



Die Banken und das Erwachsenenenschutzrecht

GEORG ZONDLER



PATRICK NÄF

Am 1. Januar 2013 ist das neue Erwachsenenenschutzrecht (Revision des Vormundschaftsrechts des ZGB) in Kraft getreten. Davon sind unter anderem auch Banken (und andere beaufsichtigte Institutionen wie die Postfinance und Versicherungsgesellschaften) betroffen, vor allem durch die mit der Revision eingeführten Auskunftspflicht- und Meldepflichten gegenüber der Kindes- und Erwachsenenenschutzbehörde («KESB»). Von Interesse sind insbesondere die Auskunftspflicht Dritter nach Art. 448 ZGB, die Meldepflicht des Beauftragten gemäss Art. 397a OR sowie die gemäss Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft («VBVV») vorgesehene Auskunftspflicht- und Dokumentationspflichten. Im Folgenden soll das Verhältnis dieser Pflichten zum Bankgeheimnis gemäss Art. 47 Bankengesetz («BankG») behandelt werden.

Le nouveau droit de la protection de l'adulte (révision du droit de la tutelle du CC) est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013. Cette révision touche notamment les banques (et d'autres institutions soumises à la surveillance telles que Postfinance et les compagnies d'assurance), surtout par l'introduction d'obligations de renseigner et d'informer les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte («APEA»). L'obligation de renseigner incombant aux tiers en vertu de l'art. 448 CC, le devoir d'information du mandataire selon l'art. 397a CO ainsi que le devoir d'information et l'obligation de documenter prévus par l'ordonnance sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle («OGPCT») revêtent un intérêt tout particulier. L'article qui suit examine la relation entre ces devoirs et le secret bancaire selon l'art. 47 de la loi sur les banques («LB»).

Inhaltsübersicht

- I. Grundlagen: Das Bankgeheimnis
- II. Mitwirkungspflicht Dritter gemäss Art. 448 ZGB
 - A. Verfahren vor der KESB
 - B. Adressatenkreis von Art. 448 ZGB
 - C. Umfang und Durchsetzung der Mitwirkungspflicht
 - D. Exkurs: Melderecht nach Art. 443 Abs. 1 ZGB
- III. Weitere Pflichten Dritter
 - A. Art. 392 ZGB
 - B. Exkurs: Bankmitarbeiter als Beistand?
- IV. Meldepflicht des Beauftragten gemäss Art. 397a OR
 - A. Vorbemerkung
 - B. Adressatenkreis
 - C. Voraussetzungen der Meldepflicht
 - D. Verhältnis zum Bankgeheimnis
 - E. Mögliche Folgen der Verletzung der Meldepflicht
- V. Auskunftspflicht- und Dokumentationspflichten gemäss VBVV

I. Grundlagen: Das Bankgeheimnis

Das Bankgeheimnis schützt das Geheimhaltungsinteresse des Bankkunden in Bezug auf die Geschäftsbeziehung mit der Bank. Korrekterweise ist es somit als Bankkundengeheimnis zu bezeichnen, da es «um die Geheimhaltungspflichten der Banken und ihrer Mitarbeiter bezüglich der geschäftlichen Beziehungen zu ihren Kunden und deren vermögensrechtlichen und privaten Verhält-

nisse geht»¹. Die Bank sowie ihre Mitarbeiter sind unter Straffolge dazu verpflichtet, dieses Berufsgeheimnis zu wahren (Art. 47 BankG). Diese Pflicht gilt jedoch nicht uneingeschränkt, wie bereits ein Blick in das Gesetz zeigt, welches nebst anderen Ausnahmen insbesondere auch die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde vorbehält (Art. 47 Abs. 5 BankG). Vorbehalten sind jedoch nicht nur die explizit erwähnten Pflichten, sondern auch die gesetzlich vorgesehenen Meldepflichten².

Indem der Gesetzgeber den Vorbehalt gesetzlicher Meldepflichten statuiert hat, hat er gleichzeitig auch den Interessenkonflikt zwischen Bankgeheimnis und Offenbarungspflicht zugunsten letzterer gelöst³. Mithin geht somit eine auf gesetzlicher Basis beruhende Auskunftspflicht oder Meldepflicht dem Bankgeheimnis vor und verpflichtet die Bank ohne weiteres zur Erteilung der geforderten Auskünfte oder Abgabe der erforderlichen Meldungen. Je nach Art und Umfang der von der Bank bzw. ihren Mitarbeitern angeforderten Informationen kann jedoch eine Interessenabwägung zwischen Auskunftsrecht der Behör-

GEORG ZONDLER, lic. iur., Rechtsanwalt, Wenger & Vieli AG, Zürich.
PATRICK NÄF, lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Wenger & Vieli AG, Zürich.

¹ Vgl. (statt vieler) URS EMCH/HUGO RENZ/RETO ARPAGAUS, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. A., Zürich 2011, Rz. 456.

² GÜNTER STRATENWERTH, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler (Hrsg.), Basler Kommentar, Bankengesetz, Basel 2005, Art. 47 N 31, der namentlich auf die Meldepflicht gemäss Art. 9 GWG verweist.

³ BSK-STRATENWERTH (FN 2), Art. 47 N 29.

de und Bankgeheimnis der betroffenen Person angezeigt sein, worauf nachfolgend einzugehen sein wird.

II. Mitwirkungspflicht Dritter gemäss Art. 448 ZGB

A. Verfahren vor der KESB

Gemäss Botschaft zum Erwachsenenschutzrecht vom 28. Juni 2006 («Botschaft») enthält der zweite Abschnitt «Verfahren» (Art. 443 ff. ZGB) wesentliche Verfahrensgrundsätze für den Kindes- und Erwachsenenschutz⁴. Art. 443 ff. ZGB sehen insbesondere die Kompetenz der KESB zur Anordnung von Massnahmen, auch solche provisorischer oder superprovisorischer Natur, vor. Naturgemäss geht es hier um Sachverhalte, bei denen (noch) kein Beistand bestellt bzw. dieser allenfalls abuberufen ist. Ist ein solcher im Amt, wird sich die Tätigkeit der KESB in der Regel auf die Aufsicht über den Beistand beschränken, in deren Rahmen sie z.B. auch die Bankunterlagen im Besitz des Beistandes konsultieren kann⁵. Eine direkte Anfrage durch die KESB an eine Bank ist insbesondere bei der Abklärung einer allfälligen Massnahme des Erwachsenenschutzrechts denkbar. Gemäss Art. 448 Abs. 1 ZGB sind Drittpersonen zur Mitwirkung bei der Abklärung des Sachverhalts verpflichtet. Die KESB trifft die zur Wahrung schutzwürdiger Interessen erforderlichen Anordnungen. Nötigenfalls ordnet sie die zwangsweise Durchsetzung der Mitwirkungspflicht an.

B. Adressatenkreis von Art. 448 ZGB

Dritter ist jede Person, der nicht die Stellung eines Verfahrensbeteiligten zukommt⁶. In aller Regel ist eine Bank oder eine andere Person, die mit der Verwahrung und/oder der Verwaltung des Vermögens einer schutzbedürftigen Person befasst ist, als Drittperson im Sinne von Art. 448 ZGB zu betrachten.

Art. 448 Abs. 3. ZGB führt jene Berufsgruppen auf, deren Mitglieder unter keinen Umständen zur Mitwirkung verpflichtet sind⁷. Gemäss Literatur ist diese Auf-

zählung abschliessend⁸. Laut Botschaft hat eine generell-abstrakt vorgenommene Rechtsgüterabwägung ergeben, dass grundsätzlich eine Befreiung von der Mitwirkungspflicht gerechtfertigt erscheint⁹. Das bedeutet, dass die dort genannten Personen stets die Mitwirkung verweigern können. Eine Mitwirkung bleibt aber gleichwohl möglich. Mit Verweis auf Art. 321 Ziffer 2 StGB halten CHRISTOPH AUER/MICHÈLE MARTI dafür, dass eine Mitwirkung trotzdem zulässig sei, sofern sich der Träger des Berufsgeheimnisses vom Auftraggeber oder von einer allfälligen Aufsichtsbehörde von der Geheimhaltungspflicht entbinden lasse¹⁰.

Mit Blick auf die Literatur und mangels anderslautender Hinweise in den Gesetzesmaterialien ist davon auszugehen, dass Banken nicht unter den abschliessenden Personenkreis von Art. 448. Abs. 3 ZGB fallen. Eine Bank kann sich also nicht grundsätzlich unter Verweis auf das Bankgeheimnis von der Mitwirkungspflicht befreien¹¹. Dies deckt sich mit der einleitend getroffenen Feststellung, dass Art. 47 Abs. 5 BankG die gesetzlichen Zeugnis- und Auskunftspflichten vorbehält.

C. Umfang und Durchsetzung der Mitwirkungspflicht

Die Konkretisierung der Mitwirkungspflicht muss verhältnismässig sein¹². Dies ergibt sich auch aus dem Wortlaut, wonach «die zur Wahrung schutzwürdiger Interessen erforderlichen Anordnungen» zu treffen sind¹³. Damit ist bereits die anfragende KESB gehalten, das konkrete Informationsbedürfnis einer Verhältnismässigkeitsprüfung zu unterziehen und die Anfrage auf das Notwendige zu beschränken¹⁴. Zu beachten ist, dass es in diesem Stadium

⁴ Botschaft des Bundesrates vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7022.

⁵ Vgl. BEAT KLEINER/RENATE SCHWOB/CHRISTOPH WINZELER, in: Daniel Bodmer/Beat Kleiner/Benno Lutz/Dieter Zobl et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 17. A., Zürich 2006, Art. 47 N 76.

⁶ CHRISTOPH AUER/MICHÈLE MARTI, in: Thomas Geiser/Ruth Reusser (Hrsg.), Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, Basel 2012, Art. 448 N 2.

⁷ BSK-AUER/MARTI (FN 6), Art. 448 N 36.

⁸ BSK-AUER/MARTI (FN 6), Art. 443 N 36; DANIEL STECK, in: Andrea Büchler/Christoph Häfeli/Audrey Leuba/Martin Stettler (Hrsg.), Kommentare zum Familienrecht (FamKomm), Erwachsenenschutzrecht, Bern 2013, Art. 448 N 39.

⁹ Botschaft (FN 4), 7080; differenzierend HERMANN SCHMID, Kommentar Erwachsenenschutz, Zürich 2010, Art. 448 N 8, wonach zwar der Kreis der Personen abschliessend, die Befreiung von der Mitwirkungspflicht jedoch nur eine grundsätzliche sei.

¹⁰ BSK-AUER/MARTI (FN 6), Art. 448 N 38; siehe auch STECK (FN 8), Art. 448 N 40, welcher festhält, dass die Mitwirkung u.U. auch im Interesse der betroffenen Person sein kann.

¹¹ So auch THOMAS GEISER, Behördenzusammenarbeit im Erwachsenenschutz, in: AJP/PJA 2012, 1693.

¹² DANIEL ROSCH, Melderechte, Melde- und Mitwirkungspflichten, in: FamPra 2012, 1020, 1044.

¹³ BSK-AUER/MARTI (FN 6), Art. 448 N 12 ff., mit Verweis auf den allgemeinen Verhältnismässigkeitsgrundsatz; siehe auch ebendort N 17.

¹⁴ Botschaft (FN 4), 7080.

bloss um die Prüfung geht, ob behördliche Massnahmen anzuordnen sind. Es kann noch nicht um eine detaillierte Information über die Vermögenswerte einer betroffenen Person gehen. Angaben über die Vermögensverhältnisse können aber durchaus Teil des zu erforschenden Sachverhalts sein.

Das ZGB lässt offen, in welcher Form solche Anordnungen zu erfolgen haben. Denkbar sind Einladung zu einer Instruktionsverhandlung, Vorladung als Zeugen, Aufforderung der betroffenen Person zur Einreichung von Dokumenten¹⁵. Insbesondere bei Bankbeziehungen dürfte die Herausgabe von Dokumenten im Vordergrund stehen, denkbar sind aber auch Anfragen zum Inhalt der Kontakte zwischen schutzbedürftiger Person und Bankmitarbeitern. Die KESB hat laut CHRISTOPH AUER/MICHÈLE MARTI die Möglichkeit, die Mitwirkungsanordnung – z.B. die Einforderung bestimmter Dokumente – in einer selbständigen Zwischenverfügung zu eröffnen, sofern absehbar oder zumindest nicht ausgeschlossen ist, dass die Person, welche zur Mitwirkung angehalten werden soll, nicht kooperieren will. Ebenso hat die nicht kooperationswillige Person die Möglichkeit, eine solche Verfügung zu verlangen. In diesen Fällen legt das jeweils anwendbare Verfahrensrecht fest, ob die selbständig eröffnete Zwischenverfügung angefochten werden kann (Art. 450f ZGB). In der Verwaltungsrechtspflege ist hierfür i.d.R. ein nicht wiedergutzumachender Nachteil erforderlich. Sofern die Zivilprozessordnung anwendbar ist, muss dieser Nachteil nicht leicht wiedergutzumachend sein¹⁶. BEAT KLEINER/RENATE SCHWOB/CHRISTOPH WINZELER gehen davon aus, dass die KESB ihre Anordnungen in der Form einer anfechtbaren Verfügung zu treffen hat¹⁷. Damit wird – angesichts einer möglichen Verletzung des Bankgeheimnisses u.E. zu Recht – wohl auch unterstellt, dass der Bank ein rechtlich relevanter Nachteil drohen könnte.

Gemäss Art. 448 Abs. 1 ZGB kann die KESB die Mitwirkung Dritter auch zwangsweise durchsetzen. Soweit die Kantone keine spezifischen Regeln erlassen, geschieht dies sinngemäss nach den Vollstreckungsvorschriften der Zivilprozessordnung¹⁸. Art 165 ff. ZPO regelt die Verweigerungsrechte Dritter. Art. 166 Abs. 1 ZPO nennt die Voraussetzungen, unter denen Drittpersonen die Mitwirkung verweigern können. Personen, welche unter das Bankgeheimnis nach Art. 47 BankG fallen, sind dort nicht erwähnt. Gemäss Art. 166 Abs. 2 ZPO können Träger an-

derer gesetzlich geschützter Geheimnisse die Mitwirkung jedoch verweigern, wenn sie glaubhaft machen, dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Dieser Auffangtatbestand ist auf Träger des Bankgeheimnisses anwendbar¹⁹. Das Prozessrecht erlaubt es somit, im Einzelfall eine Interessenabwägung vorzunehmen. Angesichts der gesetzlich geregelten Mitwirkungspflicht dürfte es hier aber im Normalfall nur um die Frage gehen, welche Informationen die Bank offenzulegen hat, und nicht darum, ob sie diese gänzlich verweigern darf. Letzteres kommt wohl nur in Frage, wenn sie konkrete Anhaltspunkte dafür hat, dass das Vorgehen der KESB klar unverhältnismässig und somit vom Gesetz nicht gedeckt ist.

Im Regelfall dürfte das Interesse der KESB an der Auskunft dem Geheimhaltungsinteresse der betroffenen Person vorgehen. Da der Bank jedoch im Rahmen bzw. in analoger Anwendung von Art. 166 Abs. 2 ZPO ein gewisses Recht zur Verweigerung von Auskünften zustehen kann, ist sie gehalten, dies im Einzelfall zu prüfen und die Informationsanfrage einer Interessenabwägung zu unterziehen²⁰. Hierfür benötigt die Bank zumindest minimale Angaben der KESB zum Hintergrund der Angelegenheit der an sie gerichteten Anfrage. Sofern die Bank selber bereits einschlägige Erfahrungen mit der betroffenen Person gemacht hat, welche auf ein Schutzbedürfnis hinweisen, fällt die Güterabwägung zugunsten der Offenlegung und zugunsten von Massnahmen zum Schutz der betroffenen Person aus. In diesem Fall ist eine Mitwirkung unproblematisch und die Interessenabwägung von geringerem Gewicht (vgl. auch hinten die Ausführungen zur Meldepflicht nach Art. 397a OR, Ziff. V).

Sofern die Bank im Zusammenhang mit einem bis dahin unauffälligen Kunden eine Anfrage ohne Nennung konkreter Anhaltspunkte für eine Schutzbedürftigkeit erhält, ist sie somit gehalten, weitere Informationen zu verlangen, damit sie die Rechtmässigkeit der Informationsherausgabe prüfen kann, oder aber dem Kunden Gelegenheit zu geben, Beschwerde gegen die Informationsherausgabe einzulegen. Es ist nämlich durchaus denkbar, dass der betroffene Bankkunde mit einer unberechtigten Meldung bei der KESB konfrontiert ist. Sofern der Bankkunde mit der Herausgabe seiner Bankdaten nicht einverstanden ist, ist es ihm auch zuzumuten, eine Beschwer-

¹⁵ BSK-AUER/MARTI (FN 6), Art. 448 N 10.

¹⁶ BSK-AUER/MARTI (FN 6), Art. 448 N 11.

¹⁷ KLEINER/SCHWOB/WINZELER (FN 5), Art. 47 N 76.

¹⁸ Botschaft (FN 4), 7080 mit Verweis Art. 450f ZGB, BSK-AUER/MARTI (FN 6), Art. 448 N 18.

¹⁹ ERNST SCHMID, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 166 N 16.

²⁰ Vgl. auch KLEINER/SCHWOB/WINZELER (FN 5), Art. 47 N 76, die das Risiko der Verletzung des Bankgeheimnisses erwähnen.

de gegen die Anordnungen der KESB einzulegen²¹. Das Einholen von Bankinformationen durch die KESB stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechte des betroffenen Bankkunden dar. Diesem muss daher Gelegenheit gegeben werden (oder zuvor bereits gegeben worden sein), sich dagegen zur Wehr zu setzen. Mit anderen Worten hat die Aufforderung an die Bank rechtskräftig oder zumindest vollstreckbar zu sein. Sofern die Aufforderung in einem einfachen Schreiben erfolgt, ist die Bank berechtigt, eine selbstständige Zwischenverfügung zu verlangen. Ob diese anfechtbar ist, hängt vom jeweils anwendbaren Verfahrensrecht ab.

Es ergibt sich somit, dass bei Vorliegen einer verhältnismässigen Anfrage der KESB, plausibler Anhaltspunkte, welche für die Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person sprechen, und in Abwesenheit besonderer Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Person die Bank in aller Regel sowohl berechtigt als auch verpflichtet ist, der Auskunftspflicht gemäss Art. 448 Abs. 1 ZGB nachzukommen. Sie ist jedoch stets berechtigt, eine anfechtbare Verfügung der KESB zu verlangen.

D. Exkurs: Melderecht nach Art. 443 Abs. 1 ZGB

Gemäss Art. 443 Abs. 1 ZGB ist jede Person dazu befugt, der KESB Meldung zu erstatten, wenn eine Person hilfsbedürftig erscheint. Laut dem zweiten Satz sind hierbei die Vorschriften über das Berufsgeheimnis vorbehalten. Ob die Verwendung des Begriffs «Berufsgeheimnis» lediglich den Kreis von Personen beinhaltet, welcher gemäss Art. 321 StGB unter Straffolge zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, kann aufgrund der Materialien und Literatur nicht eindeutig beantwortet werden. Die Erläuterungen in der Botschaft zu diesem Artikel verweisen lediglich auf die in Art. 321 StGB genannten Personen²². Gemäss CHRISTOPH AUER/MICHÈLE MARTI ist dieser Personenkreis nur «in erster Linie» angesprochen. Vorbehalten seien auch solche Vorschriften des öffentlichen oder privaten Rechts, die zwar eine Verschwiegenheitspflicht für Angehörige bestimmter Berufe vorschreiben, bei denen eine Verletzung des Schweigegebots aber nicht den Tatbestand von Art. 321 StGB erfüllt²³.

Da Art. 443 Abs. 1 ZGB bloss ein Melderecht statuiert, ist im Hinblick auf das Berufsgeheimnis ein sehr

zurückhaltender Umgang mit diesem Recht angezeigt. U.E. sollte eine Bank vom Melderecht nur Gebrauch machen, wenn zugleich auch die Voraussetzungen vorliegen, welche eine Meldepflicht gemäss Art. 397a OR begründen würden (vgl. dazu Ziff. V).

III. Weitere Pflichten Dritter

A. Art. 392 ZGB

Auch ausserhalb der Norm von Art. 448 ZGB bzw. von Verfahren nach Art. 443 ff. ZGB sind Auswirkungen des Erwachsenenschutzrechts auf Banken denkbar. Dies vor allem nach Massgabe von Art. 392 ZGB, wenn sich die Errichtung einer Beistandschaft als offensichtlich unverhältnismässig erweisen sollte. Die KESB ist in solchen Fällen befugt, u.a. eine geeignete Person oder Stelle zu bezeichnen, der für bestimmte Bereiche Einblick und Auskunft zu geben sind (Art. 392 Ziff. 3 ZGB). Dies kann möglicherweise auch eine Bankbeziehung der betroffenen Person erfassen. Im Anwendungsbereich dieser Norm wird die KESB aber in aller Regel bereits ein Verfahren durchgeführt haben, in dessen Rahmen sie Auskünfte von der Bank einholen konnte. Es besteht somit kaum mehr ein Bedürfnis, dass die KESB erneut Informationen der Bank anfordert. Dies ist auch im Gesetzestext nicht vorgesehen, der wie erwähnt bloss die Ermächtigung einer geeigneten Person oder Stelle vorsieht, für bestimmte Bereiche, wie z.B. eine Bankbeziehung, Einblick und Auskunft zu erhalten. U.E. stellt Art. 392 ZGB keine ausreichende Norm i.S.v. Art. 47 Abs. 5 BankG dar, welche es der Bank gestatten würden, der KESB Auskünfte zu erteilen.

In einem allfälligen Entscheid i.S.v. Art. 392 Ziff. 3 ZGB muss im Dispositiv des Entscheids der Umfang der «bestimmten Bereiche», die vom Einsichts- und Auskunftsrecht erfasst werden sollen, möglichst genau umschrieben werden. Dieses Recht darf nicht allgemein angeordnet werden und hat das Verhältnismässigkeitsprinzip besonders zu beachten²⁴.

B. Exkurs: Bankmitarbeiter als Beistand?

Möglich wäre allenfalls auch, dass die KESB eine Vertretungsbeistandschaft für die Vermögensverwaltung

²¹ Vgl. zur Beschwerde Art. 450 ff. ZGB.

²² Botschaft (FN 4), 7076; vgl. auch STECK (FN 8), Art. 443 N 14.

²³ BSK-AUER/MARTI (FN 6), Art. 443 N 10.

²⁴ HELMUT HENKEL, in: Thomas Geiser/Ruth Reusser (Hrsg.), Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, Basel 2012, Art. 392 N 33, mit Verweis auf die Botschaft (FN 4), 7045.

errichten und die Bank bzw. einen Bankmitarbeiter²⁵ als Beistand einsetzen will. Insbesondere wo einzig eine solche Massnahme nach Art. 395 ZGB angeordnet werden soll (und vielleicht schon früher von der betroffenen Person ein Vermögensverwaltungsmandat an die Bank erteilt wurde), erscheint diese Konstellation als denkbar. Anders als bei einem vom Kunden erteilten Vermögensverwaltungsmandat würde beim Mandat im Sinne von Art. 395 ZGB keine laufende Überwachung durch den Kunden erfolgen, sondern lediglich durch die KESB im Rahmen ihrer amtlichen Aufsichtspflicht. Der mit dieser Situation verbundene potentielle Interessenkonflikt lässt u.E. ein derartiges amtliches Mandat nicht als ratsam erscheinen²⁶. Im Übrigen würde ein soches Mandat *ad personam* auch den Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge der Schweizerischen Bankiervereinigung widersprechen, welche als Mandatsträger die Bank und nicht einen Bankmitarbeiter vorsehen²⁷.

IV. Meldepflicht des Beauftragten gemäss Art. 397a OR

A. Vorbemerkung

Mit der Revision des Erwachsenenschutzrechts wurde die Pflicht des Beauftragten eingeführt, die KESB von einer (voraussichtlich) dauernden Urteilsfähigkeit des Mandanten zu benachrichtigen, wenn eine solche Meldung zur Interessenwahrung angezeigt scheint. Im Unterschied zur Mitwirkungspflicht gemäss Art. 448 ZGB, bei welcher die Anfrage von der KESB ausgeht, geht es bei Art. 397a OR um Fälle, in welchen ein Auftraggeber von sich aus Anhaltspunkte feststellt, welche auf die Schutzbedürftigkeit des Auftraggebers hinweisen.

B. Adressatenkreis

Ausgehend vom klaren Wortlaut und der systematischen Einordnung dieser Bestimmung trifft diese Meldepflicht

jeden Leistungserbringer eines privatrechtlich begründeten Auftragsverhältnisses. Das Verhältnis zwischen einer Bank und ihren Kunden im hier interessierenden Bereich der Vermögensverwahrung und/oder -verwaltung kann als Auftragsverhältnis oder zumindest als gemischter Vertrag mit auftrags- und hinterlegungsrechtlichen Elementen qualifiziert werden²⁸. Die Bank kann und muss als Beauftragte i.S.v. Art. 394 ff. OR betrachtet werden. Somit fällt sie auch unter den Anwendungsbereich von Art. 397a OR.

In den Materialien zur Gesetzesrevision wird die Einführung dieser Pflicht nicht näher erläutert. Auch im Schrifttum ist diese Bestimmung bislang noch wenig untersucht worden. STEPHAN WOLF bemerkt dazu lediglich, dass die «einzelnen Modalitäten dieser privatrechtlichen Benachrichtigungspflicht zu klären bleiben»²⁹. PETER BREITSCHMID widmet sich dem Thema vor allem mit Bezug auf altrechtliche Vorsorgeaufträge und betrachtet Art. 397a OR als Konkretisierung von Art. 443 ZGB³⁰. Kritisch CHRISTIAN BRÜCKNER, der die Bestimmung als bedauerlichen Fremdkörper in der schweizerischen Rechtsordnung bezeichnet und auf die Pflichtenkollision des Berufsheimlichkeitsgeheimnisses verweist³¹.

C. Voraussetzungen der Meldepflicht

Nach dem Wortlaut des Gesetzes hat der Beauftragte eine voraussichtliche dauernde Urteilsfähigkeit zu melden, «wenn eine solche Meldung zur Interessenwahrung angezeigt erscheint». Vorausgesetzt wird somit (i) eine voraussichtlich dauernde Urteilsunfähigkeit, (ii) welche den Bereich des Leistungsauftrages beschlägt und (iii) von welcher der Beauftragte (*in casu* die Bank) Kenntnis hat. Sodann muss (iv) die Meldung zur Interessenwahrung angezeigt sein³².

Gemäss Literatur ist die Meldepflicht dadurch begründet, dass der Auftraggeber aufgrund der Urteilsunfähig-

²⁵ Die Bank als juristische Person kommt a priori nicht als Beistand in Frage, da für dieses Amt nur natürlichen Personen eingesetzt werden können (RUTH REUSSER, in: Thomas Geiser/Ruth Reusser [Hrsg.], Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, Basel 2012, Art. 400 N 21; Botschaft [FN 4], 7049).

²⁶ In der Tat haben einzelne, von den Autoren angefragte Banken bestätigt, dass ihre Angestellten ein solches Amt nicht annehmen dürften (allenfalls mit Ausnahmen für das familiäre Umfeld des Bankangestellten).

²⁷ Ziff. 3 der Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge der Schweizerischen Bankiervereinigung (Ausgabe 2010).

²⁸ Vgl. statt vieler WALTER FELLMANN, in: Berner Kommentar, Bern 1992, Art. 398 OR N 429 f.; EMCH/RENZ/ARPAGAU (FN 1), Rz. 171.

²⁹ STEPHAN WOLF, Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson, Bern 2012, 53.

³⁰ PETER BREITSCHMID, Meldepflicht des Beauftragten gemäss Art. 397a OR – in welchen Fällen zwingend?, in: SJZ 109 (2013), 251 ff.

³¹ CHRISTIAN BRÜCKNER, Die Beurkundung von Vorsorgeaufträgen – eine kommende Aufgabe für Urkundspersonen in der Schweiz, in: Der Bernische Notar, 2011, 36–50, Fn. 15.

³² Vgl. SUSAN EMMENEGGER, Neue Meldepflichten für die Banken (Art. 397a OR), Tagungsunterlagen Schweizerische Bankrechtstagung 2013.

keit nicht mehr in der Lage ist, die Geschäftsführung des Beauftragten wenigstens grundsätzlich zu kontrollieren und zu überwachen. Dem Beauftragten komme nur ein beschränkter Ermessensspielraum in Bezug auf die Anzeigepflicht zu³³. Demgegenüber weist SUSAN EMMENEGGER darauf hin, dass die Vertraulichkeit Kernpflicht des Beauftragten ist und somit eine Meldepflicht mit Zurückhaltung anzunehmen ist³⁴. Dem ist beizupflichten. Die Meldepflicht ist mithin Ausfluss der dem Beauftragten obliegenden Wahrung der Interessen des Auftraggebers. Somit besteht auch ein sachlicher Zusammenhang mit dem Mandatsgegenstand, worauf auch der Gesetzeswortlaut («wenn eine solche Meldung zur Interessenwahrung angezeigt erscheint») schliessen lässt³⁵. Die Vertragsbeziehung mit einer Bank hat die sichere Verwahrung von Vermögenswerten, allenfalls auch deren Verwaltung sowie die Besorgung diverser damit zusammenhängender Geschäfte zum Gegenstand. Zudem handelt es sich bei der Geschäftsbeziehung mit einer Bank um ein Dauer-schuldverhältnis. Die Beziehung mit einer Bank kann einen relativ weiten sachlichen Anwendungsbereich beschlagen und ist für die Wahrung der wirtschaftlichen Interessen einer Person von grosser Bedeutung (z.B. wenn eine Person ihr Vermögen primär bei einer Bank hinterlegt hat). Dies führt dazu, dass bei der Bankbeziehung der Zusammenhang zwischen der Meldepflicht und der Interessenwahrung nicht geeignet erscheint, die Meldepflicht einzuschränken, sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sind. Dies im Gegensatz zu einem inhaltlich klar begrenzten Auftrag, insbesondere wenn dessen wirtschaftliche Tragweite von untergeordneter Bedeutung ist.

D. Verhältnis zum Bankgeheimnis

Art. 397a OR stellt ebenfalls eine in Art. 47 Abs. 5 BankG vorbehaltene Norm dar, welche das Bankgeheimnis des Kunden einschränkt. Anders als bei der Mitwirkungspflicht gegenüber der KESB nach Art. 448 ZGB wird diese Pflicht jedoch nicht durch eine konkrete Anfrage einer zuständigen Behörde ausgelöst, sondern ist vom Beauftragten nach eigenem pflichtgemäsem Ermessen zu erfüllen³⁶. Der Beauftragte, hier also die Bank, hat somit eine Güterabwägung vorzunehmen und das Interesse des

Kunden am Bankgeheimnis seinem Interesse an Schutz vor der eigenen Urteilsunfähigkeit gegenüber zu stellen.

Gemäss MICHAEL HOPF liegt die Benachrichtigung der KESB immer im Interesse des Auftraggebers, wenn seine Urteilsunfähigkeit nicht einmal in den Grundzügen die Überwachung und Kontrolle der Auftragserfüllung erlaubt. In diesem Fall gehen die Interessen des Auftraggebers allfälligen Berufsgeheimnissen, denen der Beauftragte unterliegt, vor. Die Unterlassung der Anzeige lasse sich nur so lange verantworten, als dem Auftraggeber ein Rest an Urteilsfähigkeit verbleibt, der ihm die Überwachung und Kontrolle der Auftragserfüllung zumindest in den Grundzügen erlaubt³⁷.

In den von Art. 397a OR erfassten Fällen befindet sich die Bank in einer Pflichtenkollision. Diese lässt sich nur durch eine Interessenabwägung lösen. Die Bank muss das Geheimhaltungsinteresse des Kunden gegen dessen Interesse an behördlichen Massnahmen zum Schutz seines Vermögens abwägen. Wenn das Interesse des Auftraggebers an behördlichen Massnahmen nach pflichtgemäsem Ermessen der Bank höher einzustufen ist, ist diese verpflichtet, eine Meldung an die KESB zu erstatten. In diesem Fall ist die Verletzung des Bankgeheimnisses durch die Wahrung der höher gewichteten Schutzinteressen gerechtfertigt. Mit Blick auf den Zweck des Erwachsenenschutzrechts sind auch unter Art. 397a OR ausschliesslich die Interessen der betroffenen Person ausschlaggebend³⁸.

E. Mögliche Folgen der Verletzung der Meldepflicht

Die möglichen Folgen der Unterlassung der Meldung bei Vorliegen der Voraussetzungen respektive die Verletzung der Meldepflicht werden im einstweilen spärlichen Schrifttum zu Art. 397a OR nicht behandelt. Aus Platzgründen sollen hier lediglich einige kurze Hinweise gegeben werden. Da die Meldepflicht eine durch Mandatsvertrag begründete Pflicht des Beauftragten darstellt, ist in erster Linie auf die allgemeinen Folgen der Vertragsverletzung abzustellen. Sofern die pflichtwidrige Unterlassung der Meldung einen dadurch verursachten Schaden zur Folge hat, kann ein Schadenersatzanspruch gegeben sein. Gemäss Art. 97 Abs. 1 OR muss die Bank den Exkulpationsbeweis erbringen. Da die – vom Gläubiger zu beweisende – Verletzung von vertraglichen (Neben-) Pflichten bei Dienstleistungsverträgen i.d.R. zugleich einen Verstoss gegen die vertraglich geschuldete und nach

³³ MICHAEL HOPF, Neues Erwachsenenschutzrecht und Vorsorgeauftrag, in: Der Schweizer Treuhänder, 3/2013, 145 ff.

³⁴ Vgl. FN 32.

³⁵ Vgl. auch CAROLINE GEHRER/GION GIGER, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), 2. A., Zürich 2007, Art. 397a N 1.

³⁶ Vgl. BREITSCHMID (FN 30), 253.

³⁷ HOPF (FN 33), 146.

³⁸ Vgl. auch GEISER (FN 11), 1693.

Berufsstandards gebotene Sorgfalt darstellt, bleibt für eine Exkulpation allerdings praktisch kein Raum³⁹.

Somit dürfte bei Vorliegen eines ersatzfähigen Schadens und bei nachgewiesener Verletzung der Meldepflicht ein Schadenersatzanspruch gegenüber der Bank gegeben sein. Wie geltend gemachte Verletzungen der Meldepflicht dereinst von den Gerichten beurteilt werden, kann natürlich nicht vorhergesagt werden. Im Kern dürfte es beim Streit um die Folgen einer unterlassenen Meldung, natürlich nebst der stets gegebenen Problematik des Schadensnachweises, meist um die Frage der Pflichtverletzung durch Missachtung der gebotenen Sorgfalt und Aufmerksamkeit im Verkehr mit dem Kunden gehen.

Es stellt sich ausserdem die Frage, wie es sich bei unberechtigter Abgabe einer Meldung, d.h. ohne dass die Voraussetzungen hierfür gegeben sind, verhält. Auch dies stellt eine Verletzung der Vertragspflichten des Beauftragten dar. Ein allfälliger daraus resultierender Schaden kann somit ebenfalls als ersatzfähiger Schaden im Rechtsinne qualifiziert werden, wobei der Nachweis des Schadens wohl nicht allzu einfach sein dürfte, da allfällige behördliche Massnahmen ja dem Erhalt des Vermögens dienen. Zu denken ist aber immerhin an einen Schaden verursacht durch Massnahmen, die infolge der Meldung angeordnet wurden (z.B. Entzug der Verfügungsmacht über das eigene Konto) und welche anderweitige, gewinnbringende Dispositionen des Kunden verhindert haben. Ferner könnten auch Kosten, welche der betroffenen Person durch die Abwehr der behördlichen Massnahmen entstanden sind, als Schaden betrachtet werden. In solchen Fällen wird es in der Regel um die Frage gehen, ob die Bank die Meldepflicht nach pflichtgemäsem Ermessen wahrgenommen hat oder nicht. Die Bank tut somit gut daran, jeden Fall einer Meldung nach Art. 397a OR sorgfältig zu dokumentieren, damit sie bei Bedarf das von ihr ausgeübte pflichtgemässe Ermessen belegen kann.

V. Auskunfts- und Dokumentationspflichten gemäss VBVV

Art. 408 ZGB regelt die Vermögensverwaltung durch den Beistand. Gemäss Art. 408 Abs. 3 ZGB erlässt der Bundesrat Bestimmungen über die Anlage und die Aufbewahrung des Vermögens. Gestützt auf diese Norm hat der Bundesrat die VBVV erlassen (siehe Einleitungssatz VBVV). Gemäss Art. 1 VBVV hat die Verordnung die Anlage und

die Aufbewahrung von Vermögenswerten, die im Rahmen einer Beistandschaft oder einer Vormundschaft verwaltet werden, zum Gegenstand. Somit gelangt die VBVV nur dann zur Anwendung, wenn eine Vermögensverwaltung angeordnet wurde, sei dies im Rahmen einer umfassenden Beistandschaft nach Art. 398 ZGB, einer Vertretungsbeistandschaft für die Vermögensverwaltung nach Art. 395 ZGB oder bei Verwaltung von Kindesvermögen (vgl. Art. 324 ff. ZGB). Im Falle von Art. 395 ZGB bestimmt die KESB die Vermögenswerte, welche vom Beistand verwaltet werden sollen. Das Auskunfts- und Einsichtsrecht des Beistands bezieht sich dementsprechend nur auf diesen bestimmten Bereich des Vermögens.

Art. 10 Abs. 3 VBVV statuiert ein jederzeitiges direktes Auskunftsrecht der KESB gegenüber Banken, der Postfinance oder Versicherungseinrichtungen. Dieses Recht wird mit der Aufsichtsfunktion der KESB begründet. Zudem werden die genannten Institutionen in Art. 10 Abs. 4 VBVV verpflichtet, der KESB «unaufgefordert jährlich Konto-, Depot- und Versicherungsauszüge der betroffenen Personen» zuzustellen.

Grundsätzlich hat die KESB den Beistand in seiner Tätigkeit zu beaufsichtigen. Dies geschieht in erster Line durch Berichterstattung nach Art. 411 ZGB. Die KESB hat von Amtes wegen einzuschreiten, wenn sie erfährt, dass die Interessen der verbeiständeten Person durch die Tätigkeit des Beistandes gefährdet sind (Art. 419 ZGB)⁴⁰.

Art. 408 Abs. 3 ZGB ermächtigt den Bundesrat zum Erlass einer Verordnung (sog. unselbständige Verordnungen⁴¹). Diese Gesetzesdelegation ist unter den folgenden Voraussetzungen zulässig: (i) kein Ausschluss durch die Verfassung, (ii) die Delegationsnorm muss in einem Gesetz enthalten sein, (iii) die Delegation muss sich auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet beschränken und (iv) die Grundzüge der delegierten Materie, d.h. die wichtigen Regelungen, müssen im Gesetz selber enthalten sein⁴². Allerdings findet sich weder im Gesetz noch in den Materialien ein direktes Auskunftsrecht der KESB, welches über den Bereich von Art. 448 ZGB (oder allenfalls Art. 453 ZGB) hinausgeht. Das in der VBVV statuierte Auskunftsrecht wird jedoch nicht auf das Verfahren vor der KESB gemäss Art. 443 ff. ZGB beschränkt, sondern soll gemäss Wortlaut ganz allgemein den «Rahmen

³⁹ WOLFGANG WIEGAND, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. A., Basel 2011, Art. 97 N 43.

⁴⁰ HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/REGINA AEBI-MÜLLER, Das neue Erwachsenenschutzrecht, Bern 2010, 58.

⁴¹ ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. A., Zürich 2012, Rz. 1869 ff.

⁴² HÄFELIN/HALLER/KELLER (FN 41), Rz. 1872; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 407.

der Aufsicht» erfassen. Diese Vorschrift geht somit weiter als das Gesetz selber. Es stellt sich daher die Frage, ob die Einführung des Auskunftsrechts gemäss Art. 10 Abs. 3 VBVV vor dem Gesetzmässigkeitsprinzip standhält.

Die Aufsicht über die Vermögensverwaltung des Beistands ist dadurch gewährleistet, dass der Beistand im Abstand von maximal zwei Jahren Berichte zuhanden der KESB verfassen muss (Art. 411 ZGB). Die KESB als Aufsichtsbehörde ist gewiss auch befugt, dem Beistand Weisungen zu erteilen und z.B. von ihm die Vorlage von Bankunterlagen zu verlangen. Dadurch wird eine effektive Aufsicht über die Vermögensverwaltung sichergestellt. Ein jederzeitiges und direktes Auskunftsrecht der KESB gegenüber der Bank ist als unverhältnismässig zu bezeichnen und ist jedenfalls durch das Gesetz nicht gedeckt. Eine lediglich auf Art. 10 Abs. 3 VBVV gestützte Anfrage der KESB erweist sich damit u.E. als unzulässig⁴³. Denkbar wäre eine Auskunft aber dann, wenn ein besonderer Interessensnachweis vorliegt, z.B. die Gefährdung des Vermögens, wobei ein solches Vorgehen sich dann aber auf Art. 448 i.V.m. Art. 445 ZGB abstützen würde⁴⁴.

Demgegenüber hält THOMAS GEISER dafür, dass das Auskunftsrecht der KESB ebenso umfassend sei wie dasjenige des Beistandes, was als Ausfluss der allgemeinen Aufsichtsaufgabe der KESB bezeichnet wird⁴⁵. Dem kann nicht gefolgt werden. Einerseits fehlt es an einer klaren gesetzlichen Norm, welche die Aufsichtsbefugnisse der KESB über den Beistand auf Dritte, insbesondere eine Bank, ausweiten würde. Andererseits ist es der Beistand, welcher aufgrund Gesetz und behördlicher Anordnung die Rechte der schutzbedürftigen Person gegenüber der Bank ausüben kann. Die KESB selber verfügt in der Regel nicht über solche gesetzlichen Vertretungsrechte.

Eine Weitergabe von Information an die KESB allein gestützt auf Art. 10 Abs. 3 VBVV erweist sich damit u.E. wegen der fehlenden gesetzlichen Grundlage als problematisch. Eine Auskunft wäre aber natürlich aufgrund von vertraglichen Abmachungen oder von Weisungen des Beistandes ohne weiteres möglich⁴⁶. Auch die Konferenz

der Kantone für Kinder- und Erwachsenenschutzrecht KOKES scheint sich offenbar der gesetzlichen Unzulänglichkeiten der VBVV bewusst zu sein, bedauert sie doch die Tatsache, dass ihr Vorschlag nicht aufgenommen wurde, welcher einen Drei-Parteien-Vertrag zwischen dem Beistand, der Bank und der KESB vorgesehen hatte⁴⁷.

Was soeben für die Auskunftspflicht ausgeführt worden ist, gilt auch für die in Art. 10 Abs. 4 VBVV statuierte Pflicht der Bank, jährlich unaufgefordert Kontoauszüge der KESB zuzustellen. Auch hier fehlt eine ausreichende gesetzliche Grundlage. Ein regelmässiger und automatischer Versand von Kontoauszügen an die KESB erweist sich u.E. als durch das Gesetz nicht gedeckt.

Zusammenfassend ergibt sich u.E., dass die hier diskutierten, in der VBVV aufgeführten Auskunfts- und Dokumentationspflichten der Banken gegenüber der KESB keine hinreichende Grundlage im Gesetz finden. Die Bank sollte daher den in Art. 10 Abs. 3 und 4 VBVV erwähnten Pflichten nur aufgrund einer entsprechenden Ermächtigung durch den Beistand oder allenfalls einer vollstreckbaren Verfügung der KESB nachkommen⁴⁸.

⁴³ Vgl. auch KLEINER/SCHWOB/WINZELER (FN 5), Art. 47 N 76, die sich klar gegen eine über Art. 448 ZGB hinausgehende Auskunftspflicht der Bank aussprechen.

⁴⁴ So im Resultat wohl auch KLEINER/SCHWOB/WINZELER (FN 5), Art. 47 N 76, wenn sie eine anfechtbare Verfügung gestützt auf Art. 448 ZGB i.V.m. Art. 10 Abs. 3 VBVV verlangen.

⁴⁵ GEISER (FN 38), 1693.

⁴⁶ Vgl. auch GEISER, der es für sinnvoll hält, wenn der Beistand in den Verträgen mit der Bank das Auskunftsrecht der KESB ausdrücklich festhält (FN 38, 1693).

⁴⁷ KOKES, Praxisanleitung Erwachsenenschutz, Ziffer 7.39.

⁴⁸ Das Erfordernis der vollstreckbaren Verfügung wird auch in den soeben erschienen Empfehlungen der Schweizerischen Bankiervereinigung und der KOKES zur Vermögensverwaltung gemäss Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, die Ende Juli 2013 in Kraft getreten sind, erwähnt. Auf eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesen Empfehlungen muss mit Blick auf das Datum der Drucklegung verzichtet werden.