mit Verweis auf BGE 123 IV 254 E. 1.

der Einwand, das Steuerstrafrecht stehe in verschiedener Hinsicht nicht in Einklang mit dem strafrechtlichen Verschuldenserfordernis, nichts zu ändern, da es nicht Aufgabe des Privatrechts sein kann, angebliche Mängel des Steuerstrafrechts durch systemwidrige Anerkennung von Schadenersatzansprüchen auszugleichen.

Unklar war bislang, ob diese Grundsätze auch dann gelten, wenn dem Auftraggeber aufgrund einer Pflichtverletzung der Bank oder des Steuerberaters die Möglichkeit genommen wird, die Busse zu vermeiden oder zu verringern. Mit diesem Aspekt befasst sich das zu diesem Themenbereich aktuelle Urteil des Bundesgerichts. Danach sind auch in einer solchen Konstellation Bussen nicht ersatzfähig, da sie ihren Ursprung in einer Entscheidung des Auftraggebers haben. Das Bankkundengeheimnis hat nicht zum Zweck, Kunden vor Steuerbelastungen zu schützen.