

## Geldwäscherei und Sorgfaltspflichten

### Der Bankangestellte - Diener zweier Herren?

Von Peter C. Honegger und Markus A. Frey\*

*Der nachstehende Beitrag geht auf die Sorgfaltspflichten und die Tendenz ein, den Bankangestellten zum Diener der Strafuntersuchungsbehörden zu machen. Zu diesem Thema werden sich die Autoren auch in der Sondernummer der «Schweizerischen Juristen-Zeitung» vom 15. Oktober äussern, die sich ausführlich mit den Sorgfaltspflichten auseinandersetzt.*

Verschiedene Sorgfaltspflichten und Verhaltensregeln für Bankangestellte sollen das Ansehen des schweizerischen Finanzplatzes bewahren und die sogenannte Geldwäscherei verhindern. Sie finden sich in der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB), im Strafgesetzbuch (StGB) sowie im Rundschreiben der Eidgenössischen Bankenkommission betreffend «Bekämpfung und Verhinderung der Geldwäscherei» (EBK-RS). Der Bankangestellte soll in diesen Vorschriften «Leitplanken» finden, wie er den Kunden identifizieren und wie er sich bei «ungewöhnlichen Transaktionen» verhalten soll. Der Bankangestellte steht damit im Spannungsfeld zwischen der sich letztlich an seinen *Geschäftsinteressen* orientierenden Prüfungsperspektive und der Inanspruchnahme als «*Hilfspolizist*». Naturgemäss aber hat er damit eine andere Optik als die Strafverfolgungsbehörden, die in der Regel den Sachverhalt erst Jahre später ex post beurteilen. Dieser simplen Tatsache wird oft zuwenig Rechnung getragen. Dazu kommt, dass die Strafnormen bezüglich Geldwäscherei (Artikel 306bis StGB) und mangelnder Sorgfalt bei Finanzgeschäften (Artikel 305ter StGB) wesentliche Tatbestandselemente nur ungenügend konkretisieren. Dies ist angesichts des Bestimmtheitsgebotes von Art. 1 StGB (*nulla poena sine lege*) zumindest *rechtsstaatlich bedenklich*.

#### **Pflicht zur Identifikation des Kunden . . .**

Die Pflichten bei Kontoeröffnung richten sich nach Art. 2-4 VSB und Art. 305ter StGB. Zu unterscheiden sind die Pflicht zur Identifikation des Kunden (d. h. des Vertragspartners) einerseits und die Pflicht zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten (des ultimate [!] beneficial owner) andererseits. Im Zusammenhang mit der Pflicht zur Identifikation des Kunden mag folgende Faustregel gelten: Bei der Aufnahme einer Geschäftsbeziehung mit einer *natürlichen Person* sollen ein amtlicher Ausweis verlangt und diejenigen Seiten, welche über die Identität des Kunden Auskunft geben, kopiert sowie (datiert und unterzeichnet) zu den Kontoeröffnungsunterlagen gelegt werden. Hier darf dem Bankangestellten eine Plausibilitätskontrolle zugemutet werden. Dabei sind allerdings allein die folgenden vier Punkte zu prüfen: 1. Der Kunde ist auf der (Pass-)Photo wiedererkennbar; 2. Die Unterschrift im Ausweis trägt überwiegend übereinstimmende Merkmale mit jener, welche auf den Kontoeröffnungsunterlagen abgegeben wird; 3. Der Ausweis ist zeitlich gültig; 4. Das Herkunftsland ist auch tatsächlich bekannt (Achtung vor «Camouflage-Pässen» unter dem Einbanddeckel tatsächlich nicht existierender Nationen wie z. B. «Dutch Guana», «New

Granada» oder «East Indies»).

Bei *juristischen Personen* soll ein Handelsregisterauszug verlangt und zu den Kontoeröffnungsunterlagen gelegt werden. Bei in keinem Handelsregister eingetragenen juristischen Personen oder ausländischen Gesellschaften müssen gleichwertige Dokumente wie Statuten, «By-laws», «Articles of Incorporation», «Memorandum of Association» usw. wohl genügen. Diese müssen im Minimum Aufschluss über die Zeichnungsberechtigung geben. Unsicherheit besteht allerdings bezüglich der Frage, wie «*aktuell*» der Auszug sein muss. Gemäss Praxis der Aufsichtskommission VSB hat der Handelsregisterauszug bei Kontoeröffnung «*klarerweise aktuell*» zu sein, wobei unklar bleibt, ob sich dies auf den Inhalt oder das Datum der Ausstellung bezieht. Unseres Erachtens kann sich die «Aktualität» *nur* auf den materiellen Inhalt beziehen. Eine andere Praxis wäre im Bereich von Art. 305ter StGB und im Lichte des Bestimmtheitsangebotes (Art. 1 StGB) unhaltbar.

Bei Handelsregisterauszügen bzw. gleichwertigen Dokumenten sind daher unseres Erachtens nur zu prüfen: 1. Die auf den Kontoeröffnungsunterlagen unterzeichnende Person ist zeichnungsberechtigt; 2. Ausstellungsdatum des Dokumentes; bei Registerauszügen älteren Datums empfiehlt sich allenfalls das Einfordern einer Bestätigung des Kunden, um sicherzustellen, dass die Information im Zeitpunkt der Kontoeröffnung noch immer materiell richtig ist; 3. Das Herkunftsland ist bekannt. Unsicherheiten bestehen aber bei Kontoeröffnungen für liechtensteinische (Familien-) Stiftungen und angelsächsische Trusts. Während die Stiftung als juristische Personen selbstverständlich im eigenen Namen eine Kontobeziehung unterhalten kann, verfügt der Trust über keine eigene Rechtspersönlichkeit, weshalb als Kontoinhaber wohl der Trustee (oder die Gesamtheit der Co-Trustees) aufzutreten hat; in der Praxis werden allerdings Kontobeziehungen direkt im Namen von Trusts von der Aufsichtskommission VSB geduldet.

### **... sowie zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten**

Die Pflicht zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten wird primär in den Art. 3-4 und den Ausführungsbestimmungen 18-38 VSB geregelt. Der Bankangestellte muss auf das Ausfüllen des sog. «Formulars A» bestehen, sobald er «Zweifel» hat, ob der Kunde tatsächlich an den zu deponierenden Vermögenswerten (wirtschaftlich) berechtigt ist. Um sich im «sicheren Hafen» zu bewegen, wird er ein Formular A zu den Akten nehmen. Bezüglich Trusts und Stiftungen liechtensteinischen Rechts gilt, dass selbst im Falle von sog. «fully discretionary settlements» (bei denen der Trustee bzw. Stiftungsrat als oberstes Organ völlig unabhängig und in absolut alleiniger Verantwortung agiert) eine *schriftliche Erklärung* einzuverlangen ist. Daraus hat im Minimum hervorzugehen, wer als effektiver «Settlor» bzw. Gründer beteiligt ist und welche Personen instruktionsberechtigt sind oder als Begünstigte in Frage kommen können. Damit gibt es in der Schweiz endgültig *kein anonymes Geld* mehr.

Die Praxis der Untersuchungsbeauftragten sowie der Aufsichtskommission VSB zeigt, dass die Feststellungspflicht sehr formal gewürdigt wird: Bereits die Angabe der Geschäfts- statt der Privatadresse auf dem Formular A kann zu einer Sanktion führen. Aber auch der Umstand, dass die Auskunft auf einem separaten, dem Formular A beigehefteten Schreiben abgegeben wurde, kann eine VSB-Sanktion auslösen. Ein derartiger *Formularzwang* ist unserem Rechtssystem indessen *fremd*. Nur gerade im Mietrecht ist ein ähnlicher Trend zum Formularzwang beobachtbar (Bundesgerichtsentscheid vom 6. Juni 1994, vgl. NZZ Nr. 191). Art. 305ter StGB bestimmt schlicht, es sei «mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die Identität des wirtschaftlich Berechtigten festzustellen». Solch unbestimmte Gesetzesbegriffe wären bestenfalls im *Verwaltungsrecht* hinzunehmen, nicht aber im Strafrecht. Die Botschaft zu Art. 305ter StGB hält lakonisch fest, zum Begriff des wirtschaftlich Berechtigten sei die Praxis der Aufsichtskommission VSB beizuziehen. Es ist aber wohl auszuschliessen, dass rein formale Verstösse beim Ausfüllen des Formulars A im Rahmen von Art. 305ter StGB entscheidend sein könnten.

Zentral stellt sich die Frage, ob den Bankangestellten eine Pflicht trifft, die *materielle Richtigkeit* der Angaben zu überprüfen. Die Frage ist unseres Erachtens entschieden zu verneinen. Die VSB verlangt nicht, dass der wirtschaftlich Berechtigte - wie der Kunde als Vertragspartner - identifiziert werden muss, sondern lediglich, dass der wirtschaftlich Berechtigte *festgestellt* wird. Es ist im übrigen schlicht unvorstellbar, wie der Kunde einen entsprechenden «Beweis» gegenüber dem Bankangestellten anzutreten hätte. Den Angestellten trifft auch keine Pflicht, die Angaben auf dem Formular A im Verlauf der Geschäftsbeziehungen *aktiv à jour* zu halten. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass er offensichtlich unrichtige Angaben nicht akzeptieren darf. Abschliessend ist festzuhalten, dass der Mangel an Rechtssicherheit in der Sachverhaltsabgrenzung nicht zulasten des möglichen Täters gehen darf.

### **Ungewöhnliche Transaktionen**

Das Verhalten des Bankangestellten bei sog. «ungewöhnlichen Transaktionen» hat sich nach Art. 305bis StGB und nach dem Rundschreiben der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK-RS) zu richten. Ob eine Transaktion - nach Form und Betrag - «ungewöhnlich» ist, beurteilt sich auf den individuellen Kunden. Gemäss Rundschreiben EBK können Anhaltspunkte für «Ungewöhnlichkeit» unter anderem sein: Transaktionen, deren wirtschaftlicher Zweck nicht erkennbar ist, sog. Durchlaufkonten, Kontenschliessung und Eröffnung neuer Konten ohne dokumentarische Spur (sog. Abrechnen des «paper trail»), Abwicklung über Konti pro Diverse usw. Bei Vorliegen solcher Anhaltspunkte soll der Bankangestellte die *Hintergründe der Transaktion* näher überprüfen und entweder eine schriftliche Erklärung des Kunden verlangen oder eine Aktennotiz erstellen, in welcher etwa folgende Punkte abzudecken wären: 1. Zweck und Art einer bestimmten Transaktion, 2. finanzielle Verhältnisse des Kunden bzw. des wirtschaftlich Berechtigten, 3. berufliche und geschäftliche Tätigkeit des Kunden bzw. des wirtschaftlich Berechtigten, 4. Herkunft der einzubringenden Vermögenswerte. Die Überprüfung der materiellen Richtigkeit dieser Angaben kann jedoch nicht verlangt werden.

Praktikabel scheint hingegen die Regel, wonach der Bankangestellte bei Abbruch der Geschäftsbeziehungen wegen Verdachts auf Geldwäscherei den Abzug von Vermögenswerten möglichst nur in einer Form zulassen soll, welche den Strafverfolgungsbehörden allenfalls erlaubt, die dokumentarische Spur, d. h. den «paper trail», *weiterzuverfolgen*; es sollten also in einem solchen Fall keine Banknoten physisch ausgehändigt werden.

Das *Melderecht* des Bankangestellten bei Verdacht auf Geldwäscherei ist dagegen *problematisch* (bis vor kurzem stützte es sich auf Fussnote 1 bei Randziffer 23 EBK-RS, seit 1. August 1994 ist das Melderecht in Art. 305ter Abs. 2 StGB verankert). Eine Meldung an die Strafverfolgungsbehörden kommt schon aus *hierarchischen* Gründen ohnehin nur auf der Stufe Geschäftsleitung in Frage: Ein Bankangestellter, der *ohne* Rücksprache mit und ohne Genehmigung der Geschäftsleitung eine Meldung erstattet, wäre etwa so exponiert wie ein Mitarbeiter, der sich ohne interne Absicherung an die Presse wendet. Soweit sich eine Bank zu einer Meldung entschliesst, kann sie den Kunden fünf Bankwerkstage später wieder über seine Werte verfügen lassen. Für die Strafuntersuchungsbehörden entsteht ein *erheblicher zeitlicher Zugzwang*, was unseres Erachtens zu begrüssen ist. Bemerkenswert ist, dass zu den hier interessierenden Fragen *keine Gerichtsentscheide* vorliegen. Die Gefahr besteht, dass ein Bankangestellter Opfer dieser Rechtsunsicherheit wird, indem die Behörden zu deren Beseitigung ein Präjudiz herbeiführen wollen.

### **Keine Hilfspolizisten**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Bankangestellte nicht die materielle Richtigkeit der Angaben von Bankkunden prüfen muss oder auch nur könnte. Im Gegenteil: Er riskiert sogar, im Zusammenhang mit entsprechenden Nachfragen bei Dritten über einen Kunden bzw. wirtschaftlich Berechtigten wegen Verletzung des Bankgeheimnisses oder des Datenschutzgesetzes *straffällig* zu werden. Insofern unterscheidet sich die Stellung und Aufgabe des Bankangestellten ganz erheblich

von derjenigen des Strafuntersuchungsbeamten. Der Bankangestellte ist vielmehr Exponent eines typischen Dienstleistungsbetriebes. Ihn gleichzeitig zum Diener der Strafverfolgungsbehörden machen zu wollen geht unseres Erachtens nicht an, denn: «Niemand kann zwei Herren dienen» (Matthäus 6, 24).

\* Dr. Peter C. Honegger und Dr. Markus A. Frey sind Rechtsanwälte in Zürich.

---

©1994 Neue Zürcher Zeitung