

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 20000 Fr., total etwa 80000 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 10000 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 VSB03 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

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 Gutgläubenschutz aus.

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

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 entgegenzunehmen. Aus der Börsengesetzgebung ergibt sich, dass nur Effektenhändler in eigenem Namen gewerbmässig 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.

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.



LUDMILA RAKUSAN zur Ratspräsidentschaft Tschechiens in der Europäischen Union

Innenpolitisch überfordert

Das meiste, was tschechische Ministerialbeamten unter dem weit gefassten Titel: «Europa ohne Barrieren» an Agenda zum EU-Ratsvorsitz des Landes monatelang ausgearbeitet hatten, ist in nur wenigen Tagen zur Makulatur geworden. Seit Jahresanfang, nachdem Prag die EU-Ratspräsidentschaft von Frankreich übernahm, überstürzten sich die Ereignisse.

So musste der tschechische Aussenminister (und Schweizer Staatsbürger) Karl Schwarzenberg als Erstes erfolglos im Nahostkonflikt vermitteln, während sich der Ministerpräsident Mirek Topolánek als Mittler im Gasstreit zwischen der Ukraine und Russland versuchte. Ob das mit seinem und dem EU-Beitand ausgehandelte Abkommen die nächste Frostperiode überdauert, ist allerdings unklar.

Sicher ist dagegen, dass anstatt, wie beabsichtigt, eine Debatte über die EU-Haushaltsreform gestartet worden wäre, Tschechien nun das 200 Mrd. € schwere Massnahmenpaket zum Beleben des europäischen Wirtschaftsraumes zu managen hat. Mit dem teuer bezahlten Erfahrungsschatz aus der Periode des tschechischen «Banksozialismus» der Neunzigerjahre, als halbstaatliche Bankinstitute marode Betriebe am Leben erhalten mussten, könnte Prag dazu sogar brauchbare Ideen liefern. Schwieriger wird es mit der beabsichtigten Innovation des europäischen Finanzsystems mit solchen Stolpersteinen für den Gemeinschaftssinn wie der Kapitalkonvention.

Die schlimmste Kippe allerdings wird Topoláneks Mitte-rechts-Regierungskoalition wohl zu Hause umschiffen müssen. Der Kabinettschef, der gerade seine komplizierten internationalen Auftritte unerwartet gut meistert, hat zu Hause nicht einmal seine Partei, geschweige denn die Koalitionspartner im Griff. Für wichtige Beschlüsse wie die Mandatsverlängerung des tschechischen Afghanistaneseinsatzes oder die Ratifizierung des EU-Vertrags von Lissabon bekommt die tschechische Regierung im Moment keine Parlamentsmehrheit zusammen.

Weitere Steine in den Weg wirft ihr der Präsident Vaclav Klaus, indem er seine Sympathien für eine soeben im Land entstehende euroskeptische Pateigruppierung offen zum Ausdruck bringt. Eine Waffenruhe mit der Opposition wurde nicht geschlossen, da der verlangte Preis, nämlich das Kappen der Gesundheitsreform, Ministerpräsident Topolánek zu hoch erschien.

So wird die tschechische Regierung womöglich die erste sein, die von der Opposition gestürzt wird, noch bevor sie ihren EU-Vorsitz wird beenden können. Auf diese Premiere ist man in Brüssel nicht vorbereitet.

Leserbriefe

«Teilöffnung für Parallelimporte»

FuW Nr. 100 vom 17. Dezember

Offenbar hat sich auch das Wirtschafts- und Finanzblatt «Finanz und Wirtschaft» dem medialen Mainstream angeschlossen und beurteilt den parlamentarischen Entscheid für eine einseitige regionale Erschöpfung als «liberalen» Beschluss. Gleichzeitig bezichtigt das Blatt die Haltung der FDP in dieser Frage als nicht liberal. Von einer FuW würde ich mir eine vertiefte Auslotung dieser Frage wünschen.

Unterstützt sie als Wirtschaftsblatt tatsächlich die absichtliche Verletzung von WTO-Verträgen durch die Schweiz (wie das vom Bundesrat klar dargelegt worden ist)? Unterstützt die FuW als Finanzblatt tatsächlich den Abfluss von Millionen an Bundessteuereinnahmen, weil mit der einseitigen regionalen Erschöpfung das Geschäftsmodell der Patentverwertungsfirmen in der Schweiz gefährdet wird (wie das FDP-Politiker in der Beratung klar dargestellt haben)? Wahrhaftig, eine merkwürdige Haltung der FuW. Das falsche Verständnis von «liberal» wird der Schweiz bei künftigen WTO-Verhandlungen nicht dienlich sein. **MARTIN RUBELI**, Oberrieden

«Schweizer Börsenfavoriten»

FuW Nr. 102 vom 24. Dezember

Nicht das erste Mal stelle ich fest, dass ein sogenannter Börsenprofi den Aktienindex nicht schlagen kann. Auch wenn alle Börsen und die meisten Aktien stark negativ waren im Jahr 2008, so waren es drei der Anlagespezialisten der Banken noch

in höherem Grad. Einer war mit dem SMI gleich, einzig einer konnte den Verlust 8 Prozentpunkte kleiner halten als der Index des Schweizer Aktienmarkts.

Warum machen es die Börsenanleger nicht gleich wie ich: auf Derivate auf Indizes wie SMI und Euro Stoxx 50 (z.B. mit ETF oder Zertifikaten) setzen. Dann erlebt man zwar keine spektakulären Börsensprünge nach oben, aber auch keine überraschenden nach unten. Man hat immer noch Zeit zu reagieren, bevor viel kaputt ist. ETF sind erst noch ausgeschiedenes Kapital, d.h. vor einer Pleite des Emittenten gesichert. **LEONHARD MÜLLER**, Nidau

«Zum Thema Modernisierung der FuW»

FuW Nr. 2 vom 10. Januar

Gratulation zum neuen Layout der «Finanz und Wirtschaft»; es gefällt mir gut und erhöht die Lesefreundlichkeit noch zusätzlich. **GABY TSCHOFEN**
VP Corporate Communications, Barry Callebaut

Am Wochenende haben wir mit viel Vergnügen die neue FuW gelesen, das neue Outfit gefällt! Herzlichen Glückwunschs. **THERESIA TOLXDORFF, DANIEL EICHER**
Tolxdorff & Eicher Consulting, Investor Relations Services, Horgen

Glückwunsch zum neuen Erscheinungsbild der FuW. Das Redesign ist meines Erachtens sehr gelungen, die Aufmachung ist freundlicher, moderner und somit auch leserfreundlicher. Kurzum, well done. **JÜRIG STÄHELIN**
Head of Corporate Communications, Vontobel Group, Zürich

Inflationsdruck frühestens 2011

Chefökonom von Invesco sieht gutes Umfeld für Obligationen

Wirtschaftskrisen, die wie die gegenwärtige auf eine zu hohe Verschuldung zurückgehen, dauern in der Regel länger und münden häufiger in eine Deflation als andere Abschwünge. Aus dieser Beobachtung zieht John Greenwood, Chefökonom des britischen Vermögensverwalters und Fondsanbieters Invesco, den Schluss, dass mit einer konjunkturellen Besserung nicht schon für das zweite Halbjahr 2009, sondern «mit einer moderaten Erholung erst 2010 zu rechnen ist».

Im Zentrum steht die Frage, wann der Schuldenabbau von Unternehmen und Privatverbrauchern, das sogenannte Deleveraging, abgeschlossen ist. Bis zu ei-

nem wieder normaleren Ausgabeverhalten könnten zwei Jahre vergehen, glaubt der Invesco-Ökonom. Die Bilanzreparatur stehe einer vollen Entfaltung von Zinssenkungen und staatlichen Konjunkturprogrammen im Wege.

Dafür werde sich auch die wegen der kräftigen Konjunkturspritzen drohende Inflation verzögern. Problematisch werde der Inflationsdruck frühestens im Jahr 2011. Für Investoren bedeutet das: ein günstiges Umfeld für Obligationen und «eine solide Grundlage für einen ausgedehnten Aufwärtstrend an den Aktienmärkten», wie Greenwood im jüngsten Anlagebericht prophezeit. **HF**

Up and Down



©Horsch

www.horschcartoons.de