

Sorgfaltspflichten von Banken

Wann fehlt guter Glaube? – Auf ungewöhnliche Feststellungen achten – Fahrlässige Unkenntnis ist nicht Gutgläubigkeit

Monika Roth

Kunde A eröffnete 2002 eine Beziehung bei der Bank X. A wurde nicht nach seinem Beruf gefragt, auf dem ihm vorgelegten Formular A benannte er sich als wirtschaftlich Berechtigten. Auf sein Konto wurden während der ganzen Geschäftsbeziehung nie Salärzahlungen geleistet: Eingänge bildeten Zahlungen der Arbeitslosenversicherung sowie Transaktionen von rund einem halben Dutzend Personen zwischen 5000 und 20 000 Fr., total etwa 80 000 Fr. Die Einzahlungen waren im Mitteilungsfeld zum Teil mit Anlageanweisungen versehen. A kaufte damit Effekten und verwendete das Guthaben zur Tilgung seiner Lebenshaltungskosten. Im April 2005 vereinbarte X mit A eine Überziehungslimite von 10 000 Fr. Ab dem zweiten Quartal 2005 kam es zu fast andauernden Negativsaldi auf dem Konto von A. X schlug A einen Lombardkredit vor. A verpfändete das Depot und lebte nur vom Lombardkredit.

Frage des Berechtigten

Die Aufsicht stellte fest, dass A sich ohne Bewilligung als Kundenhändler nach BEHG betätigte und keiner anderen Erwerbstätigkeit nachging. Die Bank X stellte sich auf den Standpunkt, dass ihr Kredit im Konkurs pfandgesichert sei. Art. 3 Abs. 1 ZGB besagt, dass dort, wo das Gesetz eine Rechtswirkung an den guten Glauben einer Person geknüpft hat, dessen Dasein zu vermuten ist. Das ist eine widerlegbare Vermutung, z. B. durch den Nachweis, dass er fehlt. Das liegt vor, wenn eine Bank die ihr aufgrund straf-, aufsichts- und standesrechtlicher Normen auferlegten Sorgfaltspflichten (Grundsatz Know your Customer) nicht erfüllt. Banken sind seit Jahrzehnten verpflichtet, bei der Eröffnung eines Kontos die Identität des Kunden zu überprüfen und sich – wenn die Umstände darauf hinweisen – zu erkundigen, ob der Kunde für einen Dritten handelt, der wirtschaftlich berechtigt ist. Schon 1944 hat die Schweizerische Bankiervereinigung ihre Mitgliedbanken ersucht, darauf zu achten, «dass in jedem Fall immer auf die wirklichen und tatsächlichen Verhältnisse abgestellt wird, sodass die rechtliche Form allein, unter welcher die Vermögenswerte allfällig deponiert sind oder vertreten werden, nicht als massgebend betrachtet werden darf. So ist z. B. Bei fiduziarischem Eigentum nicht dieses massgebend, sondern die wirklichen Eigentumsverhältnisse.»

Identität überprüfen

1995 hat das Bundesgericht (BGE 121 III 69) festgehalten, dass das Wissen um den wirtschaftlich Berechtigten den guten Glauben der Bank mitgestaltet: «Um eine missbräuchliche Benutzung von Bankkonten zu verhindern, ist die Bank verpflichtet, bei der Eröffnung eines Kontos die Identität des Kunden zu überprüfen und

sich, wenn die Umstände darauf hinweisen, zu erkundigen, ob der Kunde für einen Dritten als wirtschaftlich Berechtigten handelt (Art. 2 und 3 VSB; [...]). Diese zunächst öffentlichrechtliche Pflicht hat Rückwirkungen auf das Privatrecht (...). Pflichtwidrigkeiten bei der Kontoeröffnung können dazu führen, dass der Bank Umstände unbekannt bleiben, die ihr die Einreichung von Checks als verdächtig hätten erscheinen lassen müssen.»

Der wirtschaftlich Berechtigte ist seit der VSB 03 immer mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt festzustellen. Bei Zweifeln ist ein Formular A zu verlangen. Eine Bank darf von der Vermutung ausgehen, dass der Vertragspartner mit dem wirtschaftlich Berechtigten identisch ist. Diese Vermutung wird zerstört, wenn ungewöhnliche Feststellungen gemacht werden. Die Umstände des Einzelfalls und das Kundenprofil sind entscheidend. Die Bank muss die berufliche Tätigkeit des Kunden kennen. Ein erneutes Identifikationsverfahren ist erforderlich, wenn z. B. im Laufe der Geschäftsbeziehung Transaktionen gemacht werden, die offensichtlich ausserhalb des Finanzrahmens des Kunden liegen oder Anzeichen bestehen für eine nachträgliche Änderung der wirtschaftlichen Berechtigung. Die Bank kann sich nicht darauf berufen, dass sie den Kunden gebeten habe, Änderungen der wirtschaftlichen Berechtigung selbst mitzuteilen.

Geschäftsbeziehungen und Transaktionen müssen dauernd überwacht werden.

Die Verpflichtung zur Nachprüfung und zur Wiederholung der Identifikation des Vertragspartners bzw. der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten besteht zeitlich unbeschränkt (Art. 5 GwG sowie Art. 6 VSB). Art. 6 GwG verlangt, die wirtschaftlichen Hintergründe und den Zweck von ungewöhnlichen Transaktionen abzuklären.

Dazu muss die Ungewöhnlichkeit erkannt werden.

Sonderstellung der Branche

Das passiert seit 2004 zwingend durch ein informatikgestütztes System. Der Grundsatz der Wissenszurechnung kommt zur Anwendung: Eine juristische Person verfügt über rechtlich relevante Kenntnis eines Sachverhalts, wenn das betreffende Wissen in ihrer Organisation objektiv abrufbar ist. Zuzurechnen ist dabei die Kenntnis, die aufgrund ihrer Bedeutung erfragt, erfasst, gespeichert, weitergeleitet bzw. abzufragen ist. Gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB ist berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen, «wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte». Der gute Glaube ist verwirkt, wenn die Sorgfalt im oben beschriebenen Sinn missachtet wird. Banken sind nicht Unternehmen wie andere. Die Sicherstellungspflicht, d. h. die Dokumentationspflicht, macht den guten Glauben beweisbar. Eine Bank ist verpflichtet zu erkennen, in welchen Fällen es einem Vertragspartner nicht gestattet ist, Gelder von Dritten auf seinem

Konto entgegen-zunehmen. Aus der Börsengesetzgebung ergibt sich, dass nur Effektenhändler in eigenem Namen gewerbsmässig für Rechnung ihrer Kunden den Kauf und Verkauf von Effekten machen dürfen. Weiter gilt, dass Vermögensverwalter nur ganz kurzfristig die Kundengelder auf dem eigenen Konto haben dürfen (Abwicklungskonti): Die Werte gehören grundsätzlich auf das Konto der Kunden, das der Vermögensverwalter mit Vollmacht im Namen seines Kunden verwaltet. Ein Vermögensverwaltungsmandat ist nie ein Treuhandverhältnis. Regelüberschreitungen in diesem Bereich sind oft Vortaten zur Geldwäscherei, womit sich der Kreis zu Art. 6 GwG schliesst. Missachtet eine Bank die entsprechenden Pflichten, kann sie sich nicht auf den guten Glauben berufen. Fahrlässige Unkenntnis führt nicht zu Gutgläubigkeit. Ein Kommentar formuliert es so: «Gerade dann, wenn er sich Mühe gegeben hätte, hätte der Interessent den Mangel erkennen können.» Die «Mühen» sind in den Regulatorien präzise vorgegeben. Es handelt sich um den «Aufwand einer gewissen geistigen Anspannung gegenüber einem gerade vorliegenden Tatbestand.» Die Bank war im Zeitpunkt der Kreditgewährung und Errichtung des Fahrnispfandes keinesfalls gutgläubig. Aufgrund der Identifizierungs- und Abklärungspflichten bleibt kein Raum für eine Vermutung des guten Glaubens und ist bei einer Verletzung der Aufmerksamkeit, wie die verschiedenen vorstehend erwähnten Regulationen sie erfordern, auch eine Berufung auf den guten Glauben verwirkt.

Begriff und Gesetz

• Der gute Glaube ist das gute Gewissen.

Er wird relevant, wenn ein Tatbestand des Rechtslebens eine Anomalie aufweist.

• In bösem Glauben handelt, wer um die Lage weiss oder aufgrund gesetzlicher Vorgaben wissen müsste.

(«Sorgfaltshandlungen», deren Unterlassung rechtswidrig ist).

• Fahrlässigkeit schliesst den Gutglaubensschutz aus.

Wer am Rechtsverkehr teilnimmt, muss sich mit der je nach Branche, Unternehmen, Person, Situation und Zeit gebotenen Sorgfalt betätigen.

Prof. Dr. iur. Monika Roth ist Advokatin, Kanzlei roth schwarz roth in Binningen, Studienleiterin DAS Compliance Management am IFZ Zug (Hochschule Luzern). Ein Aufsatz dazu wird im Sommer 2009 im Buch «Close up on Compliance» (DIKE Verlag Zürich) erscheinen.