

Einschreiben

Schweizerisches Bundesgericht

Av. du Tribunal-Fédéral 29

1005 Lausanne

Ort, 7. November 2022

Sehr geehrte Frau Präsidentin,

Sehr geehrte Damen und Herren Bundesrichterinnen und Bundesrichter,

In Sachen

Turicum Bank AG (Adresse, Sitz)

vertreten durch das Team 1786

Klägerin / Beschwerdeführerin

gegen

Tina Tanner (Adresse, Wohnort)

vertreten durch X

Beklagte / Beschwerdegegnerin

betreffend

Forderung

erheben die Unterzeichnenden Namens und im Auftrag der Beschwerdeführerin die

BESCHWERDE IN ZIVILSACHEN

gegen das Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 10. Oktober 2022 und stellen folgende

RECHTSBEGEHREN

1. Es sei das Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 10. Oktober 2022 vollumfänglich aufzuheben und die Beschwerde gutzuheissen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

Dies mit folgender

BEGRÜNDUNG

I. FORMELLES

A. Allgemeine Beschwerdevoraussetzungen

1. Anfechtungsobjekt

1 Anfechtungsobjekt ist das Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 10. Oktober 2022. Das Urteil ist ein taugliches Anfechtungsobjekt i.S.v. Art. 90 BGG.

2. Beschwerdegrund

2 Gemäss Beschwerdeführerin wird durch das Urteil des Handelsgerichts Zürich Bundesrecht verletzt. Somit ist ein gültiger Beschwerdegrund i.S.v. Art. 95 Abs. 1 lit. a BGG gegeben.

3. Beschwerdefrist

3 Die Beschwerdefrist beträgt gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG 30 Tage. Mit Einreichung der Beschwerdeschrift am 7. November 2022 ist die Frist gewahrt.

B. Besondere Voraussetzungen der Beschwerde in Zivilsachen

1. Zivilrechtsstreitigkeit

4 Gemäss Art. 72 Abs. 1 BGG beurteilt das Bundesgericht Beschwerden gegen Entscheide in Zivilsachen. Die Beschwerdeführerin bedient sich somit dem ordentlichen Rechtsmittel.

2. Streitwert

5 Der Streitwert liegt bei über CHF 30'000.-, womit die Streitwertgrenze gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG gewahrt ist. Auch in Bezug auf die streitige Forderung von USD 24'000 ist die Beschwerde zulässig, da die geltend gemachten Begehren gemäss Art. 52 BGG zusammengerechnet werden.

3. Vorinstanz

6 Das Urteil des Handelsgerichts Zürich ist ein Entscheid letzter kantonaler Instanz i.S.v. Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG, womit die Beschwerde dagegen gemäss Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG zulässig ist.

4. Beschwerdelegitimation

7 Die Beschwerdeführerin hat bereits am Verfahren der Vorinstanz teilgenommen. Durch das angefochtene Urteil ist sie besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung. Die Anforderungen von Art. 76 Abs. 1 lit. a und b BGG sind erfüllt.

C. Parteivertretung

8 Die Unterzeichnenden sind zur Vertretung der Beschwerdeführerin gemäss Art. 40 Abs. 1 BGG gehörig bevollmächtigt. Die Vollmacht liegt im Anhang bei (siehe Beilage 1).

II. MATERIELLES

A. Angefochtene Punkte des Entscheids des Handelsgerichts Zürich

- 9 Das Handelsgericht Zürich hat die klägerischen Begehren im Wesentlichen aus den folgenden Gründen gutgeheissen:
- Auskunftspflichtverletzung in den Verträgen 0123 und 0987 (nachfolgend B.)
 - Sorgfalts- und Informationspflichtverletzung im Vertrag 0987 (nachfolgend C.)
 - Schadenersatz für Rechtsverfolgungskosten (nachfolgend D.)

B. Differenz der Steuerbussen (EUR 540'000)

- 10 Emil Escher (fortan: Escher) hielt bei der Beschwerdeführerin das Konto 0123. Überdies war er am Konto 0987, ltd. auf die Fortuna LLC, Bahamas (fortan: Fortuna LLC), wirtschaftlich berechtigt. Nach Eschers Tod verlangte seine Tochter, die Beschwerdegegnerin, am 3. Juni 2013 beim Kundenberater Beat Blanchard¹ umfassend Auskunft über beide Konten. Dieser übergab ihr daraufhin einen Auszug zum Konto 0123 per Todestag, verweigerte aber alle weiteren Auskünfte.
- 11 Nach Auffassung der Vorinstanz verletzte die Beschwerdeführerin damit die Verträge 0123 und 0987. Aufgrund der fehlenden Auskunft habe die Beschwerdegegnerin ihre strafbefreiende Selbstanzeige nicht mehr vor Verschärfung des §398a der deutschen Abgabeordnung (AO) einreichen können. Für die daraus resultierende Differenz der Steuerbussen in der Höhe von EUR 540'000 werde die Beschwerdeführerin gemäss Art. 97 Abs. 1 OR schadenersatzpflichtig.
- 12 Die Beschwerdeführerin hat aber weder den Vertrag 0123 (siehe Rz. 13ff.) noch den Vertrag 0987 (siehe Rz. 39ff.) verletzt. Das vorinstanzliche Urteil verletzt daher Bundesrecht.

1. Vertrag 0123

- 13 Gemäss Art. 97 Abs. 1 OR wird der Schuldner schadenersatzpflichtig, wenn er durch eine verschuldete Vertragsverletzung adäquat kausal einen Schaden verursacht hat.² Auf die streitigen Tatbestandsmerkmale dieses Artikels wird im Folgenden näher eingegangen.

1.1 Vertragsverletzung

- 14 Das Handelsgericht wirft der Beschwerdeführerin vor, in Bezug auf den Vertrag 0123 ihre auftragsrechtliche Auskunftspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR verletzt zu haben. Dies trifft jedoch nicht zu,

¹ Blanchard ist unbestrittenemassen Hilfsperson (Art. 101 Abs. 1 OR) der Beschwerdeführerin. Sein Verhalten wird der Beschwerdeführerin zugerechnet. Deshalb wird im Folgenden der Einfachheit halber stets von der Beschwerdeführerin gesprochen.

² BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 OR N. 1.

da die Beschwerdegegnerin weder aus ihrer Erbenstellung (siehe Rz. 15ff.) noch aus der Generalvollmacht (siehe Rz. 25ff.) ein Auskunftsrecht ableiten konnte.

1.1.1 Kein geerbtes vertragliches Auskunftsrecht

15 Gemäss Vorinstanz ist Eschers Auskunftsrecht über das Konto 0123 kraft Universalsukzession (Art. 560 Abs. 1 ZGB) ungeschmälert auf die Beschwerdegegnerin übergegangen. Mit der Ablehnung der Auskunftsbegehren habe die Beschwerdeführerin ihre Auskunftspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR verletzt. Da aber Eschers Recht auf Wahrung der Privatsphäre dem Auskunftsrecht der Beschwerdeführerin vorging, verweigerte die Beschwerdeführerin die Auskunft zurecht.

a. Auftragsrechtlicher Auskunftsanspruch

16 Execution Only-Verhältnisse können zivilrechtlich in zahlreiche Dienstleistungen unterteilt werden³, wobei das Auftragsrecht (Art. 394ff. OR) stets die Grundlage bildet.⁴ Auf den Vertrag 0123 zwischen Escher und der Beschwerdeführerin ist daher Auftragsrecht anwendbar.

17 Art. 400 Abs. 1 OR verpflichtet den Beauftragten zur Rechenschaftsablage.⁵ Diese Pflicht umfasst u.a. die vollständige und wahrheitsgetreue Information über alles, was für den Auftraggeber von Belang sein kann.⁶ Verweigert der Beauftragte die Auskunft ohne Grund, handelt es sich um eine Vertragsverletzung gemäss Art. 97 Abs. 1 OR.⁷

18 Verstirbt der Auftraggeber bei Bankgeschäften, erlischt das Auftragsverhältnis nicht, da sich eine Fortführung der Beziehung "aus der Natur des Geschäfts" (Art. 405 Abs. 1 OR) ergibt.⁸ Der Auskunftsanspruch geht somit nach dem Prinzip der Universalsukzession grundsätzlich auf die Erben über. Allerdings steht dem Anspruch der Erben stets das Recht des Erblassers auf Wahrung seiner Privatsphäre gegenüber.⁹ Die Bank muss die Auskunft verweigern, wenn dies zur Wahrung der Privatsphäre des Erblassers notwendig ist.

b. Wirtschaftliche Aspekte als Teil der Privatsphäre

19 Mit seinem Urteil 4A_522/2018 konkretisierte das Bundesgericht den Begriff der "Privatsphäre des Erblassers". Dieser umfasse nicht nur höchstpersönliche Tatsachen¹⁰, "mais aussi les aspects d'ordre économique".¹¹ Der vertragliche Auskunftsanspruch der Erben geht dadurch deutlich weniger weit als derjenige des Erblassers, denn fast alle Auskünfte der Bank berühren in irgendeiner Weise die

³ JOST, S. 64.

⁴ ARPAGAU/STADLER/WERLEN, Rn. 519; BK-FELLMANN, Art. 398 N 340; BGE 110 II 283 E. 1.

⁵ BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 400 OR N. 1.

⁶ BK-FELLMANN, Art. 400 N. 19f.

⁷ BK-FELLMANN, Art. 400 N. 61.

⁸ BK-FELLMANN, Art. 405 N. 87.

⁹ BGE 133 III 664 E. 2.5; BGer Urteil 4A_522/2018 vom 18. Juli 2019 E. 4.2.

¹⁰ so bereits in BGE 133 III 664 E. 2.5.

¹¹ BGer Urteil 4A_522/2018 vom 18. Juli 2019 E. 4.5.2.

wirtschaftlichen Aspekte betreffend das Vermögen des Erblassers. Erben können demnach keine Auskunft über Kontobewegungen des Erblassers erlangen, es sei denn, sie erbringen einen **Interessensnachweis** ("pas d'intérêt, pas d'action").¹² Ein Erbe hat gemäss Bundesgericht nur dann ein schutzwürdiges Interesse, wenn sein Pflichtteil gefährdet ist, oder wenn er die Auskunft zur Überprüfung der korrekten Vertragserfüllung durch die Bank benötigt.¹³ Kann der Erbe den Interessensnachweis nicht erbringen, muss die Bank alle Auskünfte mit Hinweis auf die Privatsphäre des Kunden verweigern. Ansonsten riskiert sie eine Strafanklage wegen einer Verletzung des Bankgeheimnisses (Art. 47 Abs. 1 BankG).

c. Begründung des Urteils

20 Ganz offensichtlich hat das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung noch einmal überdacht und sich nun richtigerweise für ein beschränktes vertragliches Auskunftsrecht entschieden. Es trifft zwar zu, dass das Bundesgericht seinen Entscheid nicht eingehend begründete und doch ist er sachlich richtig. Schon seit langer Zeit wird in der Lehre die Auffassung vertreten, das Auskunftsrecht der Erben könne nicht ohne weiteres auch für Informationen gelten, die in die Zeit *vor* dem Todestag des Erblassers fallen.¹⁴ Dabei wird von einem gänzlichen Ausschluss eines solchen Anspruchs¹⁵ bis zur Voraussetzung eines Interessensnachweises¹⁶ alles vertreten. Diesen Lehrmeinungen ist beizupflichten. Gerade im Zeitalter der Digitalisierung darf nicht leichthin davon ausgegangen werden, dass der Erblasser ohne weiteres damit einverstanden ist, dass die Erben nach seinem Tod seine finanziellen Entscheidungen und Gewohnheiten minutiös nachverfolgen können. Die Bewegungen auf einem Konto können unter Umständen genauso persönlich sein, wie ein Blick ins Tagebuch. Der Erblasser muss sich daher auf die Diskretion der Bank verlassen können.¹⁷ Ein gänzlicher Ausschluss des vertraglichen Auskunftsrechts der Erben ist indes nicht nötig. Zurecht hat das Bundesgericht daher eine vermittelnde Position eingenommen, indem es die Privatsphäre des Erblassers weiter auslegte als bisher und dadurch einen Interessensnachweis als neue Voraussetzung für einen Auskunftsanspruch schuf.

21 Der Einwand der Beschwerdegegnerin, der Entscheid führe zu unbilligen Ergebnissen, trifft nicht zu. Die Erben können die gewünschten Informationen nach wie vor gestützt auf das Erbrecht (Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB) geltend machen. Damit folgen sie dem Weg, den das Gesetz zur Feststellung der Nachlasswerte vorschreibt.¹⁸

¹² BGer Urteil 4A_522/2018 vom 18. Juli 2019 E. 4.5.2.; so auch SCHAEFER, S. 335.

¹³ BGer Urteil 4A_522/2018 vom 18. Juli 2019 E. 4.5.2.

¹⁴ Erstmals von CAPITANI, S. 53.

¹⁵ JANN, S. 114; DE CAPITANI, S. 71.

¹⁶ SCHAEFER, S. 335.

¹⁷ In diesem Sinne DE CAPITANI, S. 72f.; JANN, S. 114.

¹⁸ DE CAPITANI, S. 73.

22 Da der Entscheid sachlich richtig ist, sollte das Bundesgericht das Urteil 4A_522/2018 bestätigen und dabei die soeben aufgeführten Argumente zur Begründung heranziehen.

d. Keine Auskunftspflicht gestützt auf Vertrag

23 Die Beschwerdegegnerin ist zwar, wie sie richtig feststellt, kraft Universalsukzession in die Rechtstellung ihres Vaters eingetreten. Neben der Erbenstellung ist für die Geltendmachung eines vertraglichen Auskunftsanspruchs gemäss BGer 4A_522/2018 neuerdings aber auch ein schutzwürdiges Interesse an der Information vorausgesetzt. Daran mangelte es der Beschwerdegegnerin. Als Alleinerbin war ihr Pflichtteil nicht gefährdet und sie wollte die Informationen der Bank nicht etwa, um die korrekte Vertragserfüllung durch die Bank zu überprüfen, sondern um in Deutschland eine strafbefreiende Selbstanzeige einreichen zu können. Erbrechtliche Ansprüche hat die Beschwerdegegnerin nicht geltend gemacht.

24 Deshalb traf die Beschwerdeführerin keine Auskunftspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR über das Konto 0123. Folglich liegt keine Vertragsverletzung i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR vor.

1.1.2 Keine Auskunftspflicht gestützt auf Generalvollmacht

25 Die Vorinstanz ist der Ansicht, die Beschwerdeführerin hätte der Beschwerdegegnerin gestützt auf die Generalvollmacht (siehe Beilage 2) Auskunft über das Konto 0123 erteilen müssen. Die unterbliebene Auskunft wertet sie als Vertragsverletzung gemäss Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 400 Abs. 1 OR. Die Beschwerdeführerin hat den Vertrag 0123 jedoch nicht verletzt, da die Generalvollmacht mit Eschers Tod erloschen ist.

a. Transmortale Generalvollmacht

26 Bankvollmachten sind Vollmachten i.S.v. Art. 32 Abs. 1 OR. Gestützt auf eine Bankvollmacht ist der Bevollmächtigte berechtigt, den Kunden gegenüber der Bank zu vertreten.¹⁹ Darin eingeschlossen ist auch der dem Kunden zustehende Auskunftsanspruch (siehe Rz. 17). Die Bank schuldet dem Bevollmächtigten somit gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR die gleiche Auskunft wie dem Kunden.

27 Der Auskunftsanspruch des Bevollmächtigten fällt dahin, wenn die Vollmacht erlischt.²⁰ Gemäss Art. 35 Abs. 1 OR erlischt eine Vollmacht u.a. mit dem Tod des Vollmachtgebers. In der Bankpraxis wird von diesem dispositiven Grundsatz häufig mit sog. transmortalen Vollmachten abgewichen. Transmortale Vollmachten erlöschen nicht mit dem Tod des Vollmachtgebers, sondern behalten über dessen Tod hinaus Geltung. So kann der Bevollmächtigte auch nach dem Tod des Vollmachtgebers das Vermögen des verstorbenen Kunden verwalten und Auskunft von der Bank verlangen.²¹

¹⁹ ARPAGAU/STADLER/WERLEN, Rn. 554.

²⁰ ERB, S. 242.

²¹ ARPAGAU/STADLER/WERLEN, Rn. 584.

28 Die Generalvollmacht der Beschwerdegegnerin beinhaltete u.a. die Bestimmung, wonach die Vollmacht "nach dem Tod bzw. der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers uneingeschränkt in Kraft" bleiben sollte. Es handelt sich somit um eine transmortale Vollmacht. Grundsätzlich bleibt somit das Auskunftsrecht der Beschwerdegegnerin trotz Eschers Tod bestehen.

b. Erlöschen durch "Vereinigung"

29 Im Normalfall bewirkt eine transmortale Vollmacht, dass der Bevollmächtigte beim Tod des Vollmachtgebers automatisch zum Stellvertreter der Erben wird.²² Vorliegend ist jedoch die seltene Konstellation gegeben, in der die über den Tod hinaus Bevollmächtigte zugleich Alleinerbin ist. Die Bevollmächtigte wird damit kraft Universalsukzession faktisch zu ihrer eigenen Vollmachtgeberin. Das Bundesgericht hatte bisher noch nicht zu entscheiden, welche Rechtsfolge eintritt, wenn diese Voraussetzung wegfällt.

30 Die Situation, bei der Vollmachtgeber und Bevollmächtigter in einer Person zusammentreffen, ist vergleichbar mit der Situation, bei der die Eigenschaften von Gläubiger und Schuldner in einer Person zusammentreffen. Für letzteren Fall sieht Art. 118 Abs. 1 OR das Erlöschen der Forderung vor. Obschon diese Norm primär für zweiseitige Forderungen konzipiert ist, sollte sie *analog* auf Fälle zur Anwendung gelangen, bei denen der Bevollmächtigte qua Gesetz mit dem Vollmachtgeber identisch geworden ist. Dafür spricht insbesondere, dass die Stellvertretung gemäss Art. 32 Abs. 1 OR eine Ermächtigung zur Vertretung *eines andern* beinhaltet. Die Personenverschiedenheit zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem ist damit eine Voraussetzung der Stellvertretung.²³ Bei deren Wegfall fehlt es an einem Wesensmerkmal von Art. 32 Abs. 1 OR. Das Erlöschen der Vollmacht durch "Vereinigung" entspricht der hiesigen Lehre²⁴ und ist auch in Deutschland von Rechtsprechung²⁵ und Lehre²⁶ anerkannt.

31 Die Generalvollmacht ist somit trotz der zitierten Klausel gemäss Art. 118 Abs. 1 OR *analog* erloschen. Damit ging auch das Auskunftsrecht der Beschwerdegegnerin unter. Die Beschwerdeführerin verletzte ihre Auskunftspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR nicht, wenn sie gestützt auf die Generalvollmacht keine Auskunft erteilte.

1.1.3 Zwischenfazit Vertragsverletzung

32 Die Beschwerdeführerin hat somit in Bezug auf den Vertrag 0123 keine Vertragsverletzung i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR begangen. Sie war weder gestützt auf den Erbschein der Beschwerdegegnerin noch gestützt auf die Generalvollmacht zur Auskunft verpflichtet.

²² WOLF, S. 983.

²³ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 32 OR N. 28.

²⁴ ERB, S. 280; THALMESSINGER, S. 48.

²⁵ Urteil des Oberlandesgerichts Hamm vom 10. Januar 2013, I-15 W 79/12.

²⁶ Beck'sche KuKo-WEIDLICH, Einführung vor §2197 BGB N. 12.

1.2 Kausalität

- 33 Das Handelsgericht erachtet die (bestrittene) Auskunftspflichtverletzung der Beschwerdeführerin in Bezug auf das Konto 0123 fälschlicherweise als adäquat kausal für einen Schaden in der Höhe von EUR 540'000. Auch wenn die Beschwerdeführerin Auskunft über das Konto 0123 erteilt hätte, wäre die Differenz der Steuerbussen entstanden. Die Kausalität ist zu verneinen.
- 34 Eine Pflichtverletzung ist adäquat kausal, wenn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Schaden von der Art des eingetretenen herbeizuführen.²⁷
- 35 Gemäss dem Deutschen Bundesgerichtshof müssen die Angaben in einer gestuften Selbstanzeige gemäss §371 AO so genau sein, dass die Finanzbehörde ohne weitere Nachforschungen die noch zu bezahlende Steuer festsetzen kann.²⁸ Eine Selbstanzeige auf Basis einer Schätzung ist nur zulässig, wenn allfällige Abweichungen zur späteren Vollmeldung fünf Prozent nicht übersteigen.²⁹ Schon auf der ersten Stufe muss die Selbstanzeige somit eine zahlenmässige Präzisierung beinhalten.³⁰
- 36 In den drei Jahren vor seinem Tod vermehrte Escher das Vermögen auf dem Konto 0987 stetig. Es ist sicher, dass im Zeitpunkt der gestuften Selbstanzeige zwischen dem geschätzten Betrag von CHF 9 Mio. und dem tatsächlichen Betrag auf dem Konto 0987 eine Differenz von mehr als fünf Prozent bestand. Die Belege des Kontos 0123 hätten somit nicht für eine gestufte Selbstanzeige ausgereicht, denn daraus wäre nur die Überweisung vom Konto 0123 zum Konto 0987 in der Höhe von CHF 9 Mio. ersichtlich gewesen.
- 37 Selbst bei einer pflichtwidrigen Verweigerung der Auskunft wäre eine Selbstanzeige erfolglos geblieben. Es besteht kein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der (bestrittenen) Verletzung des Vertrags 0123 und dem eingetretenen Schaden.

1.3 Fazit Vertrag 0123

- 38 Das Handelsgericht hat Bundesrecht verletzt, indem es die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR zum Ersatz von EUR 540'000 verpflichtet hat. Die Beschwerdeführerin hat weder den Vertrag 0123 verletzt noch wäre eine Auskunft über das Konto 0123 für eine gestufte Selbstanzeige ausreichend gewesen. Die Beschwerdeführerin muss den Schaden nicht ersetzen, denn die Voraussetzungen von Art. 97 Abs. 1 OR sind nicht erfüllt.

²⁷ BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 OR N. 41.

²⁸ BGH Beschluss 1 StR 577/09 vom 20.05.2010.

²⁹ BGH Beschluss 1 StR 631/10 vom 25.07.2011.

³⁰ MüKoStGB-KOHLER, AO §371 Rn. 105.

2. Vertrag 0987

39 Im Folgenden wird wiederum auf die umstrittenen Voraussetzungen von Art. 97 Abs. 1 OR eingegangen.

2.1. Vertragsverletzung

40 Auch in Bezug auf den Vertrag 0987 wirft das Handelsgericht der Beschwerdeführerin vor, den Vertrag durch eine pflichtwidrige Verweigerung der Auskunft verletzt zu haben. Da die Beschwerdegegnerin jedoch keinerlei vertragliche Auskunftsansprüche gegenüber der Beschwerdeführerin hatte, verletzte letztere ihre Auskunftspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR nicht, wenn sie die Auskunft mit Hinweis auf das Bankgeheimnis verweigerte.

2.1.1 Vertrag zu Gunsten Dritter

41 Das Handelsgericht ist der Ansicht, beim Vertrag 0987 handle es sich um einen echten Vertrag zu Gunsten Eschers. Dem ist nicht zu folgen, denn es wurde keine Drittbegünstigungsklausel vereinbart.

a. Voraussetzungen

42 Der Vertrag zugunsten eines Dritten wird in Art. 112 OR geregelt. Es handelt sich um einen schuldrechtlichen Verpflichtungsvertrag, in dem sich der Schuldner mittels Drittbegünstigungsklausel zur Leistungserbringung an einen Dritten verpflichtet.³¹

43 Nicht bestritten wird, dass es sich beim Vertrag 0987 um einen schuldrechtlichen *Verpflichtungsvertrages* handelt. Als Vertrag welcher ursprünglich als Execution Only-Verhältnis ausgestaltet war und später zu einem Vermögensverwaltungsvertrag umgewandelt wurde, handelt es sich um einen Vertrag mit Bezug zum Bankgeschäft. Auf solche Verträge ist grundsätzlich Auftragsrecht anwendbar.³²

b. Kein Vertrag zu Gunsten eines Dritten

44 Allerdings schliesst die Vorinstanz fälschlicherweise auf eine *Drittbegünstigungsklausel*. Nach der Kontoeröffnung instruierte die Fortuna LLC die Beschwerdeführerin, Escher alle gewünschten Auskünfte zu erteilen und ihm die banklagernde Korrespondenz auf Verlangen herauszugeben. Darin ist keine Drittbegünstigungsklausel zu erblicken, sondern vielmehr eine auftragsrechtliche Weisung.

45 Zur Konkretisierung eines generellen Auftrages ist der Auftraggeber gemäss Art. 397 Abs. 1 OR jederzeit berechtigt, Weisungen zu erteilen und Instruktionen zu geben.³³ Bei der Instruktion der Fortuna LLC handelt es sich um eine solche Weisung. Als einseitige Willenserklärung darf diese

³¹ KRAUSKOPF, Rn. 167 und 169.

³² ARPAGAU/STADLER/WERLEN, Rn. 519; BK-FELLMANN, Art. 398 N 340; BGE 110 II 283 E. 1.

³³ BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 397 N. 4.

nicht mit einer vom übereinstimmenden Parteiwillen getragenen Drittbegünstigungsklausel verwechselt werden.

- 46 Mangels Drittbegünstigungsklausel hatte die Beschwerdegegnerin kein eigenes Forderungsrecht auf Auskunft gemäss Art. 112 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 400 Abs. 1 OR. Demnach hat die Beschwerdeführerin die Auskunft zurecht verweigert.

2.1.2 Erloschene Verwaltungsvollmacht

- 47 Die Vorinstanz ist der Ansicht, die Beschwerdeführerin hätte der Beschwerdegegnerin gestützt auf die Verwaltungsvollmacht Eschers (siehe Beilage 3) Auskunft über das Konto 0987 erteilen müssen. Die unterbliebene Auskunft wertet sie als Vertragsverletzung gemäss Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 400 Abs. 1 OR. Die Beschwerdeführerin hat den Vertrag 0987 jedoch nicht verletzt, da die Generalvollmacht mit Eschers Tod erloschen ist.

a. Klarer Wortlaut der Vollmacht

- 48 Die Verwaltungsvollmacht über das Konto 0987 war, wie auch die bereits diskutierte Generalvollmacht (siehe Rz. 26f.), als transmortale Bankvollmacht ausgestaltet. So wurde die Fortgeltung der Vollmacht bei Tod oder Geschäftsunfähigkeit des *Vollmachtgebers* vereinbart. Für den Tod oder die Geschäftsunfähigkeit des *Bevollmächtigten* wurde keine Regelung getroffen.

- 49 Aus den vorinstanzlichen Feststellungen ist klar ersichtlich, dass die Fortuna LLC die Vollmachtgeberin und Escher Bevollmächtigter war. Für Eschers Tod enthielt die Vollmacht keine Fortgeltungsklausel. Deshalb ist auf den dispositiven Grundsatz in Art. 35 Abs. 1 OR zurückzugreifen, wonach die Vollmacht mit dem Tod des Bevollmächtigten erlischt. Die Verwaltungsvollmacht erlosch folglich am Todestag Eschers.

b. Sinn und Zweck der transmortalen Vollmachten

- 50 Der Sinn einer transmortalen Vollmacht liegt einerseits darin, dass die Bank nicht vor jeder Transaktion überprüfen muss, ob die Vollmacht qua Gesetz erloschen ist. Andererseits ermöglicht sie den Rechtsnachfolgern die (zumindest teilweise) Verfügung über das Vermögen trotz Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Erblassers. Eine transmortale Vollmacht liegt damit sowohl im Interesse der Bank als auch im Interesse des Kunden.³⁴

- 51 Der Bank kann nicht entgegengehalten werden, dass die Fortuna LLC bei Erteilung ihrer Vollmacht eigentlich die Fortdauer der Vollmacht über den Tod des Bevollmächtigten hinaus "gemeint" hat. Die Beschwerdeführerin hat das Formular der Verwaltungsvollmacht selbst entworfen und ging daher davon aus, dass mit dem fraglichen Teil der Vollmacht genau die Konstellation geregelt war, die

³⁴ ARPAGAU/STADLER/WERLEN, Rn. 584.

auch dem Sinn und Zweck einer transmortalen Vollmacht entspricht. Würde der Auslegung der Vorinstanz gefolgt, bedeutete dies, dass mit der Bestimmung das genaue *Gegenteil* dessen bestimmt wurde, was im Bankverkehr üblich ist.

- 52 Sowohl der Wortlaut der Verwaltungsvollmacht als auch der Sinn einer transmortalen Vollmacht lassen keinen anderen Schluss, als dass die Vollmacht mit Eschers Tod erloschen ist. Da das Auskunftsrecht des Bevollmächtigten nur solange besteht, wie die Vollmacht nicht erloschen ist (siehe Rz. 27), hatte die Beschwerdegegnerin kein Auskunftsrecht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR mehr. Die Beschwerdeführerin verletzte den Vertrag 0987 mit ihrer Auskunftsverweigerung folglich nicht.

2.1.3 Keine Auskunftspflicht gegenüber Erben wirtschaftlich Berechtigter

- 53 Als wirtschaftlich berechtigt gilt derjenige, der "über die Vermögenswerte faktisch bestimmen kann, dem sie mithin aus wirtschaftlicher Sicht gehören".³⁵ Escher war unstreitig wirtschaftlich Berechtigter am Konto 0987 (siehe Formular A, Beilage 4). Die Beschwerdegegnerin meint als seine Erbin aufgrund eines erfüllten Durchgriffstatbestands auskunftsberechtigt gewesen zu sein. Die Auskunftsverweigerung der Beschwerdeführerin war aber nicht pflichtwidrig, denn Erben eines wirtschaftlich Berechtigten haben genauso wenig einen vertraglichen Auskunftsanspruch, wie der wirtschaftlich Berechtigte selbst.

a. Kein Auskunftsrecht des wirtschaftlich Berechtigten

- 54 Zur Errichtung einer Struktur mit wirtschaftlicher Berechtigung wird ein Treuhänder oder die zu beherrschende Gesellschaft mit der fiduziarischen Haltung eines Vermögens beauftragt. Nachdem die Beauftragte bei der Bank ein Konto eröffnet hat, verwaltet sie als Kundin das darauf hinterlegte Vermögen gemäss den Weisungen des wirtschaftlich Berechtigten.³⁶ Das Treuhandverhältnis ist für die Bank eine *res inter alios acta*, denn zwischen ihr und dem wirtschaftlich Berechtigten besteht keine vertragliche Beziehung. Seine Auskunftsbegehren muss die Bank daher grundsätzlich mit Hinweis auf das Bankgeheimnis ablehnen.³⁷ Dem wirtschaftlich Berechtigten darf die selbst errichtete Struktur entgegengehalten werden, denn er hat sich bewusst gegen eine vertragliche Beziehung und damit gegen vertragliche Ansprüche gegenüber der Bank entschieden.³⁸ Einzig bei einer ausdrücklichen Bevollmächtigung können Informationsansprüche bestehen.³⁹

- 55 Das Vermögen der Fortuna LLC wurde gemäss Eschers Weisungen von der Henchman Ltd., Bahamas (fortan: Henchman Ltd.) verwaltet. Zwischen der Beschwerdeführerin und Escher bestand kein Vertrag in Bezug auf das Konto 0987. Zu Lebzeiten erhielt Escher von der Beschwerdeführerin stets

³⁵ BGE 125 IV 139 E. 3c.

³⁶ ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, Rn. 886.

³⁷ BGer Urteil 4C_108/2002 vom 23. Juli 2002 E. 3c/aa; LOMBARDINI, S. 983.

³⁸ OGer ZH Urteil HG120067 vom 24. März 2015 E. 3.5.3.2; HAMM/BRUSA, S. 3.

³⁹ HAMM/BRUSA, S. 3.

alle gewünschten Auskünfte zum Konto 0987. Diese wurden ihm aber nicht wegen seiner wirtschaftlichen Berechtigung erteilt, sondern nur, weil er von der Fortuna LLC zur Verwaltung des Vermögens bevollmächtigt worden war und weil diese die Beschwerdeführerin instruiert hat, die gewünschten Auskünfte zu erteilen.

b. Kein Auskunftsrecht der Erbin

56 Auf die erloschene Verwaltungsvollmacht (siehe Rz. 47ff.) konnte die Beschwerdegegnerin ihre Auskunftsbegehren nicht abstützen. Fraglich ist somit lediglich, ob die Beschwerdegegnerin gestützt auf ihren Erbschein ein weitergehendes vertragliches Auskunftsrecht gegenüber der Bank hatte, als Escher als wirtschaftlich Berechtigter selbst.

57 Die Erben treten kraft Universalsukzession in alle Rechte und Pflichten des Erblassers ein (Art. 560 Abs. 1 ZGB). Wie gerade dargelegt hat der wirtschaftlich Berechtigte mangels vertraglicher Beziehung zur Bank kein vertragliches Auskunftsrecht über das ihm wirtschaftlich zugerechnete Vermögen. Die Erben können keine Rechte erben, die dem Erblasser selbst nicht zustanden. Ein vertragliches Auskunftsrecht der Erben eines wirtschaftlich Berechtigten gemäss Art. 400 Abs. 1 OR ist deshalb gemäss herrschender Lehre⁴⁰ und Rechtsprechung⁴¹ zu verneinen. Eine Bank ist nicht berechtigt, den Erben einer verstorbenen Person, die wirtschaftlich Berechtigte einer Gesellschaft war, Auskunft zu den betreffenden Konten zu erteilen. Pflichtteilsberechtigten Erben stehen unter Umständen Auskunftsansprüche zur Verfügung. Diese sind aber nicht vertrags- sondern erbrechtlicher Natur.⁴²

58 Der Beschwerdegegnerin kommt als Erbin eines wirtschaftlich Berechtigten kein weitergehender vertraglicher Auskunftsanspruch zu als dem Erblasser selbst. Auf den erbrechtlichen Auskunftsanspruch ist mangels Geltendmachung nicht weiter einzugehen.

59 Die Bank hat somit keine Pflicht verletzt, wenn sie der Beschwerdegegnerin mit Hinweis auf das Bankgeheimnis die Auskunft über das Konto 0987 verweigerte.

2.1.4 Zwischenfazit Vertragsverletzung

60 Weder aus einem (vermeintlichen) Vertrag zu Gunsten eines Dritten, noch aus ihrer Verwaltungsvollmacht oder aus der wirtschaftliche Berechtigung Eschers kann die Beschwerdegegnerin einen Auskunftsanspruch gemäss Art. 400 Abs. 1 OR herleiten. Entgegen dem Handelsgericht hat die Beschwerdeführerin den Vertrag 0987 nicht verletzt.

⁴⁰ BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 607 N. 11b; WOLF/GENNA, S. 452.

⁴¹ statt vieler: BGer 5A_30/2020 vom 6. Mai 2020 E. 3.2.; BGE 138 III 728 E. 3.5; BGer 5A_638/2009 vom 13. September 2009 E. 4.1. m.w.H.

⁴² statt vieler: BGE 138 III 728 E. 3.5 m.w.H.

2.2 Schaden

- 61 Am 12. Dezember 2014 wurden der Beschwerdegegnerin alle für eine gestufte Selbstanzeige benötigten Auskünfte über das Konto 0987 erteilt. Obwohl ihr bewusst war, dass am 1. Januar 2015 eine Verschärfung des §398a AO bevorstand, reichte sie ihre Selbstanzeige erst nach Jahreswechsel in finalisierter Form ein. Das Handelsgericht verletzt Bundesrecht, weil es nicht erkennt, dass im Untätigbleiben der Beschwerdegegnerin ein Selbstverschulden zu erblicken ist und die Schadenersatzpflicht der Beschwerdeführerin deshalb gestützt auf Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 44 Abs. 1 OR entfällt.
- 62 Selbstverschulden liegt vor, wenn der Geschädigte es unterlässt, zumutbare Vorsichtsmassnahmen zu ergreifen, die geeignet wären, der Entstehung oder Verschlimmerung eines Schadens entgegenzuwirken.⁴³ Daraus ergeben sich drei Voraussetzungen für das Selbstverschulden infolge unterlassener Schadensminderung bzw. -verhinderung.
- 63 Vorab muss das Unterlassen der schadensverhindernden Massnahme *adäquat kausal* für den eingetretenen Schaden sein.⁴⁴ Dies ist vorliegend zweifelsfrei gegeben. Hätte die Beschwerdegegnerin mit ihrer Selbstanzeige nicht 19 Tage zugewartet, wäre die Differenz der Steuerbussen von EUR 540'000 nicht entstanden.
- 64 Des Weiteren ist *Verschulden* vorausgesetzt. Die Geschädigte handelt vorsätzlich, wenn sie trotz Kenntnis der Möglichkeit einer Schadensminderung keine schadensmindernden Massnahmen ergreift.⁴⁵ Die Beschwerdeführerin wusste um die Möglichkeit der Schadensverhinderung durch eine (gestufte) Selbstanzeige vor Verschärfung des §398a AO. Dennoch reichte sie während 19 Tagen weder eine vorläufige Schätzung noch eine Selbstanzeige ein. Damit handelte die Beschwerdegegnerin vorsätzlich.
- 65 Schlussendlich muss die schadensmindernde Massnahme der Geschädigten *zumutbar* sein. Die Geschädigte hat alles zur Minderung des Schadens zu tun, was ein vernünftiger Mensch ohne Anspruch auf Schadenersatz in vergleichbarer Lage tun würde.⁴⁶ Die Vorinstanz ist der Ansicht, die Finalisierung der Selbstanzeige wäre innert 19 Tagen nicht zumutbar gewesen. Sie weist auf die drohenden strafrechtlichen Konsequenzen hin, die eine unpräzise Selbstanzeige mit sich bringen kann. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Bei einem drohenden Schaden von EUR 540'000 würde jeder vernünftige Mensch alle Möglichkeiten ausschöpfen, um diesen zu verhindern. Die Beschwerdegegnerin hätte beispielsweise eine auf Deutsches Steuerrecht spezialisierte Anwaltskanzlei mit der raschen Einreichung der Selbstanzeige beauftragen können. Eine solche Kanzlei hätte diesen Auftrag

⁴³ BSK OR I-KESSLER, Art. 44 OR N. 7.

⁴⁴ MATTHÄUS, S. 139.

⁴⁵ MATTHÄUS, S. 141.

⁴⁶ LUTERBACHER, S. 124; BGE 107 Ib 155 E. 2b.

mit Sicherheit noch vor Jahresende erfüllen können. Die Einreichung einer strafbefreienden Selbstanzeige vor Verschärfung des §398a AO wäre zumutbar gewesen.

66 Insgesamt ist somit das Selbstverschulden der Beschwerdegegnerin zu bejahen. Hätte sie die zumutbaren Massnahmen ergriffen, wäre der gesamte Schaden von EUR 540'000 nicht entstanden. Damit ist der Schaden gestützt auf Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 44 Abs. 1 OR vollumfänglich herabzusetzen.

2.3 Fazit Vertrag 0987

67 Das Handelsgericht verletzt Bundesrecht, indem es die Beschwerdeführerin zum Ersatz von EUR 540'000 verpflichtet hat. Die Beschwerdeführerin hat den Vertrag 0987 nicht verletzt und die Beschwerdegegnerin trifft ein Selbstverschulden, weshalb der Schaden nicht der Beschwerdeführerin auferlegt werden darf.

3. Gesamtfazit Differenz der Steuerbussen

68 Weder aus dem Vertrag 0123 noch aus dem Vertrag 0987 lässt sich ein Schadenersatzanspruch gemäss Art. 97 Abs. 1 OR ableiten. Das Urteil des Handelsgerichts, wonach die Beschwerdeführerin für die Differenz der Steuerbussen von EUR 540'000 aufkommen muss, ist aufzuheben.

C. Vermögensverwaltung (CHF 150'000)

69 Nach Eschers Tod kontaktierte die Beschwerdeführerin am 11. Juli 2013 das einzige Organ der Fortuna LLC, die Treuhänderin Henschman Ltd., und offerierte den Abschluss eines Vermögensverwaltungsvertrags. Dieser kam gleichentags zustande. Die Beschwerdeführerin verwaltete daraufhin das Vermögen der Fortuna LLC mit der konservativsten Anlagestrategie (*fixed income*) für eine Pauschale von 1% der verwalteten Vermögenswerte pro Jahr plus Produktgebühren. Bei Beendigung des Vertragsverhältnisses hatte die Beschwerdeführerin das Konto 0987 mit insgesamt CHF 150'000 belastet.

70 Die Fortuna LLC hat am 12. Dezember 2014 alle ihre Ansprüche gegenüber der Beschwerdeführerin gültig an die Beschwerdegegnerin zediert. Die Beschwerdegegnerin machte daraufhin vor Handelsgericht "im Rechtskleid" der Fortuna LLC eine Verletzung des Vertrages 0987 geltend. Die Vorinstanz gab der Beschwerdegegnerin recht und bejahte eine Verletzung der Sorgfalts- und Informationspflichten durch die Beschwerdeführerin. Ohne diese Vertragsverletzungen wäre der Vermögensverwaltungsvertrag gar nicht erst zustande gekommen. Der Beschwerdegegnerin sei die selbständige Verwaltung des Vermögens auf dem Konto 0987 verwehrt und eine fremde Verwaltung aufgezwungen worden. Das Honorar der Bank sei der Beschwerdegegnerin deshalb gemäss Art. 97 Abs. 1 OR als Schaden wieder gutzuschreiben.

71 Die Beschwerdeführerin hat aber auch in Bezug auf die Sorgfalts- und Informationspflichten den Vertrag 0987 nicht verletzt. Das vorinstanzliche Urteil verletzt Bundesrecht.

1. Pflichtverletzung

72 Die Vorinstanz ist der Ansicht, dass die Beschwerdeführerin den Vertrag 0987 verletzt hat, indem sie ihren Sorgfalts- und Informationspflichten nicht nachgekommen ist.

1.1 Sorgfaltspflichtverletzung

Die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken 2008 (VSB 08) trat am 1. Juli 2008 in Kraft (Art. 14 Abs. 1 VSB 08). Gemäss Art. 15 Abs. 2 VSB 08 ist sie anzuwenden, wenn eine Geschäftsbeziehung nach Inkrafttreten dieser Standesregeln neu aufgenommen wurde. Die Geschäftsbeziehung der Beschwerdeführerin mit der Fortuna LLC wurde am 14. Juni 2010 aufgenommen. Folglich untersteht sie grundsätzlich der VSB 08.

1.1.1 Keine Anwendbarkeit der VSB

Allerdings ist die VSB auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Entgegen der Vorinstanz darf insbesondere nicht davon ausgegangen werden, dass eine Verletzung der VSB eine Sorgfaltspflichtverletzung i.S.v. Art. 398 Abs. 2 OR darstellt.

a. Privatrechtliche Natur

73 Bei der VSB handelt es sich um einen privatrechtlichen Vertrag zwischen der schweizerischen Bankvereinigung (SBVg) und einem Grossteil der Schweizer Banken.⁴⁷ Ein privatrechtlicher Vertrag bindet nur die unterzeichnenden Parteien (*inter partes*) und entfaltet keine Aussenwirkung. Dieser Grundsatz wird in Art. 1 Ziff. 2 lit. c VSB 08 explizit festgehalten: "[Die Standesregeln] können und wollen nicht bestehende Verhältnisse zwischen Bank und Vertragspartner ändern." Die privatrechtliche Natur der VSB ist auch aus dem jederzeitigen Kündigungsrecht gemäss Art. 14 Abs. 2 VSB 08 ersichtlich.

b. Keine Anwendbarkeit

74 Die Privatautonomie der Beschwerdeführerin und der Banken generell wäre in erheblichem Masse verletzt, wenn aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages eine durch den Vertrag nicht verpflichtete Partei Schadenersatzansprüche geltend machen könnte. Die Anwendbarkeit der VSB auf privatrechtliche Verhältnisse ist daher abzulehnen.

⁴⁷ GEIGER, S. 14; BGE 109 Ib 146 E. 3.

75 Die Vorinstanz sieht in der VSB 08 fälschlicherweise einen Massstab für die Sorgfalt der Bank. Unabhängig davon, ob die Beschwerdeführerin die VSB verletzt hat, hat sie den Vertrag 0987 daher nicht gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR verletzt.

1.1.2 Keine Verletzung der VSB

76 Auch wenn das Bundesgericht die VSB als Massstab für Sorgfaltspflichtverletzungen gegenüber Dritten heranziehen sollte, läge entgegen der Beschwerdegegnerin keine Pflichtverletzung seitens der Bank vor. Eine Pflicht der VSB gilt nur dann als verletzt, wenn die Bank von der privatrechtlich konstituierten Aufsichtskommission der SBVg sanktioniert worden ist.

77 Eine Sanktionierung der Beschwerdeführerin durch die Aufsichtskommission ist allerdings unterblieben und angesichts der Verjährungsfrist von 5 Jahren ab Beendigung der Geschäftsbeziehung (31. Dezember 2014) gemäss Art. 11 Abs. 4 VSB 08 auch nicht mehr möglich. Folglich hat die Beschwerdeführerin nicht gegen die VSB verstossen.

1.2 Informationspflichtverletzung

78 Das Bundesgericht versteht die Informationspflichten als Oberbegriff für Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten.⁴⁸ Das Handelsgericht wirft der Beschwerdeführerin eine Verletzung zweier dieser Pflichten in unterschiedlichen Zeitabschnitten vor. Als der Vertrag 0987 noch als Execution Only-Verhältnis zu qualifizieren war, soll die Beschwerdeführerin ihre Warnpflicht missachtet haben. Nach der Umwandlung in den Vermögensverwaltungsvertrag habe sie überdies ihrer Beratungspflicht verletzt. Beide Vertragsverletzungen werden im Folgenden widerlegt.

1.2.1 Warnpflicht (Execution Only-Verhältnis)

79 Im Rahmen eines Execution Only-Verhältnisses hat die Bank gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich keine Beratungspflicht. Ausnahmsweise kann sie aber als Ausfluss der Treuepflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR eine Warnpflicht treffen. Eine solche besteht beispielsweise dann, wenn die Bank bei pflichtgemässer Vorsicht erkennen muss, dass der Kunde eine bestimmte mit der Anlage verbundene Gefahr nicht erkannt hat.⁴⁹

80 Die Verwaltungsvollmacht zum Konto 0987 ist mit Eschers Tod erloschen (siehe Rz. 47ff.). Die Beschwerdegegnerin hatte folglich keine Möglichkeit, das Konto zu verwalten. Überdies wollte sie das gerichtliche Verfahren zur Vollstreckbarerklärung ihres Erbscheines (*resealing*) in den Bahamas nicht durchlaufen, sondern nach einer Alternativlösung suchen. Nach Eschers Tod blieben die Vermögenswerte auf dem Konto 0987 entsprechend für fünf Monate unbeaufsichtigt liegen und eine zeitnahe Verwaltung derselben war nicht absehbar. Die Beschwerdeführerin erkannte darin zurecht

⁴⁸ BGer Urteil 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012 E. 3.2.

⁴⁹ BGE 133 III 97 E. 7.1.2.

die Gefahr einer zeitlich nicht abschätzbaren Verwaltungslücke mit potentiell hohen Kursverlusten. Daher teilte sie der Fortuna LLC am 11. Juli 2013 mit, dass sie in dieser Situation den Abschluss eines Vermögensverwaltungsvertrags als angezeigt erachtet.

81 Damit kam die Beschwerdeführerin ihrer Warnpflicht im Rahmen des Execution Only-Verhältnisses nach und sie hat Art. 398 Abs. 2 OR nicht verletzt. Ihre Warnung war entgegen der Ansicht der Vorinstanz objektiv richtig und pflichtgemäss.

1.2.2 Auskunftspflicht (Vermögensverwaltung)

82 Zwischen der Beschwerdeführerin und der Fortuna LLC wurde infolge der pflichtgemässen Warnung am 11. Juli 2013 ein Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen. Neu wurde der Beschwerdeführerin die Verfügungsmacht über das Konto 0987 eingeräumt und damit das Execution Only-Verhältnis abgelöst.

83 Aus der Treuepflicht im Execution Only-Verhältnis ergibt sich gemäss Art. 398 Abs. 2 OR, dass der Beauftragte den Auftraggeber vor Beginn der Ausführung des Auftrages über die Chancen und Risiken der Auftragsausführung aufklärt. Diese Pflicht gilt uneingeschränkt für den Fall, dass zwischen den Parteien ein Vermögensverwaltungsvertrag besteht, weil der Verwalter die Interessen seines Kunden umfassend wahren muss.⁵⁰ Gemäss Lehre handelt es sich dabei um eine vorvertragliche umfassende Aufklärungspflicht.⁵¹ Zu dieser Pflicht gehört u.a. die Beratungspflicht (inform your customer), welche den Verwalter verpflichtet, den Kunden über alles, was für ihn von Bedeutung ist, zu informieren.⁵²

84 Die Vorinstanz wirft der Beschwerdeführerin vor, die Fortuna LLC pflichtwidrig nicht über den Tod Eschers aufgeklärt zu haben. Dieses Argument überzeugt allerdings nicht, denn die Fortuna LLC konnte aus der Warnung der Beschwerdeführerin in Execution Only-Verhältnis nichts anderes schliessen, als den Tod Eschers. Eine erneute Auskunft über diesen Umstand erübrigte sich damit.

85 Für eine Aufklärungspflicht wird vorausgesetzt, dass die Bank Kenntnis relevanter Tatsachen hat (sog. Wissensvorsprung). Zudem muss ihr bewusst sein, dass diese Tatsachen dem Kunden nicht bekannt und für diesen nicht ohne weiteres selber feststellbar sind (sog. Informationsbedarf).⁵³ Vorliegend wusste die Beschwerdeführerin zwar von der Existenz der Alleinerbin. Der Informationsbedarf konnte und musste ihr jedoch nicht bewusst sein. Folglich entfällt die Aufklärungspflicht hinsichtlich der Alleinerbin.

⁵⁰ BGE 119 II 333 E. 5a.

⁵¹ GUTZWILLER, S. 103.

⁵² BGE 115 II 64 E. 3a.

⁵³ HITZ, S. 94.

2. Gesamtfazit Vermögensverwaltung

86 Die Beschwerdeführerin hat den Vertrag 0987 nicht verletzt, indem sie den Vermögensverwaltungsvertrag mit der Fortuna LLC abgeschlossen hat. Es besteht kein Schadenersatzanspruch der Beschwerdegegnerin. Das Urteil des Handelsgerichts ist zu bestätigen.

D. Schadenersatz für Rechtsverfolgungskosten (USD 24'000)

87 Die Beschwerdeführerin verweigerte rechtmässig die Auskunft über die Konten 0123 und 0987 und riet der Beschwerdegegnerin, die gewünschten Auskünfte über das ordentliche *resealing* zu erlangen. Entgegen diesem Rat mandatierte die Beschwerdegegnerin eine Kanzlei mit der Suche nach Alternativen zum *resealing* Verfahren. Die Kanzlei arbeitete daraufhin im Auftrag der Beschwerdegegnerin einen Haftungsausschluss (*waiver*) der Henschman Ltd. aus. Im Anschluss an die Unterzeichnung des *waivers* wies die Henschman Ltd. die Beschwerdeführerin an, sämtliche Auskünfte über das Konto 0987 zu erteilen. Für diese Arbeitsleistung verrechnete die Kanzlei in Nassau USD 24'000. Das Handelsgericht Zürich qualifizierte dieses Honorar als notwendige Rechtsverfolgungskosten und sprach es als Schadenersatz der Beschwerdegegnerin zu. Es handelt sich jedoch nicht um ersetzbaren Schaden, weshalb das Handelsgericht auch in diesem Punkt Bundesrecht verletzt.

1. Ersetzbarkeit von Rechtsverfolgungskosten

88 Vorprozessuale Kosten sind von Prozesskosten zu unterscheiden. Während Prozesskosten problemlos gemäss Art. 95 Abs. 3 ZPO zurückgefordert werden können, ist eine Rückforderung von vorprozessualen Kosten nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur als Bestandteil des Schadens möglich.⁵⁴ Sie müssen nützlich⁵⁵ und angemessen⁵⁶ sein.

1.1 Nützlichkeit

89 Die Nützlichkeit ist zu verneinen, wenn die getroffenen Vorkehrungen nicht im Zusammenhang mit der Durchsetzung der Schadenersatzpflicht standen.⁵⁷

90 Der Beschwerdegegnerin stand offen, das *resealing* Verfahren zu durchlaufen. Dies hätte dazu geführt, dass sie gegenüber der Henschman Ltd. als Erbin legitimiert gewesen wäre, was wiederum eine Auskunft über das Konto 0987 erlaubt hätte. Sie zog es allerdings vor, nach einer Alternativlösung zu suchen, um sich der Gefahr eines Verfahrens wegen Steuerhinterziehung zu entziehen. Die darauffolgende Ausarbeitung des *waivers* bewahrten sie vor einem ungünstigeren Ausgang im Steuerverfahren. Auch wenn das Vorgehen der Beschwerdegegnerin nachvollziehbar ist, können die

⁵⁴ BGE 117 II 394 S. 397

⁵⁵ BGer Urteil 4A_127/2011 vom 12. Juli 2011 E. 12.4.

⁵⁶ JENNY/TUOR, S. 250; Urteil 4A_127/2011 vom 12. Juli 2011 E. 12.4.

⁵⁷ BGer Urteil 4A_127/2011 vom 12. Juli 2011 E. 12.4

damit verbundenen Kosten nicht der Beschwerdeführerin auferlegt werden. Die Beschwerdeführerin hat Escher vor Errichtung der Fortuna LLC umfassend über die Möglichkeit aufgeklärt, die Beschwerdegegnerin als wirtschaftlich Berechtigte zu benennen. Erst der ablehnende Entscheid Eschers brachte die Beschwerdegegnerin in die missliche Lage, welche einen *waiver* aus steuerrechtlicher Sicht unumgänglich machte.

- 91 Es ist offenkundig, dass die Ausarbeitung des *waivers* nicht im Zusammenhang mit der Durchsetzung eines Schadenersatzanspruchs stand, sondern vielmehr dazu diente, sich steuerlichen Konsequenzen zu entziehen. Mangels Nützlichkeit können die USD 24'000 nicht auf die Beschwerdeführerin abgewälzt werden.

1.2 Angemessenheit

- 92 Die Angemessenheit bemisst sich am gebotenen Aufwand, der ein fachlich ausgewiesener, gewissenhafter Anwalt unter Berücksichtigung der Schwierigkeit der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse und des Aktenumfangs für die korrekte Erledigung des Auftrags benötigt.⁵⁸ Der Aufwand muss klar substantiiert werden.⁵⁹

- 93 Im vorliegenden Fall hat die Kanzlei in Nassau für den *waiver* von 56 Worten USD 24 000 verrechnet, also über 428 Dollar pro Wort. Dies erstaunt, denn das Dokument verlangte von keiner Partei, ihre Wunschposition aufzugeben und der Wortlaut ist weder individuell noch einzelfallbezogen. Der *waiver* beinhaltet einen Standardwortlaut ohne Kompromisscharakter. Mehrere Verhandlungsrunden waren somit obsolet und die Kosten stehen in einem krassen Missverhältnis zum Resultat.

- 94 Im Unterschied zur Schweizerischen Kanzlei, welche vom Gericht CHF 12'000 zugesprochen bekam, musste die Kanzlei in Nassau keine Rechtsschrift verfassen und sie vertrat die Beschwerdegegnerin nie in einem gerichtlichen Verfahren. Die Unangemessenheit des Honorars in der Höhe von USD 24'000 wird damit noch augenscheinlicher.

- 95 Es ist klar unangemessen, so hohe Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

2. Gesamtfazit Rechtsverfolgungskosten

- 96 Die Voraussetzungen für die Geltendmachung der vorprozessualen Rechtsverfolgungskosten sind nicht gegeben. Das Urteil des Handelsgerichts ist aufzuheben.

⁵⁸ WEBER, S. 9.

⁵⁹ BORLE, S. 3.

E. Kosten und Entschädigungsfolgen

- 97 Gemäss Art. 66 BGG werden die Gerichtskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Auch die Parteientschädigung muss in der Regel gemäss Art. 68 Abs. 2 BGG von der unterliegenden Partei nach Massgabe des Tarifs des Bundesgerichts entrichtet werden. Die Kosten des vorangegangenen Verfahrens und die Regelung der Parteientschädigung vor der Vorinstanz kann das Bundesgericht gemäss Art. 67 und 68 Abs. 5 BGG anders verteilen bzw. regeln, wenn der angefochtene Entscheid geändert wird.
- 98 Wenn das Bundesgericht den Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin folgen sollte, sind die Gerichtsgebühren des Bundesgerichts von der Beschwerdegegnerin zu tragen und sie ist zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen. Auch ist die Regelung der Gerichtskosten und der Parteientschädigung (CHF 12'000) vor Handelsgericht entsprechend im Sinne der Beschwerdeführerin abzuändern.
- 99 Aus den oben erwähnten Gründen ersuchen die Unterzeichnenden höflich, die eingangs gestellten Rechtsbegehren gutzuheissen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Team 1786

LITERATURVERZEICHNIS

- ARPAGAU RETO/STADLER RALPH/WERLEN THOMAS, Das Schweizerische Bankgeschäft, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021 (zit.: ARPAGAU/STADLER/WERLEN, Rn. __.)
- BORLE MARKUS, Vorprozessuale Anwaltskosten – es führt kein Weg an der Substantiierung vorbei, in: HAVE 2012 (zit. BORLE, S. __.)
- CAPITAINE GEORGES, Le secret professionnel du banquier en drit suisse et en droit comparé, Diss. Genf 1936 (zit. CAPITAINE, S. __.)
- DE CAPITANI WERNER, Die Auskunftspflicht der Bank gegenüber Erben, SJZ 62 (zit. DE CAPITANI, S. __.)
- ERB FELIX, Die Bankvollmacht, Diss. Zürich 1974 (zit. ERB, S. __.)
- GEIGER CLAUDIA, Der wirtschaftlich Berechtigte im Sinne der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB), Diss. Bern 2006 (zit. GEIGER, S. __.)
- GEISER PETER/WOLF STEFAN (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2019, (zit. BSK ZGB II-BEARBEITERIN, Art. _ N __.)
- GUTZWILLER CHRISTOPH, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. GUTZWILLER, S. __.)
- HAMM MICHAEL/BRUSA YARA, Auskunftsrechte von Erben wirtschaftlich Berechtigter gegenüber Schweizer Banken?, ... (zit. HAMM/BRUSA, S. __.)
- HITZ TAMARA, Banken im Spannungsfeld zwischen Informationen sammeln, vermitteln und weitergeben, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. HITZ, S. __.)
- JANN ADOLF, Der Umfang und die Grenzen des Bankgeheimnisses nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1938 (zit. JANN, S. __.)
- JENNY AURELIA/TUOR NATHALIE, Ausserprozessuale Anwaltskosten – ein Schaden kommt selten allein, Anwaltsrevue 2022 S. 249 ff. (zit. JENNY/TUOR, S. __.)
- KOHLER EVA, MüKoStGB, 3. Aufl., München 2019, Kommentar zu § 371 AO Rn. 1-388 (MüKoStGB-KOHLER, §371 AO Rn. __.)
- KRAUSKOPF PATRICK, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Freiburg 2000 (zit. KRAUSKOPF, Rn. __.)
- LOMBARDINI CARLO, Droit bancaire suisse, 2. Aufl., Genf 2008 (zit. LOMBARDINI, S. __.)
- LUTERBACHER THIERRY, Die Schadensminderungspflicht, Diss. Zürich 2005 (LUTERBACHER, S. __.)
- MATTHÄUS CLAUDIA, Schadensminderungspflichten im Haftpflicht- und Sozialrecht Deutschlands, Österreichs und der Schweiz, Baden 2008 (zit. MATTHÄUS, S. __.)
- PALANDT OTTO (Begr.), Beck'sche Kurz-Kommentare 7, 71. Aufl., München 2012 (zit. Beck'sche KuKo-BEARBEITERIN, Art. _ N __.)
- SCHAEFER ALFRED, Das Bankgeheimnis, SJZ 49 (zit. SCHAEFER, S. __.)
- THALMESSINGER CHARLOTTE, Beiträge zur Lehre von der Vollmacht, Diss. Zürich 1931 (zit. THALMESSINGER, S. __.)
- WEBER STEPHAN, Ungereimtheiten und offene Fragen beim Ersatz von Anwaltskosten, in: Schweizerische Versicherungszeitschrift (SVZ) 61 (1993) S. 2 ff. (zit. WEBER, S. __.)

WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht (Art. 1 - 529 OR), 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I-BEARBEITERIN, Art. _ N _.)

WOLF STEFAN, in: EMMENEGGER SUSAN, HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, KRAUSKOPF FRÉDÉRIC (Hrsg.), Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018 (zit. WOLF, S. _.)

WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO in: WOLF STEPHAN (Hrsg.), Schweizerisches Aktienrecht IV/1, Erbrecht, Band 1, Basel 2012 (zit. WOLF/GENNA, S. _.)

ZÄCH ROGER/KÜNZLER ADRIAN, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 32-40 OR Stellvertretung, Bern 2014 (zit. BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. _ N _.)

VOLLMACHT

Die **Turicum Bank AG** (Adresse, Sitz)

nachstehend **Vollmachtgeberin** genannt, bevollmächtigt unter Einräumung des Substitutionsrechts die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte

des **Team 1786** (Adresse, Sitz)

nachstehend **Bevollmächtigte** genannt,

zur Vertretung in Sachen Forderungsprozess gegen Frau Tina Tanner (Adresse, Wohnort).

Die Bevollmächtigten werden ermächtigt, die Vollmachtgeberin in dieser Sache zu vertreten und alle dazu erforderlichen Vorkehren in seinem Namen zu treffen. Sie werden insbesondere bevollmächtigt, einen Prozess anzuheben, einen Vergleich oder eine Schiedsabrede abzuschliessen und einen Verzicht oder den Abstand zu erklären. Die Bevollmächtigten wahren die Interessen der Vollmachtgeberin nach Recht und Billigkeit und besorgen das ihnen Anvertraute gewissenhaft; gleichzeitig verpflichten sie sich zu Treue und Verschwiegenheit.

Die Vollmachtgeberin verpflichtet sich zur Bezahlung des Honorars und der Auslagen der Bevollmächtigten nach Massgabe der Bestimmungen des Kantonalen Anwaltsgesetzes und der Parteikostenverordnung. Eine besondere Honorarvereinbarung bleibt vorbehalten. Die Vollmachtgeberin verpflichtet sich, die Bevollmächtigten auf deren Verlangen einen angemessenen Vorschuss zu leisten und diesen nötigenfalls zu ergänzen.

Alle Streitigkeiten zwischen der Vollmachtgeberin und den Bevollmächtigten sind, mit Ausnahme der gesetzlich zwingenden Gerichtsstände, am Geschäftssitz der Bevollmächtigten zu entscheiden.

Ein gleichlautendes Doppel dieser Vollmacht steht zur Verfügung der Vollmachtgeberin. Die Vollmacht ist jederzeit widerrufbar.

Die Bevollmächtigten



Team 1786

Die Vollmachtgeberin



Turicum Bank AG

Generalvollmacht

Hiermit erteile ich,

Emil Escher, geb. 1923, von Zürich ZH, wohnhaft in DE-10115 Berlin

Vollmacht an

Tina Tanner, geb. 1958, von Zürich ZH, wohnhaft in 8000 Zürich

um mich in all meinen Angelegenheiten in rechtlich zulässiger Weise zu vertreten.

1. Umfang der Vollmacht

Diese Vollmacht umfasst alle Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, die ich auch selbst vornehmen könnte, soweit dies gesetzlich zulässig ist.

2. Rechte und Pflichten

Der Vollmachtgeber anerkennt alle, gestützt auf diese Vollmacht vorgenommenen Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte der Bevollmächtigten als verbindlich. Er ist zum Ersatz der daraus entstehenden Kosten verpflichtet (Art. 32 Abs. 1 OR).

Die Bevollmächtigte besorgt das Rechtsgeschäft nach bestem Wissen und Gewissen. Sie ist zu Treue und Verschwiegenheit verpflichtet.

3. Erlöschen der Vollmacht

Diese Generalvollmacht ist jederzeit widerrufbar. Die Vollmacht bleibt nach dem Tod bzw. der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers uneingeschränkt in Kraft.

4. Gerichtsstand und anwendbares Recht

Schweizer Recht ist anwendbar.

Ort, Datum

10. Juli 2000

Unterschrift Vollmachtgeber

Emil Escher

Verwaltungsvollmacht

Hiermit erteilt die,

Fortuna LLC, mit Sitz im Commonwealth der Bahamas

die vorliegende Vollmacht an

Emil Escher, geb. 1923, von Zürich ZH, wohnhaft in DE-10115 Berlin

um mich im Rahmen der Vollmacht in rechtlich zulässiger Weise zu vertreten.

1. Umfang der Vollmacht

Die Vollmacht umfasst jegliche Verwaltungs- und Verfügungshandlungen über das Vermögen auf dem Konto 0987.

2. Rechte und Pflichten

Der Vollmachtgeber anerkennt alle, gestützt auf diese Vollmacht vorgenommenen Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte der Bevollmächtigten als verbindlich. Er ist zum Ersatz der daraus entstehenden Kosten verpflichtet (Art. 32 Abs. 1 OR).

Die Bevollmächtigte besorgt das Rechtsgeschäft nach bestem Wissen und Gewissen. Sie ist zu Treue und Verschwiegenheit verpflichtet.

3. Erlöschen der Vollmacht

Diese Verwaltungsvollmacht ist jederzeit widerrufbar. Die Vollmacht bleibt nach dem Tod bzw. der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers uneingeschränkt in Kraft.

4. Gerichtsstand und anwendbares Recht

Schweizer Recht ist anwendbar.

Ort, Datum

14. Juni 2010

Unterschrift Vollmachtgeberin

xyz

BEILAGE 4

A Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten

Konto-/Depot-Nr.:

0123

Vertragspartner:

Fortuna LLC, Bahamas

Allfällige Rubrik:

Entsprechend Artikel 3 Absatz 1 der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltpflicht der Banken (VSB 08) erklärt der Vertragspartner hiermit, dass die nachfolgend aufgeführte(n) Person(en) an den unter der oben erwähnten Beziehung verbuchten Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt ist/sind. Ist der Vertragspartner selbst an diesen Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt, so sind nachstehend seine Personalien festzuhalten:

Vorname(n), Name(n)/Firma:

Emil Escher

Geburtsdatum:

xx.xx.1923

Nationalität:

Schweiz (CH)

Effektive Wohnsitzadresse/Sitzadresse (inkl. Land):

Berlin, Deutschland

Der Vertragspartner verpflichtet sich, der Bank Änderungen jeweils unaufgefordert mitzuteilen.

Datum:

14. Juni 2010

Unterschrift(en):

xyz

Die vorsätzliche Angabe falscher Informationen in diesem Formular ist eine strafbare Handlung (Urkundenfälschung gemäss Artikel 251 des Schweizerischen Strafbuchgesetzbuchs).